

# ESCUTAS ILEGAIS E EXCLUSÃO DE PROVAS — A EXPERIÊNCIA DE TAIWAN

Wang Huang-Yu

Professora Associada, Faculdade de Direito, Universidade de Taiwan

## I. Distinção entre buscas e escutas

Quando se trate de proceder à investigação criminal e à recolha de prova, é frequente o recurso a medidas de coacção por parte do Estado, medidas essas que, por contenderem tradicionalmente com o direito à liberdade pessoal, o direito à privacidade ou direitos patrimoniais, v.g. a prisão preventiva, a busca ou a apreensão, pressupõem a verificação de um procedimento legal específico para que possam ser efectivamente aplicadas. Estas medidas de coacção em específico, também tratadas pela lei processual penal de Taiwan como «*Prosecutor's orders*», em princípio só poderão ser aplicadas pelo Tribunal, através de mandado judicial (*warrant*), a requerimento do Ministério Público<sup>1</sup>.

As «escutas» traduzem-se, por sua vez, na auscultação ou gravação secretas de declarações ou diálogos sem consentimento do orador e cuja publicidade não é por este desejado. De entre os meios de escuta mais frequentes destacam-se as escutas telefónicas (*wiretapping*), que são escutas às conversas de telefone ou de

1 Nos termos do disposto no art. 101.º da Lei de Processo Penal de Taiwan, a aplicação de prisão preventiva ao arguido deve ser requerida ao Tribunal pelo magistrado do Ministério Público, cabendo a sua apreciação e decisão ao Tribunal; o juiz deve emitir um «mandado de prisão preventiva» caso autorize a sua aplicação. O mesmo se diga quanto às buscas, que em princípio dependem de autorização do juiz e emissão de «mandado de busca», a requerimento do magistrado do MP. Há, todavia, casos em que a polícia ou o magistrado do MP podem excepcionalmente efectuar buscas independentemente de mandado de busca: é o caso, por exemplo, da captura, em que é permitida a revista do capturado, na sua pessoa ou em objectos que o acompanhem, por parte da polícia (art. 130.º da Lei de Processo Penal); o caso das buscas em situações de urgência (art. 131.º); ou das buscas consentidas pelo visado (art. 131.º, n.º 1).

telefonía em banda larga que permite a transmissão de informação; e o *bugging*, que consiste na recepção despercebida do conteúdo das conversas de outrem através de micro-dispositivos de escuta ou câmeras de vigilância, controlados à distância. O progresso tecnológico veio até desenvolver a função do sistema de posicionamento global (GPS) nos dispositivos de vigilância, permitindo não só a escuta, mas também o controlo do paradeiro e posicionamento do visado.

Com todo este progresso e evolução dos equipamentos tecnológicos de escuta, não é de estranhar que esta medida tenha tornado um meio importante ao dispor do Estado na investigação e acusação criminais. Mas então a escuta pode ou não ser considerada uma medida de coacção? Se é que a escuta e a busca encontram pontos de aproximação quanto às suas finalidades de recolha ou obtenção de prova, é certo que pode apontar-se três aspectos que as distinguem<sup>2</sup>:

i. Quanto à forma empregada, a busca pressupõe o exercício da coacção *in loco* por parte dos agentes de autoridade, com recurso, por exemplo, à força física para aceder ao domicílio do visado, ou por via de revista da pessoa, através de contacto físico. Dito por outras palavras, o visado de uma busca sente imeadita e directamente a força do Estado aquando da execução da medida. Contrariamente, a escuta não se impõe enquanto uma força física directamente sentida pelo visado, sendo antes impalpável e geralmente despercebida pelo visado.

ii. Quanto ao objecto da medida, a busca de prova visa objectos materialmente existentes. Aliás, a apreensão que vem na sua sequência é uma medida através da qual o Estado se «apropria» ou «adquire» coercivamente um determinado objecto. Já a escuta tem o seu destinatário ou objecto ainda por surgir, não tendo em vista um determinado objecto pré-existente, antes um diálogo ou comunicação cuja ocorrência se prevê que possa vir a verificar-se no futuro.

iii. Quanto ao momento da execução, a busca é em regra instantânea, ou realizada dentro de um determinado período de tempo, ao passo que a escuta exige frequentemente um período de execução mais ou menos alargado, podendo mesmo ser realizada a longo prazo.

Por serem diferentes as formas de execução e os objectos visados pela escuta e pela busca, já antes da década de 60 do século passado se fazia a distinção entre elas no seio da jurisprudência de vários ordenamentos, onde as escutas eram

---

2 Aqui teve-se como principal referência de base, Wang Zhao Peng, Zhang Ming Wei e Li Rong Geng, *O Direito Processual Penal*, 1.ª parte, Setembro de 2012, p. 219; Lin Yu Shun, «Interpretação jurisprudencial n.º 631 – análise crítica do regime jurídico das escutas», in *Revista Jurídica Mensal*, Vol. 59, n.º 11, pp. 113-114.

realizadas pela polícia independentemente de mandado de busca. Só a título de exemplo, veja-se o caso *Olmstead* contra os Estados Unidos, de 1928, onde a polícia, tendo instalado dispositivos de escuta nas linhas telefónicas do domicílio do arguido sem fundamento em mandado de busca, ouviu as conversas entre o arguido e outrem. O Supremo Tribunal Federal veio a considerar, no caso, que não se inserindo as «conversas» no âmbito de protecção da Constituição dos EUA – «pessoa, domicílio, documentos e objectos», não é lícito aplicável o disposto quanto às buscas; por outro lado, a instalação de dispositivos de escuta, porque fora da casa, não constitui violação material do domicílio. Isto para dizer que não houve nem violação da lei, nem violação da Constituição, quando a polícia fez as escutas sem ter previamente obtido mandado de busca<sup>3</sup>. No mesmo sentido veio pronunciar-se o Supremo Tribunal de Tóquio de Japão, numa decisão de 1953, em que se entendeu que, não causando distúrbio o aproveitamento dos espaços exteriores à casa para recolha de som, nem sequer dando conta ao visado das interferências provocadas pela escuta, as escutas não consubstanciam pois actos de violação do domicílio ou da palavra ou outros direitos fundamentais<sup>4</sup>.

Nos Estados Unidos teve de se esperar até 1967, com o caso *Katz* contra os EUA, para que o Supremo Tribunal Federal mudasse de posição, entendendo que a instalação de dispositivos electrónicos de escuta em cabines telefónicas públicas pela polícia, visando a escuta telefónica do arguido, embora não constitua acto de intrusão física (*trespass*), consubstancia ainda assim uma violação de interesses privados no âmbito da intimidade da vida privada<sup>5</sup>.

Do que se acaba de dizer resulta que, comparando as buscas com as escutas, verificamos diferenças entre as duas medidas a nível da forma como violam os direitos dos cidadãos (corpórea vs incorpórea); do objecto da recolha (pré-existente vs ainda inexistente); e do período de execução (instantânea vs continuada). Não se pense, porém, que em termos de violação do direito à reserva da intimidade dos cidadãos, as escutas são menos ofensivas do que as buscas. Dizia-se num filme da Hollywood – Perigo Público (*Enemy of the State*) – que por todo o lado havia dispositivos telemáticos de vigilância do Estado e como isso causava pânico e distúrbio aos cidadãos, que viam a sua privacidade plenamente controlada pelo Estado; ademais, porque a escuta é por natureza uma das medidas que reclamam um período de execução relativamente mais longo, é provável que venham a ser escutados também aqueles que durante o período em causa tivessem tido contacto ou conversas com o visado, quer estejam relacionados com o crime, quer não. Ou

3 Wang Zhao Peng, *O Direito Processual Penal dos EUA*, 2007, 1.ª impressão, p. 107.

4 Cfr. Lin Yu Shun, *O Direito Processual Penal dos EUA*, 2007, 1.ª impressão, p. 114. O acórdão já não é seguido hoje em dia.

5 Wang Zhao Peng, *O Direito Processual Penal dos EUA*, 2007, 1.ª impressão, p. 108.

seja, se, por um lado, as escutas visam de facto o combate ao crime, podem, por outro, vir a colidir com a liberdade de sigilo das comunicações de estes e outros terceiros inocentes.

Pelo que podemos concluir que as escutas não se confundem com as buscas, pelos meios, pela forma, pelo objecto e pela duração que lhes são próprios, embora o impacto que causem ao direito à reserva da intimidade dos particulares não fique aquém daquele que provocaria a busca e a apreensão. Nestes termos, a realização de escuta pelo Estado na recolha de prova de crime deverá passar por todo um procedimento legal, de modo a poder garantir que os direitos dos cidadãos não venham a ser arbitrariamente violados pelo Estado no uso do seu *ius imperii*.

## **II. Controlo das escutas e regime legal aplicável**

### **i. O regime legal das escutas**

Tradicionalmente, o direito processual penal de Taiwan previa apenas, no âmbito dos procedimentos legais aplicáveis às medidas de coacção, a prisão preventiva, a busca e a apreensão. Quanto às escutas, a lei era praticamente omissa antes de 1999 e também não se fazia a analogia com o procedimento para as buscas. Era assim que os órgãos de investigação criminal efectuavam escutas a seu bel-prazer, sem restrições, às declarações, conversas ou comunicações realizadas entre os particulares.

Foi em 1990, quando começaram a surgir preocupações com o problema das escutas arbitrárias levadas a cabo pela polícia, altura em que deputados do Parlamento tomaram a iniciativa de edificar um regime cabal para as escutas e vigilâncias, de forma a assegurar a liberdade de sigilo das comunicações dos cidadãos. Daí passaram, porém, 9 anos até que, em 1999, foi finalmente concluída a Lei da Protecção e Intercepção das Comunicações (doravante, Lei das Escutas)<sup>6</sup>.

A nova Lei das Escutas pode ser considerada uma lei especial em relação à Lei de Processo Penal, visando essencialmente suprir as suas insuficiências de regulamentação no que às escutas diz respeito. Na base das preocupações legislativas esteve, desde logo, a prevenção da violação da liberdade de sigilo das comunicações e da privacidade dos cidadãos por parte do Estado no uso dos seus poderes de autoridade, razão pela qual foi baptizada de «Protecção das Comunicações». Sempre que a polícia entenda ser necessário o recurso às escutas das comunicações dos particulares, por razões de ordem pública, em vista à acusação criminal, deve sempre fazer preceder à sua realização o preenchimento

---

6 O processo legislativo teve por referência Wang Huang Yu, “Incertezas na aplicação do art. 24.º da Lei da Protecção e Intercepção das Comunicações e do n.º 1 do art. 315.º da Lei Penal”, in *Revista Jurídica de Taiwan*, n.º 160, Setembro de 2008, pp. 257 e ss.

de certos requisitos e o respectivo procedimento legal. Eis então os requisitos de aplicação das escutas<sup>7</sup>:

### 1. Haver fundamento bastante

O primeiro requisito imperativo de que depende a emissão de mandado de escuta consiste na existência de fundamento bastante que permita confirmar a suspeita de crime por parte do visado e razões para crer na relevância do conteúdo das chamadas ou conversas do visado para o caso concreto.

### 2. Princípio da gravidade do crime

As escutas não valem para todo e qualquer tipo de crime. Para que a polícia possa proceder à escuta, grave terá de ser o crime praticado pelo visado, o que faz excluir do âmbito das escutas os crimes de pequena gravidade. Por crimes graves consideram-se os crimes puníveis com pena de prisão de limite mínimo superior a 3 anos, bem como os crimes de insurreição, vazamento de segredo de Estado, corrupção, interferência nas votações, falsificação de cartão de crédito, fraude, contrabando, tráfico de droga, *insider trading*, manipulação de mercado, compra e venda de arma, prostituição infantil e juvenil, rapto e sequestro, instalação de bombas, crime organizado, branqueamento de capitais, etc.

### 3. Haver necessidade

As escutas têm de revestir carácter indispensável e, bem assim, respeitar o princípio da proporcionalidade. Há necessidade quando não seja possível, ou seja difícil, obter ou recolher a prova com recurso a outras medidas de coacção.

Para além dos já mencionados requisitos de preenchimento obrigatório, a Lei das Escutas vem prever também, como condição de aplicação da medida, o «princípio do mandado», com o que se quer significar que a polícia só estará habilitada a realizar a escuta em concreto se tiver sido já emitido o mandado de escuta para o caso. Do mandado devem constar o tipo de crime que é imputado ao arguido, o número de telefone ou o destinatário da escuta, os fundamentos da escuta, o período da escuta (em regra de 30 dias por escuta, prorrogável sempre que necessário. Para as escutas que se relacionem com a segurança do Estado, o período pode ir até 1 ano), e a unidade responsável pela realização da escuta. Por outro lado, garante-se a tranquilidade doméstica do particular ao proibir-se a instalação de dispositivos de escuta, equipamentos de gravação visual ou outros aparelhos de videovigilância nos espaços internos da habitação privada.

---

7 Toma-se por referência o art. 5.º da Lei da Protecção e Intercepção das Comunicações.

## ii. A quem compete emitir mandados de escuta?

Nos primórdios do Direito Processual Penal de Taiwan, que remontam aos inícios do séc. XX, a fonte que lhe serviu de base de referência era o então Direito Processual Penal da Alemanha. De acordo com o Direito Processual Penal dos ordenamentos de matriz europeia-continental no início do séc. XX, a aplicação de medidas de coacção na fase do inquérito criminal era da competência do Ministério Público; já seria do juiz se tal ocorresse na fase de julgamento. Só que, na sequência da 2.<sup>a</sup> Guerra Mundial, o Estado Alemão veio introduzir alterações de relevo à sua Lei de Processo Penal, passando a prever que *só* o juiz teria competência para mandar aplicar medidas de coacção que contendam com os direitos fundamentais dos cidadãos, v.g. a prisão preventiva, a busca e a apreensão. O mesmo é dizer que ao juiz estava reservada a competência para aplicar medidas de coacção, ao que a doutrina alemã veio a chamar «princípio da reserva jurisdicional» (*Grundsatz des Richtervorbehaltes*). Distinguiu-se, por outro lado, a prisão preventiva da busca e da apreensão, na medida em que a aplicação da primeira medida caía no âmbito da competência exclusiva do juiz, enquanto as duas últimas seriam em princípio aplicadas com fundamento em mandado de busca previamente emitido pelo juiz, com a ressalva, no entanto, de que podiam também ser mandadas aplicar pelo Ministério Público em casos excepcionais de urgência – de *periculum in mora* (*Gefahr im Verzug*)<sup>8</sup>.

A Lei de Processo Penal de Taiwan elaborada nos inícios do séc. XX atribuía igualmente ao Ministério Público a competência para aplicar medidas de coacção. Entretanto, desde a década de 90, a Lei do Processo Penal foi sofrendo alterações sucessivas. Foi então em 1997, a propósito da revisão do regime da prisão preventiva, que passou a acolher o princípio da reserva jurisdicional da lei alemã, que o Ministério Público deixou de deter a competência para aplicar a prisão preventiva, restando apenas ao juiz decidir sobre a sua aplicação. Em 2000, na sequência das buscas ao Parlamento e aos meios de comunicação social efectuadas pela polícia numa investigação liderada pelo Ministério Público no âmbito de um crime potencialmente praticado por um deputado do Parlamento, este veio, em 2001, depois de toda aquela polémica, alterar a Lei de Processo Penal, tornando expresso que toda a busca levada a cabo pelo Ministério Público deve ter como fundamento o mandado de busca emitido pelo juiz. Pode, todavia, o Ministério Público realizar a busca independentemente de mandado em casos de *periculum in mora*, i.e., casos em que a falta de imediação da busca poderá levar a que as provas venham a ser falsificadas, modificadas, destruídas ou ocultadas

8 Pfeiffer, *Kahrsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl., 2003, §114, Rn.1; Claus Roxin, tradução de Wu Li Qi, *O Direito Processual Penal Alemão*, Editora San Min, 1998, p. 312.

dentro de 24 horas. Nestas situações, o Ministério Público terá de apresentar um relatório ao tribunal dentro de 3 dias após a busca<sup>9</sup>.

No que diz respeito às escutas, previa-se na Lei das Escutas de 1999 que a competência para emissão de mandado de escuta pertencia, na fase do inquérito, ao magistrado do MP, oficiosamente ou a requerimento da polícia; ou ao juiz, na fase de julgamento. Na prática, contudo, veio suceder que o MP, para facilitar a recolha de prova, passava muitas vezes por cima das rigorosas exigências de uma verificação material dos requisitos para a emissão de mandado de escuta, mostrando-nos os dados estatísticos que em 97% dos casos foram deferidos os pedidos de emissão de mandado da polícia<sup>10</sup>, o que revela não só uma aparente negligência flagrante na emissão do mandado, como também ainda uma irresponsabilidade na sua função de controlo material da medida. Isto tudo para dizer que, apesar da inovação da Lei das Escutas, nem por isso ficou mais protegida a liberdade de sigilo das comunicações dos cidadãos.

A necessidade de uma reforma do regime das escutas suscitou-se a propósito de um caso de escuta que em 1997 teve lugar. Uma secção policial desencadeou um processo de escuta a um agente policial seu no âmbito de uma investigação de compra e venda interna de armas. Da escuta acabou por não resultar qualquer prova da prática desse crime, conseguindo-se antes, de modo inesperado, descobrir que o tal agente revelava informações sobre a investigação criminal da polícia à outra parte. O agente foi depois acusado da prática de crime de revelação de segredos oficiais, em vez da compra e venda de arma. Na sua defesa, o agente veio alegar que a prova foi obtida por via de uma escuta que não seguiu os trâmites legais, requerendo com base nisso a interpretação da Constituição pelo Tribunal Constitucional. Dizia ele que o mandado de escuta, a ser emitido por um magistrado do MP, constituiria uma violação da Constituição, na medida em que, não sendo a escuta menos atentatória da privacidade dos particulares do que a busca e a apreensão, o mandado de escuta sempre deveria ser emitido pelo juiz, tal como sucede com a busca e a apreensão, em cumprimento da Constituição.

O caso acabou por ser apreciado pelo Tribunal Constitucional, dando origem à Interpretação n.º 631, onde se entendeu que o mandado de escuta devia ser emitido por um juiz, nunca por um magistrado do MP, pelas seguintes razões: 1. Tratando-se de uma medida de execução continuada durante um determinado período de tempo, a escuta colide com os direitos fundamentais dos cidadãos por um período relativamente alongado e sem restrições do espaço físico; 2. O visado normalmente não tem a mínima consciência de que estão a ser violados

---

9 Cfr. art.131.º da Lei do Processo Penal.

10 <http://www.libertytimes.com.tw/2002/new/may/21/today-p10.htm> (última data de consulta: 2012.10.29).

os seus direitos fundamentais quando se escutam as suas comunicações, estando como tal impedido de exercer os direitos de defesa que lhe são conferidos pelo Direito Processual Penal (como sejam o direito ao silêncio, o direito de constituir advogado, o direito de não alegar factos desfavoráveis à sua defesa, etc.); 3. As escutas podem muitas vezes contender simultaneamente com a liberdade de sigilo das comunicações de terceiros inocentes, consubstanciando pois numa medida ainda mais lesiva dos direitos fundamentais dos particulares relativamente à busca e à apreensão. As três razões acabadas de apontar evidenciaram alguns aspectos importantes: primeiro, que o decisor imparcial e objectivo é o juiz; o magistrado do MP, cumprindo com a sua função de investigação do crime, tenderá a fazer decisões relativamente mais irreflectidas e amigas dos fundamentos unilaterais da polícia, não sendo como tal apto a exercer a função de controlo da medida; segundo, que a violação do direito à privacidade dos cidadãos não é em medida inferior àquela que se verificaria com a aplicação da busca e apreensão, podendo até estender-se à esfera de privacidade de terceiros. Por tudo isto, entendeu-se que só iria ao encontro das exigências constitucionais a escuta que em princípio tivesse como fundamento um mandado de escuta emitido pelo tribunal, deixando à decisão do juiz averiguar da necessidade da sua realização tal como requerido pelo MP ou pela polícia no âmbito da investigação criminal.

Foi neste contexto que em 1997 se veio alterar a Lei das Escutas, retirando ao magistrado do MP a competência para poder aplicar a medida da escuta, que desde então passou a ter de requerer previamente ao tribunal que lhe emita mandado de escuta para, sempre que o julgue necessário, poder realizar a escuta durante o inquérito. No entanto, como é costume revestir certa urgência, as escutas podem ser excepcionalmente “escutas urgentes”, ou seja, sempre que haja perigo iminente para a vida, integridade física ou património de outrem, pode a polícia reportar a situação ao magistrado do MP que, por sua vez, poderá avisar verbalmente os órgãos de polícia para que realizem a escuta. A tal autorização sempre deverá seguir o requerimento de emissão de mandado de escuta, dirigido ao juiz dentro de 24 horas, sob pena de ter de cessar a execução da medida.

Note-se que, antes da revisão de 1997, em cada 100 pedidos de emissão de mandado de escuta feitos pela polícia ao MP, 97 deles eram deferidos. Já depois dessa revisão legal, que veio transferir tal poder ao juiz, em cada 100 casos, cerca de apenas 72 têm obtido autorização, o que revela uma menor taxa de emissão de mandado pelo juiz<sup>11</sup>. Como se pode ver, o processo de apreciação e controlo da emissão de mandado de escuta é bastante mais rigoroso no juiz do que no magistrado do MP.

---

11 <http://iservice.libertytimes.com.tw/liveNews/news.php?no=102787&type=%E6%94%BF%E6%B2%BB>

### III. Prova produzida ao abrigo de escuta ilegal

#### i. Regime legal aplicável

Da exposição feita resulta que a realização da escuta por parte da polícia ou do MP dependerá sempre de autorização do juiz, mediante emissão de mandado de escuta, acolhendo-se o «princípio do mandado». O que todavia acontece na prática é que a polícia, com frequência, aplica a medida sem ter previamente requerido o mandado que a legitima. Pergunta-se então se as provas obtidas com recurso a escutas desprovidas de mandado poderão ser utilizadas, ou se pelo contrário deverão ser de todo excluídas em virtude da ilegalidade da escuta. O problema reconduz-se à controvérsia das escutas ilegais e da exclusão de provas e constitui a questão mais discutida entre arguidos e advogados no âmbito do processo penal de Taiwan da actualidade.

Não se questiona a ilegalidade das escutas realizadas pela polícia em violação da Lei das Escutas. Mas será que deve ser excluída a força probatória de toda e qualquer prova produzida nesse contexto, impedindo-as de constituírem fundamento da decisão de julgamento? Do que resulta da letra dos arts. 5.º e 6.º da Lei das Escutas, há «exclusão de prova» em duas circunstâncias de obtenção de prova mediante escuta ilegal: 1. Em violação do «princípio do mandado», i.e., sempre que a polícia não tenha previamente requerido o mandado de escuta que permita a sua actuação; 2. Em casos que não revelem urgência e que o magistrado do MP tenha ordenado verbalmente a escuta; ou em casos urgentes, quando o magistrado do MP tenha ordenado a escuta pela polícia, sem que tivesse requerido *ex post* a emissão de mandado de escuta pelo juiz.

Mas será que haverá «exclusão absoluta» da prova obtida por via de escuta ilegal? A solução legal ora consagrada é a de excluir integralmente essa prova em casos de «especial gravidade» da situação ilegal, aplicando-se também a «teoria dos frutos da árvore envenenada» (*fruits of the poisonous tree doctrine*).<sup>12</sup> Ou seja, as provas que imediatamente resultam da escuta ilegal são, sem margem para dúvidas, para ser excluídas, mas, mais do que isso, também o serão as provas que indirectamente derivarem do conteúdo da escuta. Exemplificando. A polícia descobre por via de uma escuta ilegal que o visado está a comprar arma para cometer crime de homicídio e que as armas encontram-se depositadas em casa de um amigo. A polícia, com base nesta informação, procede à busca à casa e apreende as armas. Ora, neste caso, não só não pode constituir meio de prova o conteúdo da escuta ilegal, como também as armas descobertas e apreendidas na busca domiciliária em virtude da escuta.

Quando a situação de ilegalidade não revista «especial gravidade», não há

12 Wang Zhao Peng, Zhang Ming Wei e Li Rong Geng, *O Direito Processual Penal*, 1.ª parte, Setembro de 2012, p. 229.

exclusão absoluta da prova resultante de escuta ilegal, aplicando-se neste caso o «princípio da proporcionalidade» (também designado de «princípio da exclusão discricionária») – ponderando globalmente a gravidade da violação dos direitos humanos originada pela escuta ilegal, bem como os efeitos dissuasores que a exclusão de prova poderá produzir na futura actuação da polícia, juntamente com o facto de o arguido poder vir a escapar às malhas da justiça na sequência da exclusão de prova, o juiz, feito o devido juízo e a ponderação dos interesses em causa, decide discricionariamente se é ou não de excluir a prova obtida no decurso da escuta ilegal<sup>13</sup>.

### **ii. Escuta em violação do «princípio do mandado»**

Tanto a doutrina como a jurisprudência recentes têm vindo a entender que nos casos de «especial gravidade» da ilegalidade da escuta deve excluir-se como meio de prova tudo o que for obtido na escuta. A primeira situação mais comum que se insere nesses casos é a da realização da escuta por ordem emanada pelo próprio órgão de polícia. A violação do «princípio do mandado», ordenando de *per si* a realização da escuta sem fundamento em mandado, pode acontecer ou porque a polícia nunca pensou em requerer o mandado, ou porque só vem a requerê-lo passado um período em que foi realizando a escuta. Ambos os casos consubstanciam situações de escuta ilegal com especial gravidade, sendo como tal de excluir de forma absoluta a prova daí resultante<sup>14</sup>.

### **iii. Conhecimento fortuito da prática de outros crimes pelo arguido**

Em cumprimento das exigências do «princípio do mandado», o magistrado do MP, ao requerer ao tribunal a emanação de mandado de escuta, deve indicar expressamente ao juiz o tipo de crime que entende estar a ser praticado pelo arguido, bem como o crime atrás do qual a polícia procura encontrar provas através da escuta. No entanto, quando a polícia faz a escuta, pode por vezes ser surpreendida pela existência de outros crimes que não aquele que estava na base da escuta. Pense-se, por exemplo, no caso de o mandado de escuta haver sido requerido pela polícia para saber se houve ou não tráfico de estupefacientes, em que, para surpresa da polícia, se veio a descobrir durante a escuta telefónica que afinal, para além do tráfico de estupefacientes, havia também prática de *insider trading*, depositando o rendimento do tráfico no mercado de valores mobiliários. Poderá o tribunal aceitar como legal toda esta prova da prática de outros crimes

13 É o equivalente à “examinação e ponderação” prevista no art. 158.º/4 da Lei do Processo Penal.

14 Yang Yun Hua, “Análise crítica à nova Lei da Protecção e Intercepção das Comunicações – a «reserva jurisdicional» e a «prova proibida»”, in Revista do Ministério Público de Taiwan, n.º 3, p. 170.

pelo arguido resultante da chamada «escuta extravagante»? Ou será de excluí-la?

O entendimento que actualmente vigora tanto na doutrina como na jurisprudência é o de que, nos casos em que a polícia simula de má fé uma situação para assim poder obter o mandado de escuta, com o objectivo último de averiguar da verificação de outros crimes, não só será então contrário aos procedimentos legais, como também constituirá uma intenção e aplicação da lei de extrema má fé por parte da polícia, o que faz excluir de modo absoluto as provas daí resultantes. Já nos casos em que é realizada a escuta nos termos legais na sequência do requerimento de mandado de busca de acordo com os procedimentos legais, e daí resultar prova da prática de outros crimes pelo arguido, já não será de excluir tal prova, na medida em que esta resultou de conhecimentos fortuitos e não de meios ilícitos<sup>15</sup>.

#### iv. Escutas consentidas

A realização da escuta pela polícia carece sempre de mandado judicial prévio. Pode, porém, acontecer que a polícia venha a obter o consentimento do declarante e ausculta os fluxos comunicacionais *in loco*, através de extensões telefónicas, ou então instala equipamentos de gravação das chamadas. Exemplificando, A, consumidor de droga, é apanhado por consumo de droga e, a pedido da polícia, aponta B como o fornecedor da droga. A telefona ao traficante B manifestando a sua vontade de comprar droga e consente que a polícia grave o conteúdo da chamada, permitindo a prova do tráfico de droga entre B e A. A doutrina e a jurisprudência foram buscar o fundamento para este tipo de escuta consentida na «teoria do falso amigo» (*false friend doctrine*), do direito norte-americano, também conhecido como a «teoria da assunção do risco» (*assumption of the risk doctrine*), segunda qual se entende não haver ilegalidade na escuta. A teoria assenta no facto de, nas sociedades humanas, ser inevitável a traição entre amigos, pois quando A e B conversam pelo telefone, é sempre possível que A esteja a gravar o som de B ou venha mais tarde a contar as suas alegações aos agentes de autoridade. Trata-se de um risco que todos nós temos de assumir quando falamos – ou seja, há sempre o risco de sermos traídos. Considera-se traição, para estes efeitos, não só a reprodução *ex post* do conteúdo das conversas para outrem, como também o consentimento *ex ante* da escuta por extensão telefónica ou da gravação secreta de som por outrem. Muito embora não seja algo agradável à pessoa traída, não há aqui violação da privacidade comunicacional do escutado por parte daquele que consente a escuta ou daquele que ouve as conversas. É por isso que este tipo de escutas, embora possa de algum modo contornar a exigência de um processo de

15 Yang Yun Hua, “Os efeitos da «violação do princípio do mandado» e das «escutas extravagantes» da interceptação das comunicações no direito probatório penal”, in *Revista Jurídica de Taiwan*, n.º 141, 1 de Dezembro de 2009, p. 69.

requerimento de mandado judicial, não viola o direito à reserva da intimidade de nenhuma das partes, sendo como tal considerada uma escuta legal<sup>16</sup>.

---

16 Wang Zhao Peng, Zhang Ming Wei e Li Rong Geng, *O Direito Processual Penal*, 1.<sup>a</sup> parte, Setembro de 2012, p. 228.