



DIREITO PROCESSUAL PENAL

Coordenação e Regência: Professor Doutor Augusto Silva Dias

Colaboração: Professor Doutor Rui Soares Pereira e Mestres João Gouveia de Caires e António Brito
Neves

Tópicos para a correcção do exame escrito de 6 de Junho de 2016 – 4.º ano – Dia

1. Verificando-se uma situação de flagrante delito em sentido próprio (art. 256.º, n.º 1, 1.ª parte, do CPP), a detenção dos jovens era obrigatória para os agentes da PSP, nos termos do art. 255.º, n.º 1, al. *a*), do CPP, visto tratar-se de uma entidade policial que assistiu a um crime, de natureza pública (art. 48.º do CPP) e punível com pena de prisão. Uma das finalidades possíveis da detenção referidas no art. 254.º, n.º 1, al. *a*), do CPP, é a apresentação do detido a processo sumário. Cabe averiguar, então, se o processo deveria realmente ter lugar sob essa forma. Ora, sendo o limite máximo da pena prevista para o crime em causa inferior a 5 anos, como resulta do art. 151.º, n.º 1, do CP; tendo havido detenção em flagrante delito por entidade policial, como referido; admitindo ainda que o julgamento se pode iniciar, no máximo, em 48 horas, ou num dos prazos referidos no art. 387.º, n.º 2, do CPP (consoante alguma das situações aí referidas se verifique), o julgamento, aparentemente, poderia decorrer sob a forma de processo sumário, pois estariam cumpridos os requisitos, respectivamente, dos arts. 381.º, n.º 1, al. *a*), e 387.º, n.ºs 1 e 2, ambos do CPP. Porém, ter-se-ia de demonstrar ainda a verificação do requisito implícito: ser o crime susceptível de ser julgado por tribunal singular, pois, caso contrário, a forma deveria ser a comum. Ora, admitindo que a competência é do tribunal colectivo (como se explicará na resposta à questão 3), o processo não deveria seguir a forma sumária. Caso se defendesse que a competência é do tribunal singular – hipótese em que o processo deveria seguir a forma sumária –, a actuação dos agentes da PSP teria sido correcta quanto a este aspecto.

Visto que os agentes da PSP presenciaram a prática do crime, a elaboração do auto de notícia era obrigatória, como decorre do art. 243.º, n.º 1, conjugado com o art. 242.º, n.º 1, al. *a*), ambos do CPP.

Os agentes deveriam ainda ter constituído como arguidos todos os rixantes logo após a sua detenção (art. 58.º, n.º 1, al. *c*), do CPP), com comunicação dos respectivos direitos (art. 58.º, n.ºs 2 e 4 do CPP), pedir-lhes a identificação (art. 250.º, n.º 1, do CPP), e comunicar a detenção de imediato ao Ministério Público (art. 259.º, al. *b*), do CPP), em ordem à validação das medidas cautelares e de polícia, bem como à promoção pela forma de processo adequada.

2. A resposta deve ser negativa. Está em causa a utilização de um método oculto de investigação criminal, mais propriamente em ambiente digital, sem expressa e prévia previsão legal, sem autorização de juiz e sem comprovação da proporcionalidade.

O art. 125.º do CPP estabelece que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, o que significa que existe uma relativa liberdade na escolha dos meios de prova: além dos meios de prova típicos, pode falar-se em meios de prova atípicos, sendo contudo difícil considerar como admissíveis meios de prova completamente diferentes dos meios de prova típicos.

Porém, e estando em causa métodos ocultos de investigação criminal, importaria começar por sublinhar que aquela liberdade dos meios de prova não se aplica aos métodos ocultos, que por natureza são mais intrusivos e restritivos de direitos fundamentais. Acresce o carácter excepcional e nunca automático do recurso a estes métodos, devendo ser sempre sujeitos aos princípios da reserva de lei (do qual decorre o carácter excepcional e tendencialmente subsidiário da prova atípica em relação à prova típica; a questão dos limites previstos na lei processual penal quanto à admissibilidade dessa prova atípica; a exigência de lei expressa, específica, clara e determinada e que reúna uma certa qualidade de acessibilidade, precisão e previsibilidade na sua aplicação); da proporcionalidade (que implica uma ponderação de valores necessariamente casuística e da qual resulta que não basta uma mera suspeita de crime para recurso a método oculto), da subsidiariedade (que impõe que a preferência seja dada aos métodos abertos e dentro destes sempre ao menos gravoso dos que sejam idóneos e evitando a cumulação de métodos ocultos fora dos casos mais graves), e da reserva de juiz (que implica que o juiz afira se estão reunidos os pressupostos legais para a sua utilização).

Além disso, a utilização de dispositivos de *malware*, que configuram métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital e que resultam da instalação de *software* malicioso num sistema informático com o objectivo de recolher informação que é automaticamente enviada para o intrusor, suscita algumas dificuldades que interessa identificar: por um lado, dificuldades inerentes aos riscos de acesso a sistemas informáticos e à possível violação de direitos à integridade e confidencialidade desses sistemas; por outro lado, dificuldades decorrentes das dúvidas suscitadas quanto à sua consagração no ordenamento jurídico português. Com efeito, diferentemente do que sucede noutros ordenamentos jurídicos que optaram por consagrar (legal ou jurisprudencialmente) o uso de *malware*, entre nós não é evidente que este meio oculto de obtenção da prova encontre previsão legal.

Há pelo menos três orientações a este propósito: uma primeira lobriga (embora com dúvidas e chamando a atenção para as insuficiências do respectivo regime jurídico) no art. 19.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime a previsão legal para o uso, no contexto de acções encobertas, de *malware*. O regime jurídico é então encontrado através da convocação simultânea de, por um lado, normas relativas às acções encobertas e à interceptação de comunicações da Lei do Cibercrime (arts. 18.º e 19.º) e, por outro lado, normas do regime das acções encobertas previsto na Lei n.º 101/2001, de 25 de Agosto (art. 3.º, n.ºs 1 e 4) e do regime das escutas telefónicas do CPP (arts. 187.º, 188.º e 189.º).

Uma segunda orientação considera que estes métodos ocultos encontram expressa permissão legal; todavia, uma vez que constituem restrições de direitos fundamentais muito mais intensas do que as previstas naqueles outros regimes legais, os juízos de ponderação necessários para que tais métodos ocultos fossem admitidos teriam de ser muito mais apurados e não podem ser presumidos. Concretizando esta orientação no caso em apreço, não se vislumbra como é que a investigação destes crimes só poderia ser feita com o recurso a métodos ocultos e, dentro destes, aos mais lesivos de direitos fundamentais. Haveria por isso violação de uma proibição de prova (arts. 32.º, n.º 8, e 34.º da CRP), com o respectivo regime processual (prova relativamente proibida e impossibilidade de utilização das informações obtidas: art. 126.º, n.ºs 3 e 4, do CPP).

Uma terceira posição, defendida pela regência da disciplina e aqui adoptada, sustenta que o recurso a *malware* carece de uma previsão legal expressa que o autorize, não bastando para isso a referência genérica feita no art. 19.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime, tendo em conta o carácter especialmente lesivo e intrusivo deste meio, já explicado. Assim, seguindo-se esta posição, haveria igualmente uma violação de uma proibição de prova (arts. 32.º, n.º 8, e 34.º da CRP), com o respectivo regime processual (prova relativamente proibida e impossibilidade de utilização das informações obtidas: art. 126.º, n.ºs 3 e 4, do CPP).

3. O tribunal competente seria o colectivo ou o singular, dependendo do entendimento a adoptar sobre a aplicação do art. 14.º, n.º 2, al. *a*), do CPP.

Os crimes dolosos que têm a morte como um dos elementos do tipo devem ser julgados pelo tribunal colectivo, por aplicação do art. 14.º, n.º 2, al. *a*), do CPP. No caso de se entender, como alguma doutrina minoritária em direito penal substantivo, que no crime de participação em rixa a morte é elemento do tipo, então seria da competência do tribunal colectivo por aplicação directa daquele critério qualitativo. Porém, segundo a generalidade da doutrina e jurisprudência, a morte é condição objectiva de punibilidade da participação em rixa, pelo que seria competente o tribunal singular tendo em conta o limite máximo da pena (art. 16.º, n.º 2, al. *b*), do CPP) ou o tribunal colectivo por aplicação analógica do referido critério qualitativo (art. 14.º, n.º 2, al. *a*), do CPP).

Parece haver boas razões para se defender a integração da competência do tribunal colectivo para o julgamento do crime de participação em rixa. Para quem defenda que é este o tribunal competente para julgar crimes como o de incitamento ou auxílio ao suicídio (art. 135º do CP), no qual o acto suicida

funciona também como condição objectiva de punibilidade, parece impor-se aqui a mesma regra, por razões de igualdade. Mesmo que não se aceite aquele pressuposto, de todo o modo, parecem verificar-se aqui as mesmas razões – relacionadas, sobretudo, com as dificuldades de prova nos chamados “crimes de sangue” – que levam à atribuição de competência ao tribunal colectivo nos casos referidos no art. 14.º, n.º 2, al. a), do CPP. Este tribunal, de resto, oferece mais garantias ao arguido, pelo que este não fica prejudicado com a solução. Por fim, no caso de resultar do apuramento dos factos que pode imputar-se a morte a algum dos rixantes, o facto de o processo ter já sido *ab initio* atribuído ao tribunal colectivo evitará os problemas que seriam gerados pela ocorrência superveniente da incompetência do tribunal singular.

Deveria ainda sustentar-se a conexão entre todos os hipotéticos processos, dado estarem preenchidos todos os requisitos (arts. 24.º, n.º 1, als. c), d) ou e), n.º 2, e 25.º, ambos do CPP), organizando-se um só processo (art. 29.º do CPP), para o qual seria competente o tribunal colectivo (art. 27.º do CPP).

4. A resposta seria negativa, salvo acordo de todos os sujeitos processuais. O tribunal não deveria condenar o arguido Beto pelo crime de homicídio (art. 131.º do CP), embora pudesse condená-lo pelo crime de participação em rixa (art. 151.º do CP).

O tribunal, tendo em conta a prova produzida em julgamento, ficou convencido que afinal um dos rixantes, Beto, esfaqueou Victor causando-lhe a morte. O que constitui um facto novo (o acontecimento histórico/pedago da vida/caso ou problema jurídico – facada fatal de Beto a Victor, provocando a morte deste – é adicionado aos factos já constantes do processo). Haveria assim uma alteração de factos. Tratava-se de uma alteração substancial de factos nos termos do art. 1.º, al. f), do CPP, desde logo devido ao agravamento do limite máximo da pena (a pena máxima do crime de homicídio – 16 anos – é mais grave do que a do crime de participação em rixa – 2 anos). À mesma conclusão se chegaria através do critério do crime diverso, pois, em relação a Beto, o acontecimento histórico é completamente diferente, além de agravar substancialmente a sua estratégia de defesa. Os tipos-de-ilícito são igualmente diversos.

Tratando-se de uma alteração substancial de factos não autonomizável (na medida em que a facada de Beto não era susceptível de ser destacada e constituir um objecto de outro processo sem violação do *non bis in idem*), deveria aplicar-se o art. 359.º, n.ºs 1 e 3, do CPP. Havendo acordo do arguido, Ministério Público e assistente, poderia ser tido em conta este novo facto pelo tribunal e, conseqüentemente, poderia o tribunal condenar Beto pelo crime de homicídio (art. 131.º do CP) e absolvê-lo do crime de participação em rixa (art. 151.º do CP), por concurso aparente (relação de consunção), dado que manteria a competência material inicial (art. 14.º, n.º 2, al. a), do CPP).

Não havendo acordo dos sujeitos processuais, deveria aplicar-se o art. 359.º, n.º 1, do CPP: não podendo condenar Beto pelo crime de homicídio, o tribunal deveria decretar a absolvição da instância (nos termos dos arts. 278.º e 279.º do Código de Processo Civil) analogicamente aplicável (*ex vi* art. 4.º do

CPP), não fazendo tal decisão caso julgado material, permitindo a abertura de inquérito autónomo para conhecimento de todos os factos em conjunto, recuperando-se todos os elementos (e provas) do processo em curso. Solução semelhante poderia ser obtida com o regresso a inquérito deste mesmo processo para conhecimento de todos os factos em conjunto (por analogia com a nulidade prevista no art. 120.º, n.º 2, al. *d*), do CPP).

O tribunal poderia, em alternativa, prosseguir com o processo condenando Beto (e os demais rixantes) pelo crime de participação em rixa, visto que os factos que o constituem constavam já da acusação – e, portanto, do objecto do processo. Neste caso, a morte de Víctor não seria imputada a Bento a título de homicídio – como vimos, não podia sê-lo no âmbito deste processo - funcionando apenas como condição de punibilidade da sua participação em rixa. No seguimento desta solução, poderia ainda defender-se, como alguma doutrina (minoritária), a consideração do facto novo apenas como circunstância agravante da medida concreta da pena aplicada a Beto pelo crime de participação em rixa.

Se o tribunal condenasse Beto pelo crime de homicídio simples no âmbito deste processo, não existindo o acordo referido supra, o acórdão seria nulo nos termos do art. 379.º, n.º 1, al. *b*), do CPP, nulidade dependente de arguição (sob pena de sanação), constituindo fundamento de recurso ordinário (que deveria ser interposto no prazo de 30 dias, nos termos dos arts. 399.º, 410.º, n.º 3 e 411.º, n.º 1, todos do CPP).

Cotações: 1. 3 v.; 2. 5 v.; 3. 4 v.; 4. 6 v.; sistematização, clareza, correcção da escrita, fundamentação, 2 v.