

TÓPICOS PARA A CORRECÇÃO DO EXAME ESCRITO DE DIREITO PROCESSUAL PENAL DE 12/09/2016 – ÉPOCA DE FINALISTAS

Questão n.º 1 (5 valores)

A resposta deverá ser negativa.

A suspensão provisória do processo, prevista nos art.ºs 281.º e 282.º do CPP, é um mecanismo de diversão processual que permite ao MP, relativamente a crimes puníveis com pena de prisão não superior a 5 anos ou com sanção diferente da prisão, suspender o processo em alternativa a acusar, mediante a imposição ao Arguido de injunções ou regras de conduta, desde que o Juiz de Instrução concorde e se verifiquem os pressupostos constantes das várias alíneas do n.º 1 do art. 281.º do CPP.

Estando **C** indiciado por cumplicidade num crime de roubo, p. e p. no art. 210.º, n.º 1, do CP, a sua pena abstracta será especialmente atenuada, nos termos dos art.ºs 27.º, n.º 2, 73.º, n.º 1, als. a) e b), e 41.º, n.º 1, do CP, sendo de um mês a 5 anos e 4 meses (o limite mínimo de um ano é reduzido ao mínimo legal, ou seja, um mês, e o limite máximo é reduzido de um terço, ou seja, de 2 anos e 8 meses, ficando em 5 anos e 4 meses).

Deste modo, a suspensão provisória do processo não seria *in casu* possível, por se tratar de crime punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos, ainda que a injunção de pagar uma compensação a **D** fosse admissível, nos termos do art. 281.º, n.º 2, al. a), do CPP, e os restantes requisitos do n.º 1 da citada disposição pudessem, em abstracto, estar preenchidos.

Pode, de *iure condendo*, discutir-se se não se justificaria estender à suspensão provisória do processo o mecanismo consagrado nos art.ºs 16.º, n.º 3, e 381.º, n.º 2, do CPP, possibilitando-se ao MP lançar mão da suspensão provisória do processo relativamente a crimes puníveis com pena de prisão de máximo superior a 5 anos, se fosse previsível que o Arguido, caso viesse a ser julgado, não seria condenado em pena de prisão superior a 5 anos. Sendo a suspensão provisória do processo também manifestação do princípio da oportunidade, a referida solução permitiria maximizar o referido princípio.

De referir ainda que sujeitar a suspensão provisória do processo à condição de o Arguido reiterar no julgamento as informações prestadas à PJ não parece ser admissível, por o nosso processo penal, apesar de conhecer manifestações do princípio da oportunidade, ser orientado pelo princípio da legalidade (art. 219.º, n.º 1, da CRP), sendo inadmissíveis formas de *plea bargaining* próprias de outros ordenamentos jurídicos como o norte-americano.

Questão n.º 2 (5 valores)

O Tribunal deveria, após o prévio exercício do contraditório por parte dos restantes sujeitos processuais, e na falta de acordo de todos, rejeitar a promoção do MP, dado que a mesma comportaria uma alteração substancial de factos não autonomizáveis, pelo que não poderia ser tida em conta pelo Tribunal sob pena de violação do princípio da vinculação temática.

Efectivamente, a utilização de “uma caçadeira para ameaçar D” constitui um facto processual novo (acontecimento histórico diverso não constante da acusação), ademais não totalmente independente (não se trata de um outro objecto distinto do que estava em discussão), pelo que constitui uma alteração de factos. E uma alteração de factos substancial nos termos do art. 1.º, al. f), do CPP, desde logo por haver agravação do limite máximo da pena abstractamente aplicável (ao invés de 8 anos do n.º 1 do art. 210.º do CP, passaria a ser susceptível de ser aplicada a pena de 15 anos nos termos do n.º 2 daquele preceito). E tratando-se de uma alteração substancial de factos não autonomizável, na medida em que não poderia ser destacada e constituir um processo penal autónomo sem violação do princípio *ne bis in idem* (até porque não estava em causa a posse de arma ilegal, mas “apenas” a utilização da caçadeira naquele mesmo roubo) – não se aplicando por isso o art. 359.º, n.º 2 –, não poderia o Tribunal ter em conta os novos factos no processo em curso sem mais, nos termos do art. 359.º, n.º 1, do CPP – excepto se houvesse acordo dos Arguidos, do(s) Assistente(s) e do MP, nos termos do n.º 3 do mesmo preceito legal, caso em que poderia o Tribunal prosseguir o julgamento também pelo novo facto.

Não havendo acordo dos sujeitos processuais, deveria aplicar-se o art. 359.º, n.º 1, do CPP: não podendo condenar os Arguidos pelo crime de roubo nos termos do art. 210.º, n.º 2 do CP, 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, segundo a tese da continuação do processo com preterição dos novos factos, prosseguir e eventualmente condenar os Arguidos nos termos em que foram acusados pelo crime de roubo (p. e p. no n.º 1 do art. 210.º do CP), visto que os factos que o constituem constavam já da acusação – e, portanto, do objecto do processo.

No seguimento desta solução, poderia ainda defender-se, como alguma doutrina (muito isolada), a consideração do facto novo apenas como circunstância agravante da medida concreta da pena aplicada a cada arguido pelo crime de que vinham acusados (solução que merece toda a crítica dado dar relevância aos factos novos).

Não havendo acordo, e caso o Tribunal tivesse em conta a nova factualidade e viesse a condenar os Arguidos com base na mesma, tal decisão seria nula. Trata-se de uma nulidade, atípica, com regime próprio: 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).

Questão n.º 3 (4 valores)

A resposta deverá ser negativa.

Está em causa a possibilidade de o Tribunal de julgamento valorar objectos apreendidos na sequência de uma busca realizada a um escritório de advocacia.

As buscas e apreensões integram meios de obtenção de prova (arts. 174.º-186.º do CPP), pois constituem procedimentos e instrumentos utilizados (pelas autoridades judiciárias e pelas polícias criminais) para a aquisição de meios de prova e sua recolha no processo.

Em geral, a busca é autorizada ou ordenada através de despacho da autoridade judiciária – com um prazo de validade máximo de 30 dias –, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência (art. 174.º, n.ºs 3 e 4, do CPP), e respeitadas as formalidades do art. 176.º do CPP.

Também a apreensão exige, em princípio, despacho da autoridade judiciária a autorizar, ordenar ou validar a sua realização, podendo os órgãos de polícia criminal realizar apreensões no decurso de buscas, sem prejuízo da sua necessária validação pela autoridade judiciária num prazo máximo de 72 horas, *ex vi* dos arts. 178.º, n.ºs 4 e 5, e 249.º, n.º 2, al. c), do CPP.

Todavia, tratando-se de buscas e apreensões a escritórios de advogados, a sua realização, durante o inquérito, é da competência exclusiva do Juiz de Instrução Criminal (v. art. 268.º, n.º 1, al. c), do CPP) e, em qualquer dos casos e sob pena de nulidade, "*presidida pessoalmente pelo juiz, o qual avisa previamente o presidente do conselho (distrital) da Ordem dos Advogados [...], para que o mesmo, ou um seu delegado, possa estar presente*" (arts. 177.º, n.º 5, e 180.º do CPP).

No caso *sub judice*, o produto do roubo constitui um objecto susceptível de apreensão, *ex vi* art. 178.º, n.º 1, do CPP. Mas tendo a apreensão daquele objecto sido efectuada no escritório de advocacia de X e na sequência de busca realizada a esse mesmo escritório, exigia-se que, no decurso do inquérito, aquelas diligências tivessem sido realizadas pelo Juiz de Instrução Criminal e, em qualquer dos casos, que fossem, sob pena de nulidade, presididas pessoalmente por juiz, o qual avisaria previamente o Presidente do respectivo Conselho Distrital da Ordem dos Advogados, para que o mesmo, ou um seu delegado, pudesse estar presente (arts. 177.º, n.º 5, e 180.º do CPP). Dado que tal parece não ter sucedido, seria possível considerar como meios proibidos de obtenção de prova a busca e a apreensão realizadas.

Além disso, o carácter proibido dos meios de obtenção de prova implica, em princípio, a proibição de utilização (= valoração) das provas obtidas, já que estas são igualmente nulas e não podem ser usadas, sendo certo que a violação da proibição de valoração determina a invalidade do acto e eventualmente dos termos subsequentes (art. 32.º, n.º 8, da CRP e arts. 118.º, n.º 3, e 126.º, n.ºs 1 e 3, do CPP). E o desrespeito dos pressupostos das buscas e apreensões em escritório de advogado gera também a nulidade e a inadmissibilidade da prova, sujeitando-se ao regime especial das nulidades extra-sistemáticas previsto no art. 126.º, n.º 3, do CPP, que consagra as chamadas proibições relativas de prova, uma vez que os preceitos que estabelecem aqueles pressupostos constituem os casos previstos na lei de restrição a direitos de liberdade.

Portanto, *in casu* não poderiam ser usados nem valorados pelo Tribunal os objectos apreendidos. Caso fossem utilizados ou valorados, poderia ser arguida a nulidade da prova obtida com fundamento no carácter proibido dos meios de obtenção de prova (arts. 118.º, n.º 3, 126.º, n.º 3, 177.º, n.º 5 e 180.º do CPP). E, ainda que a nulidade em questão não fosse arguida ou

conhecida antes do trânsito em julgado da decisão final, seria possível interpor recurso de revisão da sentença que se fundasse na valoração de prova nula (art. 449.º, n.º 1, al. e), do CPP).

Questão n.º 4 (4 valores)

A resposta deverá ser negativa.

Em primeiro lugar, os agentes da PJ não poderiam ter apreendido os telemóveis dos Arguidos, por não estarem preenchidos os pressupostos legais constantes dos art.º 178.º, *maxime* do seu n.º 4, e 249.º, n.º 2, al. c), do CPP.

Em segundo lugar, quanto à leitura e valoração das mensagens SMS guardadas nos telemóveis dos Arguidos, as mesmas constituem comunicações transmitidas por via telemática, estando guardadas em suporte digital (no cartão ou na memória do telemóvel), pelo que parecem abrangidas pela extensão do regime das escutas telefónicas consagrada no art. 189.º, n.º 1, do CPP. Há que atender aqui, contudo, ao art. 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro (norma aplicável por via do art. 11.º, n.º 1, al. c), da mesma Lei). Por força desse artigo 17.º, para a apreensão de SMS (trata-se de apreensão de SMS já recebidos e guardados no telemóvel, e não da interceptação de SMS durante o envio), é necessária ordem ou autorização do juiz. Dispõe a lei, além disso, que se aplica “*correspondentemente*” o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal.

Embora a pena prevista para o crime de roubo seja superior a três anos – dando-se assim por cumprido o requisito da al. b) do art. 179.º, n.º 1, deste Código –, e mesmo admitindo que os requisitos das restantes alíneas estavam preenchidos, nada se refere na questão sobre ter havido autorização judicial ou consentimento dos Arguidos. Note-se que mesmo tal autorização não bastaria, pois o n.º 3 deste artigo dispõe que o juiz “*é a primeira pessoa a tomar conhecimento do conteúdo da correspondência apreendida*”, o que também não parece ter-se verificado no caso.

Não havendo ordem ou autorização do Juiz de Instrução Criminal nem consentimento, a prova seria nula, nos termos do art. 179.º, n.º 1, do CPP. Tal nulidade constitui uma verdadeira proibição de prova, nos termos do art. 126.º, n.º 3, do CPP, que consagra as chamadas proibições relativas de prova, devido ao facto de as provas serem válidas nos casos previstos na lei ou mediante o consentimento do titular dos direitos em causa.

Trata-se de uma nulidade *sui generis*, que não se reconduz nem às nulidades insanáveis do art. 119.º nem às nulidades dependentes de arguição do art. 120.º, conforme resulta dos art.ºs 32.º, n.º 8, da CRP e 118.º, n.º 3, do CPP. Deste modo, não havendo autorização judicial nem consentimento dos Arguidos, as mensagens SMS não poderiam ser utilizadas nem valoradas, devendo ser desentranhadas dos autos e não podendo ser repetidas. Acresce que esta nulidade poderia ser arguida mesmo depois do trânsito em julgado da decisão condenatória, em recurso extraordinário de revisão (art. 449.º, n.º 1, al. *e*), do CPP).

As provas proibidas apenas podem ser utilizadas para proceder criminalmente contra quem recorreu às mesmas, nos termos do art. 126.º, n.º 4, do CPP.