

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

*Coordenação e Regência:* Professor Doutor Augusto Silva Dias

*Colaboração:* Professor Doutor Rui Soares Pereira e Mestres João Gouveia de Caires e David Silva Ramalho

4.º ano – Dia

Exame escrito

7 de Junho de 2017

*Duração:* 90 minutos

### Tópicos para a correcção

1. A forma de processo adequada a tramitar o processo-crime respectivo é a forma abreviada.

Dever-se-ia começar por referir que as formas especiais prevalecem sobre a forma comum, constituindo até causa de nulidade, sanável, dependente de arguição, o não emprego da forma especial quando os seus requisitos estejam preenchidos (art. 120.º, n.º 2, al. *a*) do CPP).

A forma sumária não poderia ser aplicada uma vez que a audiência de julgamento não poderia ser iniciada até ao termo do prazo previsto legalmente (48h como regra, prorrogável nos casos previstos legalmente até 20 dias após a detenção, nos termos do art. 387.º, n.ºs 1 e 2 do CPP), tendo em conta que a prova requerida (exames) só estaria concluída após 30 dias.

Assim sendo, a forma especial sucedânea da forma sumária, e que deveria ser aplicada na situação em apreço, seria a forma abreviada, pois estavam verificados os seus requisitos previstos no art. 391.º-A do CPP: i) o crime em causa é punível com pena de prisão inferior a 5 anos (no caso, com pena de prisão até 3 anos); e ii) há evidência probatória (desde logo porque o arguido foi detido, validamente, em flagrante delito e a forma sumária só não seria aplicável devido à supra referida questão do prazo para a audiência de julgamento – cfr. art. 391.º-A, n.ºs 1 e 3, al. *a*) do CPP).

Por último, dever-se-ia ainda referir que a detenção em flagrante delito (*stricto sensu* dado que os inspectores da **PJ** perceberam os actos de execução do crime de burla nas comunicações – art. 256.º, n.º 1, primeira parte do CPP), ademais válida e obrigatória para aqueles enquanto membros de um **OPC** (art. 255.º, n.º 1, al. *a*) do CPP; cfr. art. 1.º, al. *c*) do CPP e art. 3.º, n.º 1, al. *a*) da Lei n.º 49/2008, de 27 de Agosto), dado que o crime de burla nas comunicações é punível com pena de prisão e mesmo sendo semi-público apenas exigiria que a queixa fosse apresentada em acto seguido à detenção pelo respectivo titular do direito (no caso, a empresa de telecomunicações como ofendida) – nos termos dos arts. 221.º, n.º 4 do CP, 49.º do CPP e 113.º, n.º 1 do CP).

2. A produção e valoração das gravações obtidas através da instalação de *malware* no telemóvel do suspeito deverão ser consideradas inadmissíveis.

O recurso a escutas ambientais está previsto no art. 189.º do CPP e encontra-se genericamente sujeito ao regime das escutas telefónicas estabelecido nos arts. 187.º e 188.º. Antes de mais, e à luz do CPP, a escuta ambiental autorizada judicialmente



estava restringida ao registo fonográfico (áudio) e não à imagem e apenas às “conversações entre presentes” e em locais que não constituam domicílio (como se tratou no caso). A admissibilidade do recurso a este método oculto de obtenção de prova encontra-se, em primeiro lugar, dependente da necessidade do mesmo para a investigação de um dos crimes do catálogo do art. 187.º, n.º 1 do CPP. Na medida em que o crime de burla nas comunicações, p. e p. no art. 221.º, n.º 1 do CP, é punível com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa, não é possível enquadrá-lo na al. a) do n.º 1 do artigo 187.º, pelo que, não preenchendo o mesmo qualquer outra das alíneas, a prova recolhida por esta via seria nula, por força do disposto no art. 190.º do CPP (haveria aqui que discutir a aplicabilidade do regime das proibições de prova). Poderia, em todo o caso, abrir-se a hipótese de o prejuízo causado pela conduta de **Abel** ter causado um prejuízo elevado ou consideravelmente elevado à operadora de telecomunicações “Pague e Veja”, caso em que poderíamos estar perante um crime de burla nas comunicações na forma agravada, p. e p. no art. 221.º, n.º 5 do CP, de onde se poderia concluir pelo preenchimento do requisito do crime de catálogo. Em todo o caso, não sendo esta informação contemplada no enunciado, deveria ser desconsiderada. Adicionalmente, poderia indagar-se da aplicabilidade do art. 6.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, relativamente ao “registo de voz e imagem” (o que permitiria o registo de imagem para além do registo áudio), mas esta hipótese deveria igualmente ser afastada por não preenchimento de qualquer uma das alíneas do catálogo do art. 1.º do mesmo diploma. Isto porque apesar da al. m) do n.º 1 do art. 1.º da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro, ter passado a configurar no catálogo deste diploma o crime de acesso ilegítimo a sistema informático desde que fosse agravado (cfr. redacção dada pela recente Lei n.º 30/2017, de 30 de Maio, que entrou em vigor a 31 de Maio de 2017), a verdade é que o inquérito (e a consequente autorização judicial) apenas tinha em conta o crime de burla nas comunicações – crime excluído do catálogo. Acresce que os factos foram praticados à luz da redacção anterior da norma processual penal de carácter substantivo ou material e, por isso, não se poderia aplicar a nova redacção daquela norma, uma vez que agravaria a responsabilidade penal em sentido amplo (ao permitir um novo método oculto de investigação do crime de acesso ilegítimo agravado) – cfr. art. 29.º, n.º 5 da CRP e arts. 2.º e 3.º do CP, aplicáveis às normas processuais penais de carácter material como era o caso, e/ou art. 5.º, n.º 2, al. a) do CPP. Esta seria uma questão a valorizar em sede de ponderação global.

Em segundo lugar, deveria analisar-se o problema da admissibilidade, em geral, do uso de *malware*, à luz do quadro legal vigente e dos princípios aplicáveis aos métodos ocultos de obtenção de prova, a saber: legalidade, subsidiariedade, reserva de juiz e proporcionalidade, referindo ainda, quanto a este último, o problema da cumulação de métodos ocultos.

Em causa está um novo método oculto de investigação criminal que tem a potencialidade de afetar de forma especialmente grave um conjunto de direitos fundamentais do visado, como sejam os direitos à reserva da intimidade da vida privada, à palavra e à integridade e confidencialidade dos sistemas informáticos. Apesar de o art. 125.º do CPP prever, pelo menos em tese, a admissibilidade de meios de prova atípicos, deverá considerar-se excluída a possibilidade de novos

métodos ocultos se encontrarem abrangidos por esta previsão, por força do disposto no art. 126.º, n.ºs 3 e 4 do CPP e no art. 32.º, n.º 8 da CRP.

Em Portugal, não é evidente que o uso de *malware* encontre previsão legal. Há pelo menos três orientações a este propósito: uma primeira lobriga (embora 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). Esta orientação conclui pela inconstitucionalidade da norma e, por isso, pela sua inaplicabilidade.

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).

Por fim, haveria que sublinhar o facto de a autorização judicial contemplar apenas a escuta ambiental em local público ou acessível ao público, pelo que, ainda que de algum modo fosse admissível o recurso a escutas ambientais, sempre se encontraria a sua admissibilidade sujeita à utilização de recursos próprios dos OPC e não a *malware*, desde logo por força de falta de autorização judicial expressa para a sua utilização na forma de concretização da escuta ambiental.

Deveria assim concluir-se pela inadmissibilidade de produção e valoração das provas obtidas com a escuta ambiental colhida através do *malware*.

3. A resposta deveria ser negativa: uma eventual sentença condenatória não poderia fundamentar-se nas declarações prestadas pelo arguido em momento anterior ao julgamento.

Em princípio, não podem ser valoradas provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência, com excepção daquelas provas que estejam contidas em

actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas, nos termos dos arts. 356.º e 357.º do CPP (cfr. art. 355.º do CPP).

Tendo **Abel** prestado, na fase de inquérito e assumindo a qualidade de arguido, o art. 357.º do CPP estabelece que as declarações pré-processuais e processuais do arguido anteriores ao julgamento não podem ser utilizadas, salvo se o arguido o solicitar ou se tiverem sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tiver sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na al. *b*) do n.º 4 do art. 141.º do CPP.

Ora, a hipótese refere que **Abel** foi assistido por defensor, mas não refere que tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na al. *b*) do n.º 4 do art. 141.º do CPP.

Além disso, o arguido optou por se manter em silêncio no julgamento. Ora, embora as declarações tenham sido prestadas perante um **Juiz**, pelo que a sua leitura poderia ser admitida em fase de julgamento (cfr. arts. 1.º, al. *b*), e 357.º, n.º 1, al. *b*), ambos do CPP), não obstante estaria afastada a possibilidade de **Tribunal** as valorar como prova e, em qualquer dos casos, a possibilidade de condenar o arguido apenas com base nessas declarações, ainda que o arguido tenha sido assistido por defensor e informado nos termos e para os efeitos do disposto na al. *b*) do n.º 4 do art. 141.º do CPP.

Seria valorizada a discussão sobre a conformidade constitucional da interpretação normativa da redacção actual do art. 357.º, n.º 1, al. *b*) do CPP, no confronto com os princípios da estrutura acusatória, processo justo e equitativo que assegure todas as garantias de defesa (incluindo o *nemo tenetur se ipsum accusare*), da imediação e do contraditório.

Para além de sujeitas à livre apreciação da prova (cfr. art. 127.º, *ex vi* art. 141.º, n.º 4, al. *b*), ambos do CPP), as declarações prestadas por **Abel** na fase de inquérito nunca poderiam valer como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344.º do CPP (cfr. art. 357.º n.º 2 do CPP).

Assim, mesmo para quem entenda que as declarações em causa poderiam ser valoradas, o certo é que, embora pudessem ser reproduzidas ou lidas em julgamento (arts. 355.º, n.º 2, e 357.º, n.º 1, al. *b*), ambos do CPP), as declarações em questão nunca seriam, por si só, suficientes para a formação da convicção do tribunal, o que obstaria a que o **Tribunal** viesse a condenar o arguido apenas com base nessas declarações.

4. O **Tribunal** não deveria, sem ter cumprido com os procedimentos previstos legalmente, condenar o arguido pela prática de um crime de acesso ilegítimo (p. e p. no art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro) em concurso efectivo com o referido de burla nas comunicações, sendo por isso a sentença nula quanto a essa parte.

Dever-se-ia enquadrar a situação descrita como uma manifesta alteração da qualificação jurídica na fase de julgamento. Desde logo porque o **Tribunal** não apreciou qualquer facto novo. Não há nenhum novo acontecimento histórico com diversa ilicitude. Do que se trata é que, face aos factos já constantes do processo, o

**Tribunal** concluiu que o arguido cometeu não um (como constante da acusação), mas dois crimes.

Havendo uma mera alteração da qualificação jurídica na fase de julgamento (pois a sentença integra uma das sub-fases da fase de julgamento), deveria aplicar-se o regime previsto no art. 358.º, n.º 3 do CPP que remete para o disposto no n.º 1 do mesmo preceito. Deveria identificar-se claramente que o regime expressamente previsto para a fase de sub-fase de audiência de julgamento (art. 358.º, n.º 3 do CPP) aplica-se igualmente à sub-fase da sentença. Solução diferente constituiria um alçapão violador das garantias de defesa do arguido e da vinculação temática. Quer isto dizer que, e não se tratando do caso de ter sido o arguido a promover o conhecimento do crime de acesso ilegítimo em concurso efectivo com o crime de burla nas comunicações, deveria o **Tribunal** reabrir a audiência de julgamento para comunicar ao arguido a alteração, e se este o requeresse, conceder-lhe o prazo estritamente necessário para a preparação da defesa.

Caso o arguido requeresse prova suplementar na sequência do exercício do seu direito de defesa em relação à alteração comunicada, deveria o **Tribunal** ordenar a produção da mesma, como aliás tem sido, e bem, sustentado pela Jurisprudência.

Dever-se-ia concluir, assim, que a circunstância do **Tribunal** ter condenado o arguido também pela prática de um crime de acesso ilegítimo (p. e p. no art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro) em concurso efectivo com o referido de burla nas comunicações, sem ter cumprido com os referidos procedimentos, constituiria nulidade da sentença quanto a esta parte (como disposto no art. 379.º, n.º 1, al. *b*) do CPP).

Apesar da letra do preceito em causa só mencionar factos, tem sido entendimento, hoje praticamente unânime, quer da doutrina quer da jurisprudência de que se aplica, na fase de julgamento, o regime da alteração não substancial de factos ao regime da alteração da qualificação jurídica, incluindo o respectivo regime cominatório. Trata-se de uma nulidade atípica, de objecto, dependente de arguição, em sede de recurso ordinário e no prazo do mesmo (cfr. arts. 379.º, n.º 1, al. *b*), 399.º, 410.º, n.º 3, e 411.º, n.º 1, al. *b*), todos do CPP).