

DIREITO PROCESSUAL PENAL

4.º ANO – NOITE / 2018-2019

Regência: Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Mestres João Gouveia de Caires e David Silva Ramalho

TÓPICOS DE CORRECÇÃO DO EXAME ESCRITO – 4 de Janeiro de 2019

1. A resposta é negativa.

Deveria identificar-se os pressupostos de substância, bem como os requisitos de forma e procedimentais das escutas telefónicas. Quanto aos primeiros, faltavam *in casu*, desde logo, o âmbito objectivo (uma vez que o crime em causa não consta do catálogo do art. 187.º/1 do CPP), ainda que o âmbito subjectivo (187.º/4) estivesse preenchido e que a escuta tivesse sido promovida pelo MP no decurso do inquérito e mediante prévia decisão do Juiz de Instrução (JI), nos termos do art. 187.º/1.

Ao nível dos princípios seria discutível se tal método oculto seria proporcional (distinguindo-se os 3 vectores em que se desdobra o princípio da proporcionalidade), uma vez que o Arguido não utilizava o telefone para praticar o crime em causa, nem se suspeitava de que pudesse fornecer prova por esta via. A cláusula da indispensabilidade (187.º/1) dificilmente estaria verificada. Ademais, o princípio da subsidiariedade, conjugado com o princípio da proporcionalidade, imporia o recurso a outras medidas menos gravosas/intrusivas de direitos fundamentais e mais adequadas/idóneas ao caso, nomeadamente a vigilância ao suspeito durante o período em que o mesmo esperava a vítima à saída do local de trabalho.

Um outro problema, e ao nível dos pressupostos ou requisitos de substância, é o decorrente do despacho judicial que autoriza as escutas consistir numa fórmula genérica aplicável a qualquer processo (“defiro nos termos requeridos”). Não é admissível que um despacho judicial, que nos termos gerais deve ser fundamentado (97.º/5), contenha uma fundamentação que não revele um juízo concreto do Juiz, ademais em matéria de escutas telefónicas, que é sujeita a prévio despacho judicial fundamentado. Poder-se-ia discutir se tal fundamentação poderia ser remissiva, utilizando a jurisprudência constitucional sobre o tema no que respeita às medidas de coacção (exigindo-se assim prévia norma habilitante, que aqui não existe).

Concluindo: o despacho em causa seria inválido. Sendo nulo nos termos dos arts. 190.º e 126.º/3, dado ter havido preterição dos pressupostos ou requisitos de substância (logo, fora dos casos previstos na lei e sem consentimento dos visados), sendo a prova proibida, correspondendo à nulidade *sui generis* decorrente de prova proibida por haver abusiva intromissão na vida privada e nas

telecomunicações (32.º/8 da CRP), não podendo ser utilizadas as eventuais provas adquiridas com esta escuta para incriminar o arguido. Dever-se-ia, por fim, explicitar o regime da prova proibida e as suas consequências (incluindo o eventual efeito-à-distância).

2. A resposta é positiva.

O Arguido poderia reagir através do pedido, perante o próprio JI, de revogação das medidas de coacção aplicadas fora das condições previstas na lei (212.º/1/al. a), *ex vi* n.º 4 do mesmo preceito) e através de recurso perante o tribunal hierárquica e imediatamente superior (219.º/1).

No que respeita à medida de coacção de proibição de contacto do Arguido com a vítima, a mesma não poderia ser aplicada por falta de admissibilidade legal, dado que o crime em causa não é punível com pena superior a 3 anos de prisão (art. 200.º/1). Atendendo a que o MP tinha subscrito o requerimento da vítima, o problema de o requerimento ter sido feito pela vítima e não pela assistente estaria sanado (valorizando-se a discussão sobre a compatibilidade do art. 268.º/2 com o art. 194.º/1).

Já relativamente à medida de apresentação periódica (198.º), a mesma seria admissível, porventura até necessária, adequada e proporcional, atendendo ao perigo de continuação da actividade criminosa (204.º/al. c)). Porém, seria discutível se o JI poderia aplicar cumulativamente as duas medidas, pois, enquanto não houvesse revogação da primeira, traduzia-se numa situação substancialmente mais gravosa para o Arguido do que aquela que resultaria da mera aplicação da medida promovida pelo MP, apesar de ter fundamento na al. c) do art. 204.º. Não seria apenas uma questão do art. 194.º/2, mas poderia também enquadrar-se no art. 194.º/3, dado o agravamento que resulta da aplicação cumulativa das duas medidas (a promovida e a determinada oficiosamente). Seria valorizada a discussão sobre a constitucionalidade do art. 194.º/2 e 3.

Outro problema seria a nulidade correspondente à preterição do art. 194.º/3: nulidade dependente de arguição (120.º/1)? Deveria admitir-se pelo menos a revogação, ainda que *ex officio*, da medida legalmente inadmissível.

Haveria ainda que discutir se a não audição prévia do Arguido (contraditório) *in casu* se tratava de um caso de “impossibilidade devidamente fundamentada”, nos termos do art. 194.º/4.

O Arguido poderia reagir através do pedido, perante o próprio JI, de revogação das medidas de coacção aplicadas fora das condições previstas na lei (212.º/1/al. a), *ex vi* n.º 4 do mesmo preceito) e através de recurso perante o Tribunal hierárquica e imediatamente superior (219.º/1), com os fundamentos descritos.

3. A via adequada de reacção seria, neste caso, a apresentação de um Requerimento para a Abertura de Instrução (RAI) por parte de António.

Em primeiro lugar deveria identificar-se que o Arguido pretende que seja apreciada uma mera questão de direito e não qualquer facto.

Deveria discutir-se a questão doutrinária relativa à possibilidade de o Arguido usar o RAI apenas para discutir questões de direito, considerando que o artigo 287.º/1/al. a) apenas se refere a factos pelos quais o MP ou o assistente, em caso de procedimento dependente de acusação particular, tiverem deduzido acusação. Ao argumento puramente literal, que sustenta a tese da inadmissibilidade de RAI nestes casos, pode contrapor-se, a favor da tese contrária, a necessidade de assegurar o direito constitucional do Arguido à instrução, tal como referido desde o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, bem como a circunstância de esta ser a única via que lhe permite assegurar a igualdade de armas com o Assistente, que sempre teria a acusação subordinada para suscitar questões de direito nesta fase. Também para a parte da doutrina que restringe a legitimidade do Arguido para deduzir RAI à possibilidade de vir a obter um despacho de não pronúncia, seria igualmente admissível neste caso o RAI, uma vez que, a ter vencimento a posição do Arguido, a decisão instrutória seria de não pronúncia.

Admitida a possibilidade de apresentação de RAI nesta sede, deveriam enunciar-se os respectivos requisitos, designadamente o prazo (20 dias após a notificação da acusação), a necessidade de conter, em súmula, as razões de facto e de direito de discordância relativamente à acusação e, admitindo-se embora a discussão quanto a este ponto, a necessidade de representação judiciária por mandatário ou defensor oficioso.

4. A resposta é positiva.

No presente caso, estaríamos perante um facto novo (devendo demonstrar-se que a ameaça de morte constituía um novo acontecimento, pedaço de vida ou caso/problema que se submete a apreciação judicial), ademais não totalmente independente (pois integra o objecto relativo à perseguição), pelo que constituía uma alteração de factos em sentido próprio e caberia discutir se a mesma deveria ser qualificada como substancial, nos termos do art. 1.º/al. f), por importar ou não a imputação de um crime diverso ou o agravamento do limite máximo das sanções aplicáveis. Embora seja discutível a qualificação desta alteração como resultante na imputação de um crime diverso, é evidente que a mesma preenche a segunda parte da referida norma, na medida em que implica a imputação de uma modalidade agravada do crime em discussão e, consequentemente, resulta no agravamento da sanção máxima abstractamente aplicável.

De seguida, haveria que discutir se os factos novos agora imputados ao arguido seriam, ou não, autonomizáveis, isto é, se poderiam ser destacados do processo

penal em curso e integrados no objecto de um processo penal autónomo sem violação do princípio *ne bis in idem*, consagrado no artigo 29.º/5 da CRP. Caso assim se entendesse, a solução correcta passaria, nos termos do disposto no artigo 359.º/2, por extrair certidão para instauração de novo procedimento criminal quanto aos factos novos, designadamente pela prática de um crime de ameaça, previsto no artigo 153.º do CP.

Considerando que o Tribunal introduziu a nova factualidade na sentença sem dar cumprimento ao disposto no artigo 359.º, extraindo certidão quanto aos factos eventualmente autonomizáveis (n.º 2) ou dando oportunidade aos sujeitos processuais de manifestarem o seu acordo quanto à continuação do julgamento pelos novos factos (n.º 3) – o que implicaria a possibilidade de condenação pelo crime de perseguição agravada, uma vez que o Tribunal manteria a competência – e, conseqüentemente, dando prazo ao arguido, caso este o requeresse, para preparação da defesa (n.º 4), a sentença seria nula, nos termos do disposto no artigo 379.º/1/al. b). Trata-se de uma nulidade sanável, cuja arguição deveria ter lugar por via de recurso ordinário, perante o Tribunal hierárquica e imediatamente superior, no prazo de 30 dias (arts. 399.º, 410.º/1 e 411.º/1).

Contudo, seria admissível a discussão sobre a configuração destes factos novos como não autonomizáveis, dado que a ameaça (segundo a pergunta, o Arguido teria afirmado “que mataria **Bela** se esta o tentasse demover do seu intuito de a admirar”) integra-se no contexto da perseguição e ao apreciar o crime de ameaça autonomamente haveria violação do *ne bis in idem* quer quanto ao elemento objectivo, quer sobretudo quanto ao elemento subjectivo do tipo de crime. O Arguido apenas ameaçou de morte a vítima se esta obstasse ou tentasse demovê-lo do seu intuito de a admirar. Nesta ordem de ideias, sendo não-autonomizável, e não havendo o referido acordo (359.º/3), a sentença seria igualmente nula (379.º/1/al. b)), podendo o Arguido reagir no modo (recurso) e prazo (30 dias) referidos, sob pena de sanção.