



DIREITO PROCESSUAL PENAL

4.º ANO – TURMA DE NOITE / 2021-2022

Regência: Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Mestres João Gouveia de Caires e David Silva Ramalho, Licenciada Joana Reis Barata

Exame escrito de coincidência – 26 de janeiro de 2022

Duração: 90 minutos

Hipótese

António, defensor nomeado oficiosamente, encontrava-se de escala no Campus de Justiça. “Senhor Dr., chamaram-no para uma diligência” – disse a oficial de justiça – “acompanhe-me”. Entrou numa sala onde estava sentado **Bernardo**, arguido, que lhe disse “Senhor Dr., eu estava no supermercado e tinha fome e por isso tirei um chocolate, é verdade, e a PSP apanhou-me, é verdade, e tiraram-me o chocolate que até puseram logo à venda porque eu nem lhe tinha tocado, é verdade, e eu mal me pediram identificação chamei um nome feio ao polícia, também é verdade, mas pedi desculpa, e depois levaram-me para a esquadra, revistaram-me, tiraram-me o telemóvel, disseram que se eu não desse o PIN era pior para mim e por isso eu dei, mas aquelas fotografias que eles dizem que são de pedofilia e que estavam no WhatsApp não eram minhas, juro”.

“Certo” – disse **António** – “Olhe, o melhor que tem a fazer é ficar calado e depois logo se vê”. Lado a lado com **Bernardo**, **António** entrou na sala de audiência, onde estava o **Ministério Público** (MP), sentou-se e aguardou pelo **Juiz de Instrução** (JI).

O JI chegou, dirigiu-se ao arguido e perguntou-lhe se queria falar. Após resposta negativa de **Bernardo**, o JI respondeu: “Olhe, eu conheço bem a sua conversa, portanto se confirmar tudo fica em domiciliária, senão fica em preventiva, a escolha é sua”. Perante este cenário – e o olhar incrédulo de **António** –, **Bernardo** disse que aceitava tudo o que estivesse ali na folha do Senhor Procurador, mas que, por favor, não o enviassem para a prisão.

Tome em consideração os artigos 181.º e seguintes e 203.º e seguintes do Código Penal (CP) para resposta às questões.

Responda, fundamentadamente, às seguintes questões:

1. Considerando apenas o que **Bernardo** afirmou ter acontecido no momento da sua detenção e seguidamente na esquadra da PSP, o que deveria fazer **António**? (5 valores)

— **António** deveria invocar a ilegalidade da sua detenção pelo crime de furto e a proibição de prova quanto às fotografias encontradas no seu telemóvel.

- Quando foi intercetado, **Bernardo** tinha praticado um crime de furto, p. e p. pelos artigos 203.º e 207.º, n.º 2, do CP.
- Sendo um crime particular, e pese embora existisse flagrante delito nos termos do disposto nos artigos 256.º, n.º 1, 1.ª parte, e 255.º, n.º 1, do CPP, o mesmo não admitia detenção, nos termos do disposto no artigo 255.º, n.º 4, do CPP.
- O mesmo não sucede com o crime de injúria agravado, p. e p. pelos artigos 181.º, n.º 1, e 184.º do CP, por se tratar de crime semipúblico, nos termos do disposto no artigo 188.º, n.º 1, alínea *a*), do CP. No entanto, do relato de **Bernardo** retira-se que a injúria foi praticada em momento anterior à detenção, pelo que seria válida.
- O OPC deveria ter constituído **Bernardo** como arguido, seja por força da detenção, seja mais tarde quando o interrogou, seja simplesmente por ter sido levantado auto de notícia e por o mesmo lhe ter sido comunicado nos termos do disposto no artigo 58.º, n.º 1, alíneas *a*), *c*) e *d*), do CPP.
- Por outro lado, tendo havido detenção, o arguido teria de ser submetido a primeiro interrogatório judicial ou não judicial de arguido detido, nos termos dos artigos 141.º e 143.º do CPP, ou seja, pelo JI ou pelo MP e nunca a interrogatório por órgão de polícia criminal, nos termos do artigo 144.º do CPP.
- A revista e as apreensões também foram validamente efetuadas, nos termos do disposto nos artigos 174.º, n.º 1, 178.º, n.º 4, e 249.º, n.ºs 1 e 2, alínea *c*), e 251.º, n.º 1, alínea *a*), todos do CPP.
- A apreensão de mensagens WhatsApp encontra-se sujeita ao disposto no artigo 17.º da Lei do Cibercrime (LdC), por se tratar de “registos de comunicações de natureza semelhante” ao correio eletrónico.
- Por esse motivo, para a leitura daquelas mensagens seria necessária a existência de despacho proferido pelo JI, enquanto juiz das garantias, como postula o artigo 17.º da LdC, aplicando-se correspondentemente o artigo 179.º do CPP por força do referido preceito.
 - Seria valorizada a discussão sobre se a remissão do artigo 17.º para o artigo 179.º do CPP engloba a exigência de um crime de catálogo – caso em que não poderia ser emitido um despacho de autorização, uma vez que o crime em causa só é punível com pena de prisão até 2 anos e não com mais de 3 anos, conforme exige o artigo 179.º, n.º 1, alínea *b*), do CPP – ou se não é exigido que o crime em causa seja um crime de catálogo, caso em que o despacho poderia ser emitido validamente pelo JI.
 - Seria valorizada a discussão sobre o regime aplicável à apreensão de correio eletrónico: (i) revogação tácita total do artigo 189.º, n.º 1, do CPP ou somente parcial pela LdC; (ii) remissão do artigo 17.º da LdC para o regime de apreensão da correspondência postal do CPP e as dificuldades geradas pela circunstância de a distinção entre correspondência aberta ou fechada não ter paralelo no meio digital.
- O OPC não poderia igualmente ter ameaçado **Bernardo** com vista à obtenção da prova, sob pena de contaminá-la, nos termos do disposto nos artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º, n.ºs 1 e 2, alíneas *a*) e *d*), do CPP. Trata-se de método absolutamente proibido de prova, que se distingue dos métodos relativamente proibidos de prova, entre o mais, por nunca ser permitido pelo consentimento e por não admitir previsão legal como meio alternativo para a sua produção.

- À violação de proibições de prova corresponde a cominação de uma nulidade *sui generis*. Deveria referenciar-se em que se traduz esse regime de nulidade *sui generis*, a saber: proibição de produção e de valoração da prova proibida, sendo apenas permitida a sua valoração para a responsabilização dos agentes que utilizaram tal método proibido, nos termos do artigo 126.º, n.º 4, do CPP, devendo em princípio ser desentranhada dos autos, sendo de conhecimento oficioso e insanável mesmo para além do trânsito em julgado, constituindo ademais fundamento de recurso extraordinário de revisão de sentença, nos termos do artigo 449.º, n.º 1, alínea e), do CPP e produzindo um efeito a distância de contaminação da prova secundária causalmente vinculada à prova proibida.

2. Aprecie a validade dos atos praticados em sede de primeiro interrogatório judicial de arguido detido e as respetivas vias de reação. (5 valores)

- O arguido detido nos termos dos artigos 254.º e seguintes do CPP, não sendo imediatamente julgado, terá de ser presente ao JI no prazo máximo de 48h para primeiro interrogatório judicial de arguido detido (artigo 141.º do CPP) ou a interrogatório pelo MP (artigo 143.º do CPP).
- O primeiro interrogatório judicial de arguido detido visa avaliar a validade da detenção, a validade da constituição como arguido, revelar os motivos da detenção ao arguido, ouvir a sua defesa, permitir ao JI verificar se ainda se verificam os motivos que determinaram a detenção e decidir pela aplicação de uma medida de coação diferente do TIR, máxime privativa de liberdade caso esta lhe seja requerida pelo MP enquanto titular do inquérito (artigo 194.º, n.º 1, do CPP).
 - Não consta que este procedimento tenha sido seguido, motivo pelo qual as declarações de **Bernardo** não poderão posteriormente vir a ser reproduzidas em julgamento (artigo 357.º, n.º 2, do CPP).
- As considerações tecidas pelo JI diante de **Bernardo** constituem motivo, sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade.
 - Por esse motivo, **António** deveria ter requerido a sua recusa (artigo 43.º do CPP) e, caso esta fosse considerada procedente, deveriam os atos processuais praticados até ao momento da solicitação da recusa ser anulados quando se verificasse que deles resultaria prejuízo para a justiça da decisão do processo, sendo que os praticados posteriormente seriam válidos se não pudessem ser repetidos utilmente e se se verificasse que deles não resultaria prejuízo para a justiça da decisão do processo (artigo 43.º, n.º 5, do CPP).
 - O requerimento de recusa deve ser apresentado perante o tribunal imediatamente superior, no caso, perante o Tribunal da Relação, conforme prevê o artigo 45.º, n.º 1, alínea a), do CPP.
 - Devem ser desencadeadas as demais diligências previstas no artigo 45.º do CPP, designadamente a pronúncia do juiz visado (artigo 45.º, n.º 3, do CPP) e a realização das diligências de prova necessárias (artigo 45.º, n.º 4, do CPP).
 - A decisão final deve ser proferida num prazo de 30 dias, a contar da entrega do respetivo requerimento de recusa (artigo 45.º, n.º 5, do CPP).
- Adicionalmente, a valoração do silêncio do arguido contra si, como fator

determinante da gravidade da medida de coação, constitui violação grave do seu direito ao silêncio e à não autoincriminação (artigo 61.º, n.º 1, alínea *d*), do CPP).

- Deveriam ser identificadas as diversas ilegalidades cometidas em matéria de aplicação de medidas de coação. Concretamente, deveria ser identificada a violação do disposto no artigo 194.º, n.º 7, do CPP, por não terem sido comunicados os factos com base nos quais foi aplicada a medida de coação a **Bernardo**, o que impossibilitaria a sua utilização para fundamentação da aplicação de uma medida de coação e, consequentemente, seria fundamento de recurso (artigo 219.º do CPP), bem como de pedido de revogação da medida (artigo 212.º, n.ºs 1 e 4, do CPP).
 - Deveria ainda ser referido que a medida de coação aplicada não se baseou em qualquer um dos fundamentos previstos no artigo 204.º do CPP, o que também a tornaria ilegal e tal poderia ser invocado em sede de recurso (artigo 219.º do CPP) e cumulável com o *habeas corpus* (artigo 222.º do CPP) e pedido de revogação da medida (artigo 212.º, n.ºs 1 e 4, do CPP).
 - Sendo certo que, caso tivesse ocorrido a falta de promoção pelo MP da medida de coação mais grave do que o TIR, gerar-se-ia a nulidade prevista no artigo 194.º, n.º 1, do CPP, pelo que teria cabimento discutir se a mesma seria dependente de arguição (subsidiariamente aplicável nos termos do artigo 120.º, n.º 1, do CPP) ou se, pelo contrário, poderia ser invocada diretamente em sede de recurso (artigo 219.º do CPP) e cumulável com o *habeas corpus* (artigo 222.º do CPP) e pedido de revogação da medida (artigo 212.º, n.ºs 1 e 4, do CPP).
 - Valorar-se-ia a discussão sobre a impossibilidade de utilização das declarações prestadas em primeiro interrogatório judicial de arguido detido, por sobre as mesmas incidir uma proibição de prova, nos termos do disposto nos artigos 58.º, n.º 5 e 126.º, n.º 3, do CPP.
3. Independentemente da resposta à questão anterior, admita agora que **Bernardo** acaba por ser acusado tão-somente da prática de três crimes de detenção de pornografia de menores, p. e p. pelo artigo 176.º, n.º 5, do Código Penal, por deter três vídeos nos quais estão representados dez menores. **Bernardo** requer a abertura da instrução por entender que a detenção de três vídeos constitui a prática de apenas um crime. Ao ser notificado do despacho de pronúncia, **Bernardo** percebe que foi pronunciado pela prática de dez crimes de pornografia de menores, por o Tribunal entender que o número de crimes se conta, não pelo número de vídeos, mas sim pelo número de menores representados nos vídeos. Aprecie a reação de **Bernardo** e o despacho de pronúncia. (4 valores)
- 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, n.º 1, alínea *a*), do CPP 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 inadmissível neste caso o RAI, uma vez que, a ter vencimento a posição do arguido, a decisão instrutória continuaria a ser pronúncia.

- De acordo com a posição de Paulo de Sousa Mendes, o RAI seria admissível para discutir apenas a questão de direito ainda que da sua procedência não resultasse uma decisão de não pronúncia.
 - No presente caso não estaríamos perante um facto novo, mas sim perante uma alteração da qualificação jurídica (AQJ).
 - O Tribunal deveria ter seguido o regime previsto nos artigos 303.º, n.ºs 1 e 5, do CPP, comunicando a alteração ao defensor e concedendo-lhe, a requerimento, um prazo para preparação da defesa não superior a oito dias, com o consequente adiamento do debate, se necessário.
 - A omissão desta formalidade, por não se encontrar expressamente prevista como nulidade, designadamente no artigo 309.º do CPP (ao contrário do que sucede na audiência de julgamento e na sentença, nos termos dos artigos 358.º e 379.º do CPP), constitui mera irregularidade (pelo menos para a maior parte da doutrina e da jurisprudência), nos termos do disposto no artigo 123.º do CPP, a ser arguida no prazo de três dias, previsto no n.º 1 do mesmo artigo.
 - Seria valorizada a discussão sobre se o despacho que indeferisse a arguição de irregularidade admitiria recurso.
4. Após prolação do despacho previsto no artigo 311.º do CPP, entrou em vigor a Lei n.º 30-Z/2021, que criou e implementou o Tribunal Especializado para Combate ao Abuso Sexual de Menores, o qual passou a ser competente materialmente para conhecer dos crimes pelos quais **Bernardo** fora acusado. Aprecie a constitucionalidade desta solução e analise se deveria o Tribunal que proferira o despacho considerar-se incompetente para realizar o julgamento. (4 valores)
- A Lei n.º 30-Z/2019 seria materialmente inconstitucional por violação do disposto no artigo 209.º, n.º 4, da CRP, uma vez que daí resulta a proibição da existência de tribunais com competência exclusiva para o julgamento de certas categorias de crimes.
 - Adicionalmente, dispõe o artigo 32.º, n.º 9, da CRP, que nenhuma causa pode ser subtraída ao tribunal cuja competência esteja fixada em lei anterior.
 - Trata-se da consagração do princípio do juiz natural, que tem como objetivo assegurar a imparcialidade e a independência dos juízes, ao garantir que a distribuição de processos se faz de acordo com critérios de competência legalmente fixados em momento anterior à sua atribuição.
 - Admitir-se-ia a discussão sobre a aplicação do disposto no artigo 5.º, n.ºs 1 e 2, alínea a), do CPP.

Para realizar o exame, pode usar: Constituição da República Portuguesa (CRP), Código Penal (CP), Código de Processo Penal (CPP) e Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ).

Apreciação Global (sistematização e nível de fundamentação das respostas, capacidade de síntese, clareza de ideias e correção da linguagem): 2 valores.

Nota: as respostas com grafia ilegível não são avaliadas.