



## DIREITO PROCESSUAL PENAL

4.º ANO – TURMA DA NOITE / 2020-2021

*Regência e Coordenação:* Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes

*Colaboração:* Professora Doutora Teresa Quintela de Brito, Mestre João Gouveia de Caires e Licenciada Joana Reis Barata

*Exame escrito* – 6 de janeiro de 2021

*Duração:* 90 minutos

No final do inquérito, o Ministério Público acusa **Antero** da prática do crime de violência doméstica contra **Belmira**, sua mulher, nos termos do artigo 152.º/1, al. *a*), do Código Penal (CP).

***Responda, fundamentadamente, às seguintes questões:***

1. Durante o inquérito, o Ministério Público ordenou uma busca à casa de morada de **Belmira** e **Antero**, bem como a apreensão das mensagens de correio eletrónico guardadas no *smartphone* de **Antero**. As provas obtidas durante essas diligências poderão ser usadas no julgamento contra **Antero**? (4,5 valores)
2. Suponha que, no final da instrução, requerida pelo arguido e por **Belmira**, o Juiz pronuncia aquele pelo crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º/2, al. *a*), do CP (dado ter ficado indiciado, durante a instrução, que o crime fora cometido na presença do filho menor) e, ainda, por uma ofensa grave dolosa à integridade física de **Belmira** nos termos dos artigos 14.º/2, 144.º/al. *b*), do CP (por entender que, no contexto relatado por **Belmira** no âmbito do seu requerimento para abertura de instrução, **Antero** agira com dolo necessário de ofensa grave à integridade física), e um crime de devassa da vida privada, p. e p. pelos artigos 192.º/1, al. *b*), e 197.º, al. *b*), do CP, por **Antero** ter divulgado na sua página do *Facebook* uma filmagem de **Belmira** a tomar banho, elemento este apurado no decurso da instrução.

Se fosse defensor do arguido, como reagiria a este despacho de pronúncia? (5 valores)

3. No final da audiência de julgamento, a Juíza dirige à ofendida as seguintes palavras: “*Causa-me impressão a atitude de algumas mulheres, vítimas de violência doméstica, algumas das quais até acabam mortas. A Senhora Procuradora diz que a Senhora não tem de se sentir censurada. Pois bem, eu censuro-a! É que, se tinha fundamento para se queixar de violência doméstica, deveria tê-lo feito*”.

Que poderiam o Ministério Público e/ou o advogado de **Belmira** fazer perante estas declarações e com que consequências para os atos praticados pela Juíza durante a fase de julgamento? (3,5 valores)

4. Suponha agora que **Antero**, igualmente vítima de violência doméstica praticada por **Belmira** na presença do filho menor do casal, pretende que o tribunal do julgamento valore a seu favor a gravação que fizera, com o telemóvel, dos insultos e sons das agressões de **Belmira** contra si, bem como os gritos de aflição do filho menor. Comportamento este que se traduz na prática do crime p. e p. pelo artigo 199.º/1, al. a), do CP.

Poderá esta gravação ser valorada pelo tribunal do julgamento para (5 valores):

- a) Atenuar especialmente a pena a aplicar a **Antero** pelo crime de violência doméstica, ao abrigo do artigo 72.º/2, al. b), do CP?
- b) Adquirir a notícia do crime de violência doméstica agravada (artigo 152.º/1, al. a), e 2, al. a), do CP), perpetrado pela ofendida contra o arguido no processo em curso?

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.

## DIREITO PROCESSUAL PENAL

4.º ANO – TURMA DA NOITE / 2020-2021

Regência: Prof. Doutor Paulo de Sousa Mendes

Colaboração: Prof.ª Doutora Teresa Quintela de Brito, Mestre João Gouveia de Caires e Licenciada Joana Reis Barata

Exame escrito – 6 de janeiro de 2021

### Tópicos para a correção

1. A resposta é negativa.

Relativamente à busca, por se tratar de domicílio, estaria sujeita ao regime do art. 177.º do CPP. Teria de ser precedida de *prévio despacho fundamentado* de um Juiz e, por ter sido realizada durante o inquérito, teria de ser o Juiz de Instrução/JI (art. 269.º/1/c) do CPP), o que seria admissível, dado haver *indícios da prática de crime* por **Belmiro** (não sendo necessário um crivo mais exigente, de acordo com a jurisprudência dominante) e ser *proporcional* (o que se poderia presumir, nos 3 vetores deste princípio: necessidade, adequação e justa medida). A imposição de prévio despacho do JI decorre do estipulado no art. 177.º/1 do CPP e apenas este poderia ser cumprido (ou seja, apenas poderia ser feita a busca diurna, entre as 7h e as 21h), dado não haver qualquer elemento que permita configurar a admissibilidade de uma busca noturna (no restante horário), nos termos do n.º 2 do mesmo preceito.

Não existindo qualquer elemento na hipótese (ou na pergunta) que permita concluir pela verificação das circunstâncias previstas no n.º 3 do art. 177.º do CPP, deveria concluir-se que o MP, no caso vertente, não teria competência para ordenar a busca domiciliária.

Não tendo havido consentimento do visado e por não se terem verificado os pressupostos legalmente previstos, existiria uma abusiva intromissão no domicílio e na vida privada e familiar, constituindo a busca, no caso concreto, um método proibido de obtenção de prova, com o respetivo regime de nulidade *sui generis* (art. 32.º/8 da CRP e 126.º/3 do CPP).

Quanto à apreensão “das mensagens de correio eletrónico guardadas no *smartphone* de **Antero**”, esta estaria desde logo inquinada pelo efeito à distância da utilização de métodos proibidos na obtenção da prova primária (busca domiciliária) em relação à prova secundária causalmente vinculada àquela (apreensão das mensagens), uma vez que só se realizou tal apreensão no decurso da busca domiciliária (havendo também uma conexão cronológica, lógica e valorativa entre ambas).

Além disso, o regime da apreensão de correio eletrónico foi igualmente preterido por razões de substância, na medida em que o art. 17.º da Lei do Cibercrime/LdC (aplicável por via do art. 11.º/1/c) do mesmo regime legal) convoca a prévia autorização por Juiz (no caso, JI), o que não sucedeu nesta situação (uma vez que se menciona que teria sido o MP a ordená-la).

Seria valorizada a análise do restante regime da prova proibida ou ilícita e a discussão sobre o regime aplicável à apreensão de correio eletrónico: (i) revogação total do art. 189.º/1 do CPP ou somente parcial pela LdC (mas, mesmo

para quem defendesse esta última posição, seria sempre de aplicar apenas o art. 17.º da LdC, dado as mensagens já terem sido recebidas, inexistindo uma comunicação em curso); (ii) remissão do art. 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, bem como pela discussão sobre se o MP poderá ler o conteúdo das mensagens ou seleccioná-las antes de as apresentar ao JI.

2. O arguido poderia impugnar o despacho de pronúncia, arguindo a nulidade de parte do mesmo, e recorrer nos termos gerais quanto à outra parte.

Ter-se-ia de distinguir as 3 partes da decisão instrutória:

- a) Relativamente à pronúncia pelo crime de violência doméstica, p. e p. pelo artigo 152.º/2/a) do CP (dado ter ficado indiciado, durante a instrução, que o crime foi cometido na presença do filho menor), haveria uma *alteração de factos não substancial (ANSF)* por não haver crime diverso, nem agravação dos “limites máximos das sanções aplicáveis” (art. 1.º/f) do CPP). Um facto novo (a saber, o pedaço de vida relativo ao crime ter sido cometido na presença do filho menor e que foi descoberto apenas durante a instrução) que, por não ser totalmente independente (*i.e.*, é relativo àquele mesmo objeto pendente), constituía uma alteração de factos. Porém, como apenas agrava a pena mínima e não constitui crime diverso (*i.e.*, a imagem social do facto mantém-se), geraria apenas uma ANSF. O JI deveria por isso ter cumprido com os trâmites previstos no art. 303.º/1 do CPP. Não o tendo feito, a pronúncia seria *inválida*. Deveria discutir-se qual a invalidade: se apenas a mera *irregularidade* (art. 123.º do CPP) ou a *nulidade dependente de arguição* (cfr. art. 120.º/2/d) do CPP, por preterição de ato legalmente obrigatório, leia-se o trâmite imposto no art. 303.º/1 do CPP). Em qualquer caso, e quanto a esta parte do despacho de pronúncia, seria errada a aplicação do art. 309.º do CPP;
- b) Quanto à parte da pronúncia por uma ofensa grave dolosa à integridade física de **Belmira**, nos termos dos artigos 14.º/2 e 144.º/b) do CP (por entender que, no contexto relatado por **Belmira** no âmbito do seu requerimento para abertura de instrução/RAI, **Antero** agira com dolo necessário de ofensa grave à integridade física), *a pronúncia seria totalmente válida*, por coincidir quanto a este aspeto com o RAI da assistente, mas *admitiria recurso* nos termos gerais (art. 399.º do CPP), até porque não há “dupla conforme” (art. 310.º/1 do CPP). Naturalmente que se pressupõe que o RAI de **Belmira** foi admitido (como deveria sê-lo, se a mesma tivesse requerido a prévia ou concomitante constituição como assistente, nos termos do art. 68.º/1/a) e 3/b) do CPP) e cumpriu com todos os requisitos legais do RAI (desde logo, a legitimidade, nos termos do art. 287.º/1/b) do CPP, estaria assegurada, dado que os factos que constituíam a ofensa grave dolosa configuram uma ASF e por isso poderiam ter sido deduzidos por RAI da assistente); e
- c) Por fim, quanto à parte da pronúncia que procedeu à imputação ao arguido de um crime de devassa da vida privada, p. e p. pelos artigos 192.º/1/b) e 197.º/b) do CP, haveria uma ASF autonomizável, gerando uma nulidade de objeto nos termos do art. 309.º/1 do CPP, podendo o arguido invocar a mesma perante o JI no prazo de 8 dias, sob pena de sanção nos termos do art. 309.º/2 do CPP.

Apenas se o JI indeferisse tal arguição de nulidade é que caberia recurso de tal despacho nos termos gerais (art. 399.º do CPP), tal como é redundante e enfaticamente previsto no art. 310.º/3 do CPP. Tratava-se de factos novos descobertos durante a instrução (*i.e.*, a circunstância de o arguido ter divulgado na sua página do *Facebook* uma filmagem de **Belmira** a tomar banho), não totalmente independentes, que constituíam uma ASF (por corresponderem a um crime diverso – desde logo, a imagem social do facto é diferente – e, bastando isso, por agravação do limite máximo da sanção aplicável ao arguido por via do cúmulo jurídico), só que autonomizáveis, na medida em que não haveria violação do *non bis in idem* caso fossem objeto de processo autónomo. Consequentemente, o JI deveria ter procedido como dispõe o art. 303.º/4 do CPP. Não o tendo feito, e tendo pronunciado o arguido por este novo crime, a pronúncia quanto a esta parte seria duplamente nula, nos termos dos arts. 309.º/1 e 119.º/al. *b*) do CPP, por se tratar de crime semipúblico (art. 198.º do CP).

Seria valorizada a discussão sobre a aplicação à fase de instrução, por analogia, do acordo dos sujeitos processuais previsto para a fase de julgamento (art. 359.º/3 do CPP). Sendo aplicável tal acordo, e colhido o mesmo, poderia o JI pronunciar validamente o arguido pelo crime p. e p. pelos artigos 192.º/1/*b*) e 197.º/*b*) do CP. Contudo, o arguido poderia interpor recurso dessa parte da decisão instrutória nos termos gerais (art. 399.º do CPP), dado não haver dupla conforme quanto a esta parte.

3. Poderia ser suscitada a suspeição da Juíza, nos termos do art. 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, nos termos do art. 43.º/5 do CPP.

A suspeição de um juiz pode ser suscitada sempre que exista motivo sério e grave, adequado a gerar desconfiança sobre a sua imparcialidade, nos termos do art. 43.º/1 do CPP, como poderia ser o caso, uma vez que as palavras proferidas pela Juíza seriam suscetíveis de revelar um juízo de censura à atuação da vítima e de desconfiança relativamente à respetiva versão dos factos.

Tem legitimidade para o efeito o Ministério Público, o arguido, o assistente e as partes civis, nos termos do art. 43.º/2 do CPP.

Uma vez que a situação em causa apenas teve lugar no final da audiência de julgamento, o requerimento de recusa pode ser apresentado até à sentença, nos termos do art. 44.º, *in fine*, do CPP.

O requerimento de recusa deve ser apresentado perante o tribunal imediatamente superior, no caso, perante o Tribunal da Relação, conforme prevê o art. 45.º/1/*a*) do CPP.

Devem ser desencadeadas as demais diligências previstas no art. 45.º do CPP, designadamente a pronúncia do juiz visado (art. 45.º/3 do CPP) e a realização das diligências de prova necessárias (art. 45.º/4 do CPP).

A decisão final deve ser proferida num prazo de 30 dias, a contar da entrega do respetivo requerimento de recusa (art. 45.º/5 do CPP).

Conforme referido, caso o pedido de recusa seja considerado procedente, os atos processuais praticados até ao momento da solicitação da recusa devem ser anulados, quando se verificar que deles resulta prejuízo para a justiça da decisão do processo, sendo que os praticados posteriormente serão válidos, se não puderem ser repetidos utilmente e se se verificar que deles não resulta prejuízo para a justiça da decisão do processo, nos termos do art. 43.º/5 do CPP.

4. Estamos perante o problema da prova obtida por particulares. É controversa a possibilidade de admitir a prova produzida por particulares, considerando que estamos perante uma situação de gravação de palavras proferidas por outra pessoa, sem consentimento, no âmbito de uma investigação privada, nos termos do art. 167.º do CPP, o que configura a prática do crime p. e p. pelo art. 199.º/1/a) do CP.

Deve ser feita referência ao regime do art. 126.º do CPP, que serve à tutela dos direitos fundamentais, mas dirige-se em primeira mão às instâncias formais de controlo, designadamente aos investigadores, Ministério Público e JI. Assim, em princípio, e segundo a jurisprudência e doutrina dominantes, as referidas proibições de prova não se aplicariam aos particulares. Deverá ser valorizada a discussão a respeito deste ponto.

Deve ser convocado o regime do art. 167.º do CPP, que refere que a possibilidade de utilização da prova depende da sua licitude (penal e processual penal). Nestes termos, se a prova for ilicitamente obtida, não poderá, em princípio, nos termos daquele preceito, ser utilizada em julgamento.

No caso, estamos perante um crime de gravação ilícita nos termos do art. 199.º/1/a) do CP.

Poderá, contudo, a prova valer em juízo caso se entenda que existia motivo justificativo para o efeito (através de uma causa geral de exclusão da ilicitude, por via do art. 34.º do CP, ou, discutivelmente, de uma nova causa justificativa – o chamado “estado de necessidade probatório”), desde que tal meio de prova fosse indispensável e de impossível ou muito difícil obtenção de outro modo. O que pode ser o caso nos crimes de violência doméstica, os quais, ocorrendo no seio íntimo da família, raramente têm testemunhas ou inexistem outros meios de prova que os permitam provar.

Em suma, e à luz do acima referido, quanto à hipótese *a*), uma vez que não estamos perante um verdadeiro meio de prova do crime em causa, mas antes perante a possibilidade de relevarem circunstâncias atenuantes do comportamento incriminado, o juiz poderia considerar estes elementos aquando da determinação da medida concreta da pena. Seria, contudo, de discutir apresentando argumentos no sentido inverso (nomeadamente, os riscos que tal ponderação pode traduzir, ao permitir valorar prova ilicitamente obtida, o que eventualmente comporta um estímulo à continuação de obtenção de prova proibida).

Já quanto à hipótese *b*), será de discutir se poderia valer como notícia do crime praticado por **Belmira** contra **Antero** um meio de prova (a gravação) cuja obtenção e uso em juízo para esse efeito se traduzem na prática de crimes (art. 199.º/1/a) e *b*) do CP). A questão é controversa, não podendo, em rigor, falar-se

de um efeito à distância da violação de proibições de prova dirigidas em primeira linha às instâncias formais de controlo da criminalidade.

A resposta passará, primeiro por confirmar se operaria, a montante (no direito penal substantivo), uma causa justificativa. Deveria discutir-se a possibilidade de justificação da conduta do particular que obteve a informação através de uma conduta que preenche o tipo de crime previsto no art. 199.º/1/a) do CP. Se a conduta estivesse justificada, sendo por isso lícita, nada obstará a que pudesse ser valorada como *notitia criminis*, para quem sustente que a licitude penal acarreta por regra a admissibilidade processual penal da informação para o efeito de abertura de inquérito. Para quem assim não entenda (por a admissibilidade processual da informação se submeter a critérios de ponderação *in concreto*, autónomos e especificamente processuais penais), seria de discutir se a informação obtida licitamente (ainda que intermediada por uma causa de justificação) poderia ser valorada para efeitos de abertura de inquérito.

Não operando qualquer causa de justificação (ou outra eximente da responsabilidade criminal ao nível substantivo), a resposta passaria sempre pela discussão da aplicação, por igualdade de razão, dos artigos 32.º/8 da CRP e 126.º do CPP aos particulares, sob pena de o Estado se poder prevalecer de informação obtida por particulares com recurso a métodos vedados ao próprio Estado, pela ponderação da gravidade do crime em causa por confronto com os direitos fundamentais afetados e a intensidade da lesão do bem jurídico protegido pelo art. 199.º do CP, bem como da imprescindibilidade, rastreabilidade e contraditoriedade daquele meio de prova.

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