



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Direito Processual Penal III

Exame – 23/6/2023

Regência: Professora Doutora Helena Morão e Professor Doutor António Brito Neves

Duração: 90 minutos

Tópicos de correcção

Nota prévia: As respostas apresentadas correspondem às linhas de orientação apresentadas nas aulas ao longo do semestre, não impedindo que soluções diferentes sejam oferecidas pelos alunos, desde que em diálogo com os argumentos aqui apresentados.

1.1.

Constituindo o diário um elemento probatório obtido por acção de particular, é mister esclarecer, em primeiro lugar, se o acto de obtenção foi investigatório.

Uma vez que Nicandro espreitou a mala “movido por curiosidade”, sem expectativa de encontrar algo incriminador, o seu procedimento não é investigatório, pelo que não está sujeito à disciplina das proibições de prova (artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP), pois nada no comportamento leva a questionar a atribuição preferencial de competência aos órgãos policiais e judiciais.

É duvidoso que o comportamento de Nicandro chegue a realizar algum crime, mas tal relevaria apenas no processo que eventualmente viesse a existir para aferir a sua responsabilidade criminal, em nada prejudicando a admissão do diário no referido processo movido contra Micaela.

Ainda é preciso aferir, contudo, se uma proibição de valoração não impede a admissão do diário – proibição essa independente da apreciação da actuação de Nicandro. Ora, presumindo que se trata de diário íntimo não partilhado com ninguém pela autora, a sua leitura envolve intromissão num âmbito pessoal que se deve manter, por princípio, inexpugnável. Com efeito, a expressão de pensamentos, quando mantida dentro da mente ou confiada apenas a um papel que não se partilha, é espaço reservado onde a entrada é proibida, por aplicação do artigo 32.º, n.º 8, da CRP, e do artigo 126.º, n.º 3, para concretização da tutela da privacidade.

A entrada num espaço tão recôndito só se legitima quando se verifique pelo menos um de dois factores: um acto ou atitude do visado que permita inferir que ele o trata, ao menos em certa medida, como público (porque, nomeadamente, o partilha com alguém); uma interferência com a esfera de terceiros passível de sustentar um juízo de dano ou de perigo para bens jurídicos (caso em que a utilização do diário se pode legitimar na óptica da prevenção da lesão de bens jurídicos com dignidade penal). Ora, uma vez que as anotações respeitam somente a factos já consumados e nada se diz sobre Micaela haver partilhado os escritos, nenhuma das hipóteses se verifica. O diário constitui, por isto, prova proibida.

Valendo um efeito a distância das proibições de prova, baseado no artigo 32.º, n.º 8, da CRP, também os documentos encontrados pela polícia no escritório de Micaela, porque obtidos graças à leitura do diário, constituem prova proibida, não podendo, destarte, ser admitidos.

1.2.

A demonstração do Ministério Público só relevará se permitir a invocação de alguma excepção ao efeito a distância. Sendo alegado que a busca agendada teria permitido chegar aos documentos, é de ponderar a descoberta inevitável.

Tratando-se de violação de proibição de prova pelas autoridades, a descoberta inevitável é irrelevante para o fim pretendido. Com efeito, a demonstração de que o cumprimento da lei teria levado os investigadores ao mesmo resultado em nada invalida que a lei haja sido violada, não prevenindo a associação do tribunal ao método interdito caso admitisse a prova. Ademais, essa admissão enviaria a mensagem de que os órgãos oficialmente encarregados da investigação criminal não têm, em rigor, de cumprir as normas legais que a disciplinam, bondando-lhes a demonstração de que o cumprimento teria possibilitado chegar ao mesmo resultado.

Diferentemente, em se tratando de prova proibida trazida por particular, como é o caso, o reconhecimento de eficácia à descoberta inevitável não tem as mesmas implicações. Com efeito, uma vez que Nicandro não faz parte dos órgãos competentes para investigar, a admissão da prova pode bastar-se com a demonstração de que os órgãos competentes a teriam obtido por algum caminho já posto em marcha, ainda que este não se tenha efectivado, assim se evitando a associação do tribunal a um método proibido. A reprovação da actuação de Nicandro, neste prisma, será, apenas e quando muito, questão a apreciar em processo à parte. Por outro lado, a admissão da prova não sinaliza que os investigadores oficiais podem desrespeitar as normas, visto que o incumpridor é um particular, e só a comprovação de que o cumprimento da lei teria possibilitado aos órgãos oficiais chegar à prova permite resgatá-la. Por fim, a solução contrária teria o efeito de atribuir ao particular o injustificável poder de, recorrendo ou não a actos ilícitos, tornar inutilizáveis quaisquer provas, inclusive aquelas a que a polícia chegou ou teria com probabilidade chegado cumprindo a lei.

Uma vez que a demonstração do Ministério Público refere uma busca no escritório, porém, só os documentos ali encontrados, não o diário, podem ser aproveitados.

2.

Agindo Heltona com a expectativa de obter de Marcos material que comprove a prática de lutas entre animais, o seu comportamento é investigatório, estando, por isso, sujeito a proibições de prova.

O comportamento é atípico, não se enquadrando em nenhuma norma penal (ou contraordenacional). Ainda assim, uma vez que Marcos envia as mensagens e as fotografias em erro quanto à identidade da destinatária, o seu esclarecimento quanto às implicações do que faz mostra-se condicionado. Destarte, é mister perceber se Heltona usa um método proibido à luz do artigo 126.º, n.ºs 1 e 2, do CPP — se usa, mais concretamente, meio enganoso, como proscrito na parte final da al. a) do n.º 2.

Em face da razão de ser da norma em causa — que protege o cidadão contra a autoincriminação involuntária ou não esclarecida —, é preciso atentar no seguinte. Tratando-se de relações entre particulares, vale a liberdade geral de actuação dos privados, que abrange a possibilidade de interagirem nas redes sociais, inclusive usando perfis falsos ou fazendo falsas promessas, contanto que não pratiquem factos típicos (o que não é o caso). Por outro lado, a interdição probatória vai pensada para um contexto (de confronto entre o visado e as autoridades) que, pela sua natureza, sustenta a presunção de que o declarante está diminuído na sua liberdade e capacidade de avaliação. Esse contexto não se replica, por regra, nas interacções privadas, onde rege, além da liberdade geral de actuação, um plano de horizontalidade nas relações.

Nesta linha, não havendo facto típico, se o particular adopta meios enganosos, ou perturba a liberdade ou esclarecimento do declarante de outro modo, só faz sentido considerar proibida a prova quando algo na interacção permita descortinar uma equivalência ao contexto do confronto com as autoridades. Tal ocorre, nomeadamente, quando o particular em questão esteja em posição de superioridade institucional relativamente ao declarante.

Uma vez que tal não sucede no caso presente, é de concluir que o método adoptado por Heltona não é proibido, sendo, por conseguinte, válida a prova entregue ao empregador (e por este à polícia).

3.

Decidindo Anaximandro gravar a chamada por suspeitar de que será alvo de corrupção activa, a sua actuação é investigatória, sujeitando-se à disciplina das proibições de prova.

O acto de Anaximandro é típico à luz do artigo 199.º, pois regista intencionalmente e sem autorização palavras alheias. A acção pode, contudo, considerar-se justificada por direito de necessidade, nos termos do artigo 34.º do CP, admitindo que as circunstâncias tornam suficientemente verosímil o perigo de ser acusado de difamação para este ser tido por actual. Não dispondo Anaximandro de outro meio de evitar a condenação, sendo sensivelmente superior o seu interesse à afectação do direito à palavra de Filolau (não sendo a gravação utilizada para nenhum propósito que não o referido), e não se interferindo no núcleo da autonomia do sacrificado, a ilicitude da gravação está excluída. O mesmo raciocínio explica o afastamento da ilicitude no momento que concretiza o propósito (defensivo) da gravação: a utilização do registo no processo em que Anaximandro se vê acusado de difamação.

A questão da utilização da gravação no processo deve resolver-se convocando os artigos 126.º, n.º 3, e 167.º, do CPP. De acordo com o primeiro, são proibidas as provas obtidas mediante intromissão não consentida nas telecomunicações. Dispõe o artigo 167.º, n.º 1, contudo que as reproduções mecânicas só valem como prova quando não forem penalmente ilícitas. Ora, entendendo-se que a norma regula o acto de reprodução da gravação em audiência, a questão da interdição da prova decide-se com base no ajuizamento da ilicitude penal deste acto. Como se viu, a utilização da gravação no processo em que Anaximandro se vê acusado está justificada por direito de necessidade. Assim sendo, a prova é admissível.