



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Grelha de correcção teste Direito penal e processo penal

Nota prévia

A presente grelha estatui o que considero ser uma abordagem correcta, quer do ponto de vista de forma, quer do ponto de vista de substância, em função dos elementos facultados em cada caso prático.

Outros tipos de abordagem (interpretativa), seja de forma, seja de substância, que se mostrem pelos seus fundamentos, razoáveis e plausíveis, e desde que suportados em sua consistência doutrinária e jurisprudencial, serão igualmente valorizados privilegiando-se o respectivo mérito.

Cotação total da Prova		20 valores
Cotações parciais:		
I caso		5 valores
II caso		5 valores
III.1 caso		4,5 valores
III.2 caso		5 valores
Apreciação global		0,5 valores

Caso prático 1

A resposta, devidamente sustentada, à situação prática proposta envolve a identificação da questão a decidir, implicando, antes de mais, :

- a) definir a natureza dos direitos em disputa;
- b) definir o enquadramento do constitucional do princípio "nemo tenetur", direito à presunção de inocência e os seus corrolários;
- c) falar da teoria do pré-consentimento no direito estradal e
- d) referir a baixa lesividade do teste de alcoolemia;



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

A resposta necessariamente envolverá uma abordagem ao princípio "nemo tenetur", seu sentido e alcance, devendo referir-se que muito embora não se configurar como um princípio constitucional, na medida em que não é explicitado de forma expresse na (nossa) Constituição, mas é tido com um princípio imanente, implícito que conforma o estatuto do arguido e compõe o catálogo dos princípios do processo penal inscritos no artigo 35º da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV) cujo propósito é a garantia de que, em respeito à Dignidade da Pessoa Humana, ninguém é obrigado a "*cooperar*" para a sua própria incriminação e pontuar que deve ser afastado do nosso horizonte processual (democrático) toda e qualquer possibilidade de alguém ser transformado em meio ou em objecto de prova contra si próprio, motivo pelo qual é conferido a todos o direito de não contribuição para a sua própria incriminação, designadamente por via do exercício do direito ao silêncio, por exemplo como se alcança do disposto no art. 77º/1 al. c) do Código de Processo Penal (CPP). E neste conspecto sublinhar que as provas assim obtidas, na contramão deste princípio, são nulas para todos os efeitos legais – art. 151º/al. e) do CPP.

Aqui impunha-se um pequeno recorte de esclarecimento para realçar a diferença entre o direito ao silêncio (art. 35º/2 da CRCV), de não prestar declarações em qualquer das suas manifestações oral, escrita ou gestual e/ou qualquer outra forma de comunicação, com a recusa a submeter a teste de alcoolemia, sendo portanto inapropriada, incompreensível, como inadequada a equiparação entre essas duas manifestações de vontade no caso específico de acidente no trânsito.

Assim, referir que o arguido enquanto sujeito do processo é dotado tanto de direitos quanto de deveres. Entre estes destaca-se o disposto no artº 77º/3, al. c) CPP, ou seja o dever de "sujeitar-se a diligências de prova ... especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente". E para aprofundar reforçar que tendo em atenção o fundamento do Estado de Direito Cabo-verdiano e seu corrolário, neste aspecto específico, a estrutura acusatória do processo, presunção de inocência, do devido



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

processo legal, edificados sob o respeito pela dignidade humana, e em face do disposto no artº 17º/5 CRCV sublinhar que “As leis restritivas dos direitos, liberdades e garantias serão obrigatoriamente de carácter geral e abstracto, não terão efeitos retroactivos, não poderão diminuir a extensão e o conteúdo essencial das normas constitucionais e deverão limitar-se ao necessário para a salvaguarda de outros direitos constitucionalmente protegidos.”

O que impõe ressaltar de que a ponderação dos interesses e valores em disputa deve sempre imperar, devendo pôr-se acoberto de qualquer ofensa o núcleo essencial do direito restringido e, no balanço dos interesses em confronto, proteger-se o mais relevante.

Ainda era preciso ter consciência da importância das razões de política criminal que cominou o com o crime de desobediência qualificada a recusa à submissão a qualquer exame de pesquisa de álcool, tal como, aliás, vem previsto no art. 11º da Lei nº 59/VII/2010, de 19.04.2010, o que significa que, num primeiro filtro de ponderação dos interesses em equação, decidiu o legislador, no exercício da sua liberdade de conformação, submeter à tutela penal a conduta do *arguido* que recuse tal colaboração não obstante o inafastável direito de exercitá-lo.

Dito isto, caberia realçar que perante a disposição expressa estabelecida no art. 4º/1 do Diploma citado que impõe a sujeição a exame de pesquisa de ar expirado e que sancione a recusa como desobediência qualificada, efectuar *in casus* a detenção é conforme ao princípio da legalidade e também seria necessário precisar que para verificação do crime de desobediência qualificada no caso de recusa de submissão ao teste de detecção de álcool não se exige a cominação expressa, pela autoridade, de que o desrespeito da ordem emitida faz incorrer o agente em desobediência



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Aqui chegados é preciso identificar a norma aplicada e o sentido da decisão. Portanto, o recorte factual apresentado no caso é do envolvimento do Alberto num acidente de trânsito, a sua recusa em submeter a pesquisa de ar expirado, a sua detenção por crime de desobediência qualificada e a invocação da inconstitucionalidade da norma do crime de desobediência.

Eis as disposições legais que interessam:

Artigo 4º

1 — os condutores envolvidos em acidentes de viação, de que resultem feridos, mortos ou danos materiais avultados, são obrigatoriamente submetidos a exame de pesquisado ar expirado, efectuado por um analisador qualitativo.”

Por seu turno o art. 11º estatui que “Aquele que recusar a submeter-se a qualquer exame de pesquisa de álcool é punido por desobediência qualificada nos termos da lei.”

Artigo 356.º

Desobediência

1 — Quem faltar à obediência, legalmente devida, a ordem ou a mandado legítimos de autoridade ou funcionário competente, comunicados da forma legalmente prescrita, será punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 100 dias, sempre que, no caso concreto, existir disposição legal que comine a punição por desobediência ou desobediência simples.

2 - A pena aplicável será de prisão até 2 anos ou multa de 60 a 200 dias, quando, independentemente da existência de disposição legal, a ordem ou o mandado se destinarem a dar cumprimento a decisão judicial, ou o agente seja advertido de que a sua conduta pe susceptível de constituir crime de desobediência ou , ainda, quando a desobediência implicar perigo para a vida, a integridade física ou a liberdade de outra pessoa, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado.

3- A mesma pena prevista no número anterior será aplicável nos casos em que existir disposição legal que comine a punição por desobediência qualificada.”



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Aqui referir que o crime de desobediência integra “a categoria dos crimes contra a autoridade pública, cuja pretensão é tutelar a autonomia institucional do Estado, em concreto, a não colocação de entraves à actividade administrativa por parte dos destinatários dos seus actos”, com remata Cristina Líbano Monteiro em *Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Tomo III, Coimbra Editora, 2001, página 350;

Havia espaço ainda para mencionar que o arguido baseia inconstitucionalidade da norma na violação dos artigos 19º da CRCV: “É reconhecido a todos os cidadãos o direito de não obedecer a qualquer ordem que ofenda os seus direitos, liberdades e garantias e de repelir pela força qualquer agressão ilícita, quando não seja possível recorrer à autoridade pública.”

Acrescentar que o direito de resistência é entendida como a ultima ratio do cidadão ofendido nos seus direitos, liberdades e garantias, por actos do poder público, o que lhe confere um carácter subsidiário. No que se refere, especificamente, à incriminação da desobediência a ordem de autoridade ou agente de autoridade, é irrecusável que quis o legislador, em face da baixa lesividade do exame e tendo subjacente a teoria do pré-consentimento na habilitação para a condução, conformar a relevância penal da recusa à submissão ao teste de alcoolemia como crime de desobediência qualificada.

Donde se impõe concluir que a norma, posta em crise, faz parte do íter procedimental para fiscalização da condução rodoviária, sobretudo na oportunidade de acidentes de trânsito previsto no art. 4º da Lei nº 59/VII/2010, de 10.04.2010, com incursão de que o exercício de condução automóvel é naturalmente uma actividade perigosa que reclama de todos os condutores o estrito cumprimento das normas estradais e de conduta rodoviária, pois visam garantir a incolumidade dos utentes da via pública, quer sejam eles condutores ou peões, tendo em conta mormente as consequências da irresponsabilidade no trânsito, donde se justifica o elevado o grau de censura e punibilidade não só daqueles que apresentam taxas de álcool



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

superiores ao limite mínimo, como também dos que, ao volante de um veículo, se recusem a submeter-se à acção fiscalizadora das entidades competentes, através da submissão a provas de deteção de álcool.

Devendo aqui já alinhar-se a decisão pela conformidade constitucional da norma incriminadora da conduta do arguido, ou seja aquele que recusa a submeter-se a prova de deteção de álcool através de pesquisa de ar expirado, por exemplo, comete crime de desobediência qualificada e por conseguinte tal norma não viola o princípio "nemo tenetur" e neste sentido a conduta de Alberto encontra-se fora do âmbito do disposto no artigo 19º, primeira parte, da CRCV, devendo o julgamento prosseguir até os seus termos finais.

II

Antes de mais aqui era exigido que se iniciasse a resposta por uma incursão à Lei de Organização, Competência e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, em ordem à fixação de competência do tribunal de recurso nas contra-ordenações rodoviárias, tendo sempre presente que em matéria penal inexistente alçada para efeito de recurso (art. 21º/3), contudo o quantitativo da coima aplicada é factor importante de determinação do tribunal competente, nos termos conjugados nos art. 72º/2 c/c art. 67º da Decreto Legislativo nº 09/95, de 27.10. Ou seja seria competente para o julgamento do Recurso contraordenacional o Tribunal da Comarca da Praia, mais concretamente à jurisdição criminal (art. 67º do D.Leg. nº 09/95, de 27.10, c/c art. 15º/1, 16º/al.a), 19º/1, 21º/3, 47º/1 e art 72º a 75º da Lei nº88/VII/2011, de 14 de Fevereiro, republicada a 29.07.2019), impondo esse recorte para reforçar que a competência em razão da hierarquia e da estrutura dos vários tribunais judiciais são os dois aspectos em que se decompõe a chamada competência material.

Assim, seria competente o tribunal judicial de 1.ª instância da comarca da Praia, com jurisdição criminal, aceitando-se na hipótese de ter havido decisão - coima inferior a 200.000\$00 (duzentos mil



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

escudos) - a referência sobretudo ao tribunal de pequenas causas, nos termos do disposto no art. 72º/2 c/c art. 74º da LOCFTJ. Portanto a competência em razão da estrutura cabia ao tribunal singular (critério qualitativo previsto no art. 73º/1 da LOCFTJ), pelo que sendo o recurso tempestivo desde que interposto dentro do prazo de 8 (oito) dias a contar do conhecimento pelo arguido da decisão que aplicou a coima, como determina o art. 66º/3 e 4 do Dec. Leg. nº 09/95.

Dito isto competia uma segunda referência ao art. 35º/7 da CRCV que garante aos arguidos em quaisquer processos de natureza sancionatória os direitos de audiência e defesa, o que significa dizer que é inconstitucional a aplicação de qualquer tipo de sanção, contra-ordenacional, sem que o arguido seja previamente ouvido e possa defender-se das imputações que lhe são feitas. De seguida impunha-se a dizer que o art. 56º¹ do Dec. Leg. nº 9/95, de 27/10, impõe à autoridade administrativa um dever de proceder a instrução, dever esse mitigado pelo disposto no nº 5 do mesmo artigo, mas vinculado ao dever de fundamentação (cfr o nº 5² do art. 56º do mesmo D.Leg). Portanto, sublinhar que o legislador mesmo perante a previsão do disposto no nº 5 do artigo em referência não descurou do princípio do contraditório,

¹ Artigo 56.º

(Instrução)

1. A autoridade administrativa procederá à investigação dos factos constitutivos da contra-ordenação e das circunstâncias que precederam, acompanharam ou seguiram a sua prática.

2. A instrução deverá ser concluída no prazo máximo de **30 dias**, prorrogável por igual período, **sob pena de caducidade do procedimento**.

² 5. Sem prejuízo do disposto na parte final do número seguinte, **a instrução poderá ser dispensada, em despacho fundamentado**, quando todos os indícios relativos aos elementos constitutivos da contra-ordenação se encontrem comprovados em face de documentos ou **constem de auto de notícia** que faça fé em juízo, nos termos estabelecidos no Código de Processo Penal. (cfr. art. 225º/1 do CPP)



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

como se pode alcançar do disposto no n^o 6 –**“No caso previsto no número anterior, o arguido será ouvido nos próprios documentos, podendo, no entanto, juntar ou requerer qualquer meio de prova destinado a abalar os indícios da contra-ordenação.”**

É de realçar que o Código de Processo Penal, como regime subsidiário ao Processo de contra-ordenação³, dispõe quanto a este particular o seguinte **“A instrução compreenderá o conjunto de diligências que têm por finalidade investigar a existência de um facto punível, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem a uma decisão sobre a introdução ou não do facto em juízo, através de acusação ou de abstenção de acusação - art. 301^o/1 do CPP.**

E aqui já estamos em condições para concluir que se a recorrente, então arguida não foi ouvida em sede de instrução tal omissão constitui nulidade insanável (cfr. art. 150^o c/c art. 151^o/al. g) do CPP), inquinando todo o processo contra-ordenacional e por conseguinte tal nulidade expraia o seu efeito sobre a decisão final.

Portanto, da leitura conjugada dos dispositivos acima citados decorre que a abertura da instrução tem como consequência lógica realização de actos instrutórios, o que de todo não foram realizados, pelo que a entidade administrativa ao dispensar a instrução e consequente audição da recorrente agiu em desconformidade à legalidade em flagrante violação do disposto no n^o 6, do art. 56^o da Lei de base das contra-ordenações que justamente salvaguardar o efectivo exercício do contraditório e a ampla defesa garantido aos arguidos, haja vista, como bem refere o art. 35^o/6 da nossa Constituição da República

³ Cfr. art. 45^o do Dec.Leg. n^o 9/95, de 27/10



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

(doravante CRCV) “**O processo penal (leia-se processos sancionatórios) tem estrutura basicamente acusatória, ficando os actos instrutórios que a lei determinar, (.....) submetidos ao princípio do contraditório.**”

Pelo que a falta da instrução, uma indispensável fase de apuramento da verdade e da realização da justiça - art. 301º/1, do CPP - e uma garantia de defesa dos cidadãos perante a tentativa do Estado de “*criminalizar comportamentos*” – engendra, nos termos do art. 151º/al. g) do CPP, enquanto regime subsidiário, nulidade insanável (Obrigatoriedade de realização de fase processual).

Sem prejuízo temos ainda que à recorrente não foi notificada da decisão final. Aqui dizer que estabelece o art. 63º⁴ do Dec. Leg. nº9/95, de 27.10 os requisitos da decisão, cuja notificação constitui um direito inafastável do arguido em qualquer processo sancionatório, como facilmente se intui do disposto na combinação dos art. 35º/7 do CRCV, art. 42º/1⁵ e art. 66º/4 do Dec. Leg. nº 09/95, de 27.10, o que também

⁴ " 3. A decisão que aplica a coima **deve conter:**

- a) A identificação do arguido e eventuais participantes;
- b) A descrição concreta e precisa dos factos constitutivos da contraordenação que se imputa ao arguido e das provas obtidas, bem como a indicação das normas segundo as quais pune;
- c) A coima e sanções acessórias, (com indicação dos elementos que contribuiram para a sua fixação – art. 401º/1 e 2 do CL);

4. (.....)

- c) Indicação de que não vigora o princípio da proibição da *reformatio in pejus*;

A condenação em custas (art. 87º/2 do D.Leg. nº 9/95, de 27.10)

⁵ “1. Todas as decisões, despachos e demais medidas proferidas e tomadas pelas autoridades administrativas no processo de contra-ordenações serão comunicadas às pessoas a quem se dirigem. 2. Tratando-se de decisões,



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

por aqui a decisão, caso existisse, jamais produziria os seus efeitos sem que efectivamente a recorrente tivesse dele sido notificado, o que sempre implicaria a arguição da sua nulidade, sob a regência do princípio da legalidade previsto no art. 150º/1 do CPP;

Ainda dizer que o artigo 45º do D.Leg nº 09/95, de 27.10 determina que são aplicáveis ao processo contra-ordenacional, com a devidas adaptações, os preceitos reguladores do Processo Penal.

Refere ainda o art. 44º citado diploma “No processo de aplicação da coima, as autoridades administrativas gozam dos mesmos direitos e estão sujeitas aos mesmos deveres das entidades competentes para instrução criminal, sempre que o contrário não resulte do presente diploma.

Portanto, a entidade administrativa ao proceder “a notificação”, nos termos deduzidos, sem se fazer acompanhar da **cópia da Decisão**, incorreu em nulidade, por sinal insanável, pois estatui o art. 140º/3 c/c art.151º/h, ambos do CPP que as notificações devem se fazer acompanhar da respectiva decisão, pois só desta forma poderá a recorrente exercer em pleno o seu direito de contraditório, neste caso em sede de recurso.

Por outro lado, é útil também aludir que não devemos enjeitar os princípios e normas que regem directamente as entidades administrativas enquanto entidades decisórias, temos, desde logo, o art. 245º/al.c) da CRCV, “O particular, directamente ou por intermédio de associações ou organizações de defesa de interesses difusos a que pertença, tem, nos termos da lei, direito a: c) – “Ser notificado dos actos administrativos em que tenha interesse legítimo, na forma prevista na lei, incluindo a fundamentação expressa e acessível dos mesmos, quando afectem os seus direitos ou interesses legalmente protegidos;”

despachos ou medidas que admitam impugnação sujeita a prazo, a comunicação revestirá a forma de notificação, a qual deverá conter esclarecimentos necessários sobre a admissibilidade, prazo e forma de impugnação, sob pena de nulidade.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Resulta, pois, claro, que a falta de notificação da decisão administrativa ora em análise está irremediavelmente ferida de nulidade.

Restará, ainda pois determinar quais as suas consequências.

Refira-se, aliás, que o Ministério Público poderia, eventualmente, promover o arquivamento dos autos, ao abrigo do disposto no art. 70º/1 e 71º do D. Leg. nº 09/95.

Em sede jurisdicional compete a apreciação do que dispõe o art. 74º/2 do mesmo diploma legal, no qual se descortina as seguinte hipóteses: o juiz poderá ordenar o arquivamento do processo, absolver o arguido ou manter ou alterar a decisão proferida na instância administrativa.

Ora, na medida em que se extrai a conclusão de que o processo contra-ordenacional em causa está eivado de nulidades, quer por violação dos direitos da arguida recorrente a um devido processo legal, quer por falta de decisão ou por falta de notificação da decisão administrativa em causa – não se aprecia, portanto, o mérito da questão – pelo que não há como não optar pelo arquivamento dos autos.

Pelo exposto, impunha declarar nulo processo de contra-ordenação sub judice e por conseguinte a eventual decisão proferida pela Direcção Geral de Transportes Rodoviários, ordenando-se o arquivamento dos autos, nos termos do artigo 74º/2 do D. Leg. nº 09/95, de 27.10.

Ainda considera-se quem tivesse oportunidade de debruçar sobre a DA PENA ACESSÓRIA, pois no documento referido em 3, consta que a recorrente estava automaticamente inibida de conduzir, por um período de 30 (trinta) dias, ao abrigo do disposto no art. 148º/4 c/c art. 155º/al. m), ambos do Código de estrada.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

A questão deverá merecer atenção e consideração em ordem a saber se esta sanção acessória é ou não de aplicação automática.

Nos termos do art. 34º da CRCV “Nenhuma pena ou medida de segurança tem, como efeito necessário, a perda dos direitos civis, políticos ou profissionais, nem priva o condenado dos seus direitos fundamentais, salvas as limitações inerentes ao sentido da condenação e às exigências específicas da respectiva execução”.

Igualmente o art. 46º do Código Penal, impõe que “Nenhuma pena ou medida de segurança tem, como efeito necessário, a perda de direitos civis, profissionais ou políticos.”

No sentido de que as sanções acessórias não assumem carácter automático se pronunciou FIGUEIREDO DIAS (Direito Penal – As Consequências Jurídicas do Crime, Aequitas, Editorial Notícias, página 158 e seguintes), referindo, a propósito, o teor do art. 65º do Código Penal Português.

Ainda esse espírito do legislador constitucional, qual seja do efeito não automático da sanção acessória prevista no art. 75º, do CP parece ter sido, salvo melhor opinião, igualmente aqui salvaguardado.

Aqui chegados, não tendo efeito automático, tanto as penas acessórias como os efeitos produzidos pelas penas, deverão estar sujeitas **a critérios de necessidade e proporcionalidade** das mesmas em relação ao bem jurídico protegido pelo tipo de contra-ordenação imputado, uma vez que se trata de estabelecer uma restrição de direitos fundamentais para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, neste caso o bem jurídico tutelado pelo tipo incriminador imputado à recorrente.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Pelo exposto impunha-se a consideração que a sanção acessória de inibição de condução prevista no art. 148º/4, do Código de Estrada, não é de aplicação automática, devendo a autoridade administrativa, ao pretender condenar a recorrente em pena acessória, dever(á) orientar-se por critérios de necessidade e proporcionalidade das penas.

III

1. A resposta é não, com os seguintes fundamentos:

No caso por se tratar de busca em domicílio, estaria sujeita ao regime do art. 238º/1 do CPP, portanto obrigatoriamente precedida de prévio despacho fundamentado de um Juiz e, por ter sido realizada durante a fase instrutória do processo, teria de ser determinada pelo Juiz de turno (art. 64º/1 da LOCFTJ e art. 313º do CPP), dada a existência de indícios da prática de crime por Domingos e se revelar a medida proporcional (em respeito necessidade, adequação e justa medida). Aqui importa realçar qu a exigência legal do prévio despacho do Juiz de turno decorre do estatuído no art. 238º/1 do CPP em respeito ao princípio constitucional referenciado no art. 35º/8 e art.178º/3 do CPP a contrário e somente poderia ser executado nos termos do disposto no art. 238º/2 no período diurno, entre as 7h e as 20h, dado inexistir elementos que nos permita configurar a admissibilidade de uma busca noturna (cfr. art. 238º/3 e 4, portanto fora do limite horário estipulado no referenciado art. 238º/2.

Neste sentido não existindo qualquer elemento na hipótese que permita concluir pela verificação das circunstâncias previstas no art. 238º/5 do CPP, deveria concluir-se que o Ministério Público, no caso vertente, não teria competência para ordenar a busca domiciliária à casa de morada de família mesmo tratando-se do local onde indiciariamente tais factos terão ocorridos.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Ainda impunha-se referencia à inexistência de consentimento do visado Domingos (cfr. art. 238^o/2 al. a) do CPP) e por inverificação dos pressupostos legalmente previstos e acima recortados, existiria uma abusiva intromissão no domicílio e na vida privada e familiar, constituindo assim busca, no caso concreto, um método proibido de obtenção de prova, com o respectivo regime de nulidade (art. 35^o/8 da CRCV e 178^o/3 do CPP).

No que concerne à apreensão “das mensagens de correio electrónico guardadas no smartphone de Domingos”, esta estaria desde logo contaminada pelo efeito à distância da utilização de métodos proibidos na obtenção da prova primitiva, qual seja a busca domiciliária em relação à prova secundária directamente vinculada àquela (apreensão das mensagens), na medida em que só se alcançou tal apreensão no decurso da busca domiciliária o que reclama uma análise conjunta quer no segmento cronológico, lógico e valorativo entre elas.

Além do acima dito o presente caso sugeria uma análise da apreensão do correio electrónico, cujo o regime da apreensão foi igualmente infringido no caso, haja vista que *ex vi* do disposto no art. 13^o/al. c)⁶ da Lei n^o 8/IX/2017, de 20 Março⁷ é aplicável na presente situação o disposto no art. 19^o⁸ da mesma lei

⁶ Com exceção do disposto nos artigos 20^o e 21^o, as disposições processuais previstas no presente capítulo aplicam-se a processos relativos a crimes: (...) c) em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico.

⁷ Lei do Cibercrime

⁸ Quando no decurso de uma pesquisa informática ou outro acesso legítimo a um sistema informático, forma encontrados, armazenados nesse sistema informático ou noutra a que seja permitido o acesso legítimo a partir do primeiro, mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, o juiz pode autorizar ou ordenar, por despacho, a apreensão daqueles que se afigurem ser de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova, aplicando-se correspondentemente o regime de apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

exigindo autorização do Juiz de turno, o que não terá ocorrido como o caso prático evidencia, tendo o M^oP^o determinado tal apreensão.

2. Aqui impunha-se, desde logo, a referência a indiscutível admissibilidade da ACP no crime de VBG, como se lê do do disposto no art. 327^o/3 do CPP “Tratando-se de processos relativos a crimes de violência baseada no género (.....) o despacho que designa a data para a realização da ACP deverá ser proferido no prazo máximo de 72 horas, a contar da receção do requerimento, a qual deverá iniciar-se dentro de dez dias subsequentes.”

Dito isto e em face das provas e da promoção do Ministério Público caberia de forma sintética analisar a questão em 3 (três) segmentos diferentes:

I) Relativamente ao facto de ter ficado indiciado, durante a ACP, que o crime foi cometido na presença do filho menor, p.p.p art. 131^oC/3 al. a) do CP haveria uma alteração substancial de factos por importar agravamento dos “limites máximos da pena aplicável” (art. 332^o/1 e 2 do CPP). Por se tratar de um facto novo apurado apenas na ACP, não descrito na acusação, que não é independente de todo e por isso constitui uma alteração substancial de facto, pois agrava os limites mínimos e máximos da pena o Juiz deve cumprir o disposto no art. 332^o/1 do CPP, sob pena de invalidade da pronúncia (art. 152^o/2 al.e) do CPP), cujo prazo de arguição vem estabelecido no art. 152^o/3 al. e) do CPP.

Relevaria naturalmente a discussão sobre a natureza da invalidade, ie se mera irregularidade –art. 150^o/2 c/c art. 155^o do CPP ou nulidade dependente de arguição – art. 152^o/2 al. e) c/c art. 152^o/3 al. e), do CPP, com forte sentido para esta última por incumprimento procedimental como manda o art. 332^o/1 do CPP

II) Quanto ao crime de ofensa qualificada dolosa à integridade física contra Soraya, nos termos dos artigos 13^o/2 e 129^o/2) do CP (por entender que, no contexto descrito por Soraya no âmbito do seu



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

requerimento para abertura de ACP, Domingos terá agido com dolo necessário de ofensa qualificada à integridade física), O Juiz deve pronunciar, o que seria totalmente válida, por coincidir quanto a este aspecto com o requerimento da assistente (art. 71º/1, al. a) e 2) do CPP).

Aqui necessariamente haveria de partir-se de suposição de que o requerimento de Soraya havia sido admitido – art. 71º/1 al. a) e 2 do CPP e tivesse observado os demais requisitos para a abertura da ACP, designadamente a legitimidade – art. 324º/1 al. b) do CPP, porquanto os factos que configuram a ofensa qualificada à integridade física constitui uma alteração substancial de facto e por isso poderiam ser deduzidos pela assistente Soraya no seu requerimento como expressamente o admite o art. 324º/1 al. b) do CPP

III) No concernente ao crime de atentado à intimidade da vida privada, p. e p. p. artigos 183º e 193º, ambos do CP, haveria uma Alteração Substancial de Facto autonomizável – art. 332º/2 do CPP, o que impunha da parte do Juiz o cumprimento da injunção descrita no nº 2 do citado art. 332º, sob pena de nulidade dependente de arguição - art. 152º/2 al. e) c/c art. 152º/3 al. e), ambos do CPP, que entretanto ficariam sanadas nos circunstancialismo desenhados no art. 153º do CPP. Dito doutro modo tratando-se de factos novos apurados em sede de ACP - do arguido Domingos ter divulgado na sua página Instagram uma filmagem de Soraya na praia de nudismo -, que constituíam uma Alteração Substancial de Factos, por ser um crime diverso e susceptível de agravação do limite máximo da pena concreta aplicável ao arguido ao operar-se o cúmulo jurídico, competia, como compete ao Juiz o cumprimento do disposto no art. 332º/2 do CP.

Aqui era também importante referir que caso fosse arguida a nulidade pelo arguido Domingos por inobservância da trâmitação exigida pelo art. 332º/2 do CPP, caberia ao próprio Juiz da ACP a competência para tal decisão.



CONSELHO SUPERIOR DA MAGISTRATURA JUDICIAL
CONCURSO DE INGRESSO NO QUADRO DA MAGISTRATURA JUDICIAL
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL

Por fim resultaria importante avaliar a capacidade criativa sobre o recurso da analogia nesta fase de ACP de um eventual acordo entre os sujeitos processuais como aquele previsto no art. 396^o-A/2 e 3 do CPP, legitimando assim ao juiz pronunciar Domingos pelo crime p.e p. p. art. 183^o e 193^o, ambos do CP.