

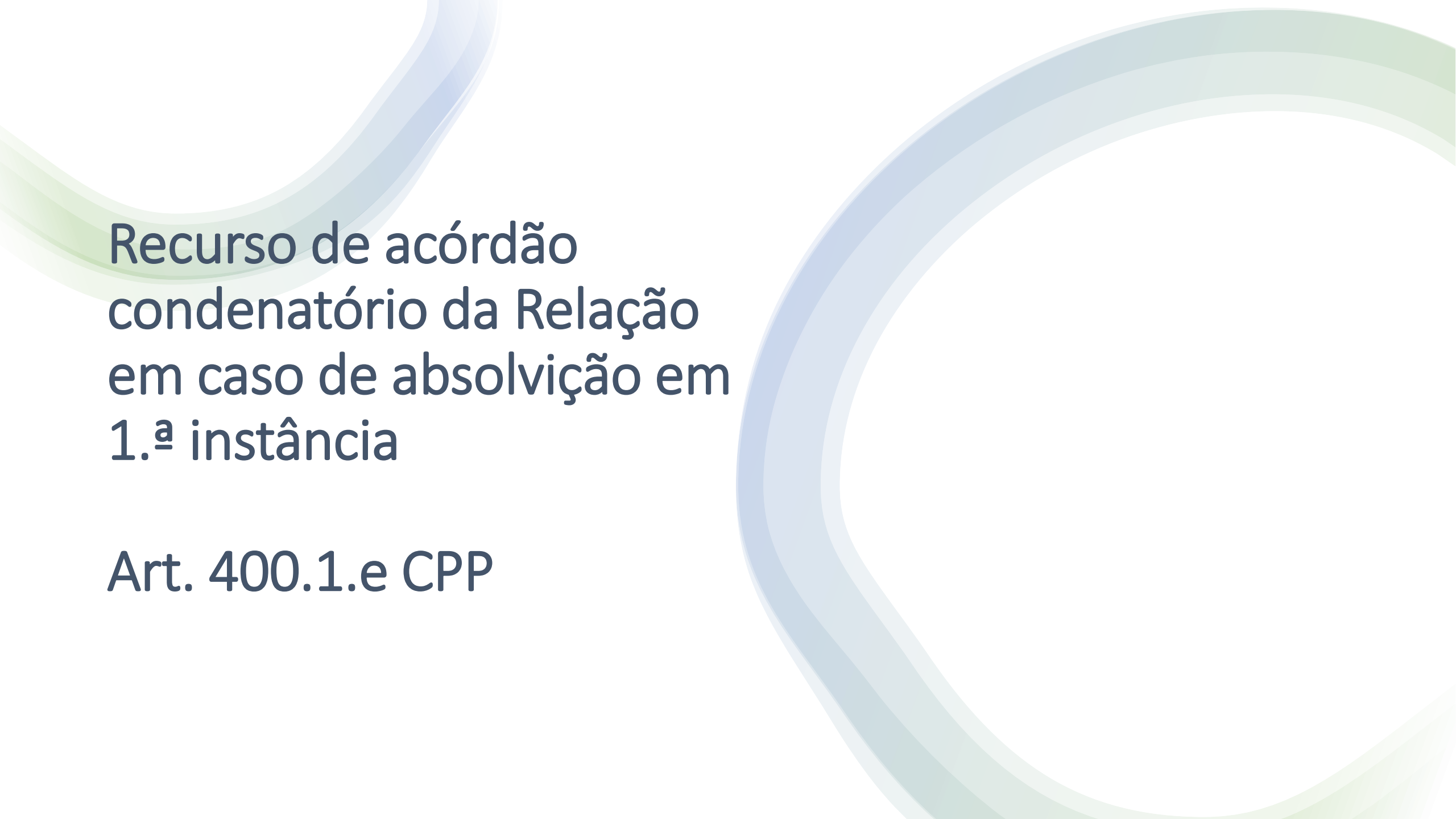
TEMAS DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

CEJ 24-02-2023

JL Lopes da Mota

Recursos:

Recurso de acórdão
condenatório da Relação em
caso de absolvição em 1.^a
instância e recurso de revisão
na sequência da declaração de
inconstitucionalidade com força
obrigatória geral dos artigos 4.º,
6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de
17 de julho



Recurso de acórdão
condenatório da Relação
em caso de absolvição em
1.ª instância

Art. 400.1.e CPP

A alteração ao art.º 400.1.e) do CPP

1 – Não é admissível recurso:

- Redação anterior (Lei 20/2013, 21.2)
- e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações que apliquem pena não privativa de liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos;
 - **Ac. TC 595/2018**: inconstitucionalidade com força obrigatória geral na parte que estabelece irrecorribilidade quando o acórdão da relação aplica pena de prisão efetiva (não superior a 5 anos)
- Redação atual (Lei 94/2021, 21.12)
- e) De acórdãos proferidos, em recurso, pelas relações, que apliquem pena não privativa da liberdade ou pena de prisão não superior a 5 anos, **exceto no caso de decisão absolutória em 1.ª instância;**

Antecedentes:

Acórdão do STJ de 30.10.2019,
Proc. 455/13.GBCNT.C2.S1

(<http://www.dgsi.pt>)

- Arguido absolvido em 1.ª instância
 - Condenado pela relação, em recurso, na pena de 1 ano e 10 meses de prisão suspensa na sua execução com regime de prova
 - STJ rejeitou o recurso do acórdão da relação por inadmissibilidade [al. e) não abrangida pela inconstitucionalidade]

Fundamentos

- Direito internacional – art. 14.5 PIDCP*:
 - “Qualquer pessoa declarada culpada de crime terá o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença, em conformidade com a lei”.

* Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, ONU, Nova Iorque (1966).
Ratificação: Lei n.º 29/78, de 12 de junho

Fundamentos (cont.)

- **Interpretação do Comité dos Direitos Humanos** (instituído pelo PIDCP) – Comentário Geral n.º 32 (ao art. 14.5), §§ 45 e 47:
 - “Em conformidade com a lei” diz respeito às modalidades do reexame e ao tribunal competente
 - Não deixa a existência do direito ao exame e descrição dos Estados-Partes
 - Art 14.5 é violado
 - Quando o condenado não tem direito ao recurso de uma condenação
 - Quando a condenação imposta por tribunal de recurso, após absolvição por tribunal de categoria hierárquica inferior, não pode ser revista por tribunal de categoria superior
 - (*Comunicações 1095/2002, Gomaríz Valera c. Espanha, 64/1979, Salgar de Montejo c. Colômbia, e 1073/2002, Terrón c. Espanha*).
<https://digitallibrary.un.org/record/606075>.

Fundamentos (cont.)

- Art. 14.5 PIDCP
 - PIDCP ratificado vigora na ordem interna (art. 8.2 Constituição)
 - Impõe obrigação de respeitar e garantir direitos nele reconhecidos (art. 2.1)
 - **Questão: aplicabilidade direta? Obrigação de legislar?**
 - Art. 2.2 PIDCP: cada Estado-Parte compromete-se a adotar, de acordo com os seus procedimentos constitucionais e as disposições do Pacto, as medidas oportunas para implementar as disposições legislativas necessárias para tornar efetivos os direitos reconhecidos no Pacto
 - Inconsistências entre lei interna e disposições do Pacto devem ser resolvidas por via legislativa (Comentário Geral n.º 31 do Comité dos Direitos Humanos)
 - Ac. STJ: concluiu-se pela obrigação de legislar (não aplicação direta)

Fundamentos (cont.)

- Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH) não contém norma expressa direito ao recurso. Porém – art. 53.º:
 - “Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte”. (Como seria o caso do PIDCP, se diretamente aplicável)
- Protocolo 7 CEDH – art. 2.º (Direito a um duplo grau de jurisdição em matéria penal)
 - “1. Qualquer pessoa declarada culpada de uma infracção penal por um tribunal tem o direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade ou a condenação. O exercício deste direito, bem como os fundamentos pelos quais ele pode ser exercido, são regulados pela lei.
 - 2. Este direito pode ser objecto de excepções em relação a infracções menores, definidas nos termos da lei, ou quando o interessado (...) tenha sido declarado culpado e condenado no seguimento de recurso contra a sua absolvição”. (anterior redação al. e) em conformidade)

Avaliação do 5.º relatório periódico de Portugal relativo à aplicação do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos (PIDCP)

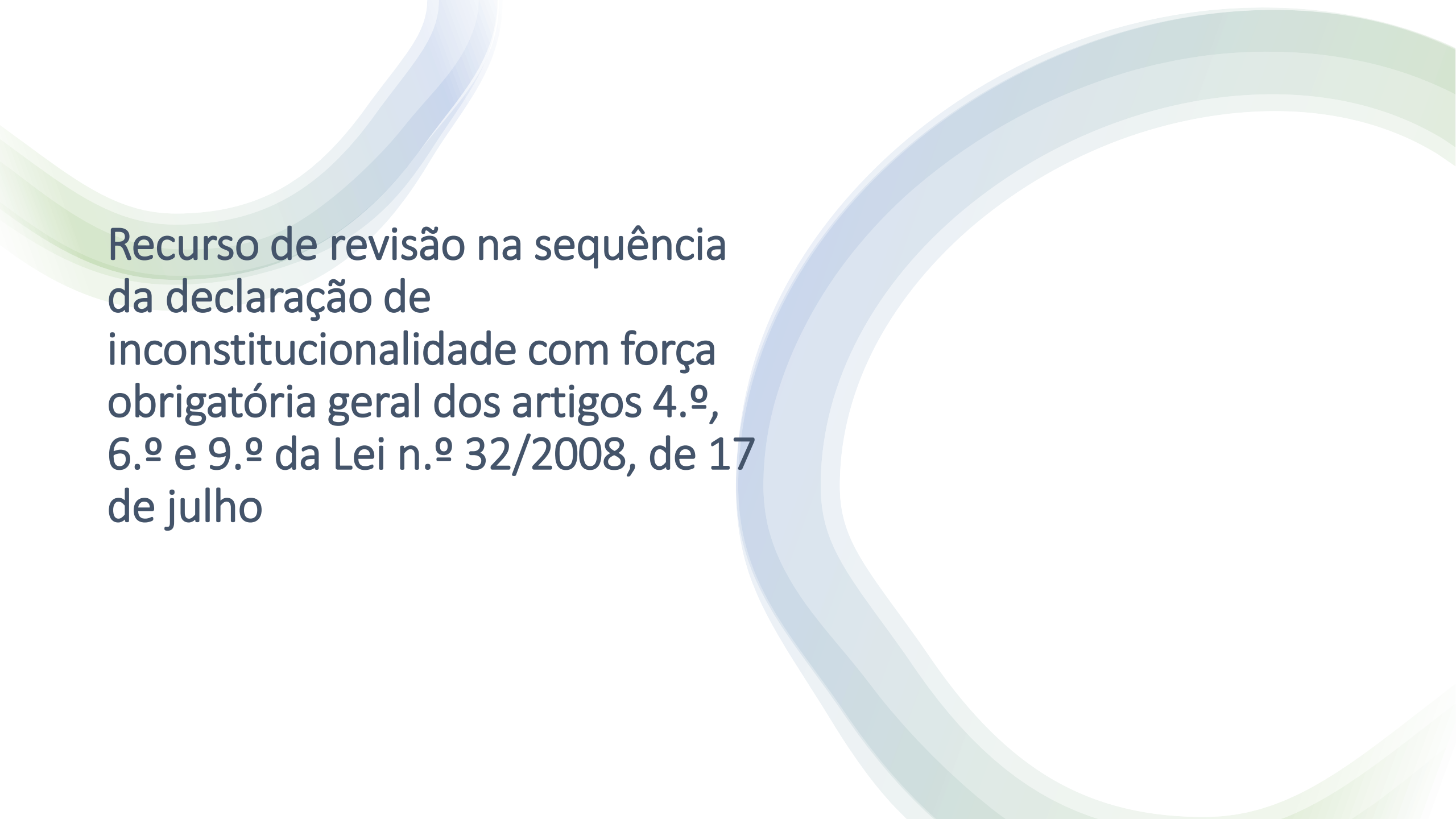
- Ac. do STJ de 30.10.2019, processo n.º 455/13.GBCNT.C2.S1, invocado por “*Forum Penal – Associação dos Advogados Penalistas*” para consideração na 128.ª sessão (ONU, Genebra, 5-6 março 2020) do Comité dos Direitos Humanos:
 - Discussão do 5.º relatório periódico de Portugal relativo à aplicação do Pacto Internacional Sobre os Direitos Cíveis e Políticos – PIDCP (art. 40)
- “Concluding observations” do Comité (20.3.2020):
<https://digitallibrary.un.org/record/3861506>
 - “The State party should consider amending its legislation to ensure conformity with article 14 (5) of the Covenant” [direito de fazer examinar por uma jurisdição superior a declaração de culpabilidade e a sentença]

Sequência

- Por proposta do MJ:
 - “Observações” vieram a ser consideradas no âmbito das medidas incluídas no designado “pacote anticorrupção” (Lei 94/2021, de 21 de dezembro, que aprova medidas previstas na Estratégia Nacional Anticorrupção, alterando o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis conexas)
 - *(Cfr. Projeto de Lei n.º 876/XIV/2.ª (PSD), DAR II Série-A, n.º 150, de 11 de junho de 2021, e o “Relatório da discussão e votação ocorridas no âmbito da nova apreciação, tendo como anexo propostas de alteração apresentadas pelo PS e PSD e pelo CDS-PP, e texto de substituição da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias”, DAR II Série-A, n.º 39, de 17 de novembro de 2021).*

Conclusões

- Alteração resultante de cumprimento de obrigação internacional do Estado Português enquanto Estado-Parte do PIDCP
- Art. 32.1 CRP (direito ao recurso, componente das garantias de defesa) não oferece garantia de recorribilidade da decisão condenatória em qualquer pena que, em recurso, se apresente como inovatória face à absolvição em 1.ª instância (jurisprudência TC)
- Art. 32.1: legislador dispõe de margem de conformação, desde que não limite de forma desrazoável, arbitrária ou desproporcionada as possibilidades de recorrer, nem atinjam o conteúdo essencial do direito de defesa (Ac. TC 595/2018, n.º 17)
- Declaração de inconstitucionalidade [anterior al. e)] limitada a penas de prisão, justificada pela intensidade de restrição dos direitos do arguido (não presente noutras penas) (Ac. TC 595/2018 e 682/2006)
- Recurso para o STJ visa exclusivamente o reexame da matéria de direito (art. 434 CPP).
- Nova redação da al. e): garantia do direito ao recurso mais ampla que a da Constituição?
- Nova redação da al. e) não comporta qualquer efeito nos poderes de cognição do STJ (?)
- Questões que se abrem: recurso em matéria de facto do acórdão da Relação?; com fundamento nos vícios do 410.2 CPP? – respostas negativas.



Recurso de revisão na sequência
da declaração de
inconstitucionalidade com força
obrigatória geral dos artigos 4.º,
6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17
de julho

Acórdão do TC 268/2022 (DR, 1.ª Série, 03-06-2022)

- «Declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei; declara a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros».

Invocado em recursos de revisão de sentenças condenatórias

- Artigo 449.º, n.º 1, al. f), do CPP
 - A revisão de sentença transitada em julgado é admissível quando
 - f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação.
- Art. 29.6 da Constituição – direito fundamental
- Lei n.º 48/2007, de 29.08 – introduz al. f) no n.º 1 art. 449
- Necessidade de conjugação com artigo 282.º, n.º 3, da Constituição

Artigo 282.º da Constituição

- N.º 1:
 - a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada inconstitucional (*ex tunc*)
- N.º 3
 - ficam ressalvados os casos julgados,
 - salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional
 - quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social; e
 - for de conteúdo menos favorável ao arguido (n.º 3).

A Lei n.º 32/2008: transpõe Diretiva 2006/24/CE – história e âmbito

- Diretiva 95/46/CE
 - Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais – transposição: Lei 67/98, de 26 de outubro (substituída recentemente pelo RGPD)
- Diretiva 2002/58/CE
 - Relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no sector das comunicações eletrónicas (Diretiva relativa à privacidade dos dados nas comunicações eletrónicas) – transposição: Lei 41/2004, de 18 de agosto
- Artigo 15.º da Diretiva 2002/58/CE
 - Prevenção, investigação, deteção e repressão de infrações penais – leis nacionais: grande diversidade
- Diretiva n.º 2006/24/CE
 - Visou harmonizar legislações nacionais para conservação de dados para estas finalidades
 - **Aplicável unicamente aos dados de tráfego e aos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado e aos dados de localização bem como aos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado** (não aplicável ao conteúdo das comunicações eletrónicas - art. 1.º). Definições: Lei 41/2004.

A Lei n.º 32/2008- art. 4.º e 6.º (Diretiva 2006/24/CE – art. 5.º e 6.º)

- Obrigações de conservar os seguintes dados, que identifica e especifica, pelo período de 1 ano (6 meses a 2 anos – diretiva):
dados necessários para (finalidade):
 - encontrar e identificar a fonte de uma comunicação
 - encontrar e identificar o destino de uma comunicação
 - identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação
 - identificar o tipo de comunicação
 - identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento
 - identificar a localização do equipamento de comunicação móvel

Recursos de revisão recebidos e decididos no STJ – acórdãos proferidos (desde 6.9.2022)

- 17 acórdãos – negada a revisão em todos
- 11 acórdãos invocando apenas a al f) – inconstitucionalidade
- 3 acórdãos invocando as al e) e f) - provas proibidas e inconstitucionalidade
- 3 acórdãos invocando as al f) e g) – inconstitucionalidade e sentença TJUE

Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP

- “[...] e) Se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas nos termos dos n.s 1 a 3 do artigo 126.º; [...]”.
- “[...] f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; [...]”.

Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP

Tem-se afirmado:

- Não há uma descoberta da utilização de provas proibidas
- Fundamento invocado ao abrigo da al. e) reconduz-se à al. f), numa relação de causa e efeito entre os dois fundamentos (o valor negativo das provas resultaria da eficácia da declaração de inconstitucionalidade)

Recorrentes invocam:

- A publicação do acórdão do TC de declaração de inconstitucionalidade
- Situações muito diversas a que consideram aplicável o acórdão do TC

Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP- situações a que recorrentes consideram aplicável o acórdão do TC

- interceções de conversas telefónicas, e de mensagens escritas (SMS);
- escutas telefónicas
- faturação detalhada das chamadas, SMS e MMS
- localização das células ativadas pelos telemóveis e *trace back*;
- utilização de cópias dos contratos de adesão a serviços de comunicações ou as referências bancárias dos respetivos carregamentos;
- dados informáticos guardados pelas operadoras;
- conversações ou comunicações e mensagens guardadas em telemóveis apreendidos;

Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP- situações a que recorrentes consideram aplicável o acórdão do TC (cont)

- identificação de n.ºs de telefone e de IMEIs fornecidos pelos operadores para interceções telefónicas;
- localização de endereço de IP através das operadoras, análise de material informático e de *pen drives* apreendidos;
- informação obtida por ‘aplicações digitais’ e documentos eletrónicos;
- interceção e acesso a correio eletrónico.
- perícias a telemóveis apreendidos;
- visionamento de ficheiros / imagens recolhidos por câmaras de videovigilância.

Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP- situações a que recorrentes consideram aplicável o acórdão do TC (cont)

- STJ tem dito, em resumo
 - O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 268/2022 não tem força para servir de fundamento da revisão da decisão condenatória porque não excecionou a ressalva dos casos julgados (art. 282.º, n.º 3, 2.ª parte da CRP).
- E que
 - Aproveitamento ou transmissão de metadados ao abrigo das normas declaradas inconstitucionais não é causal da condenação – a decisão recorrida não as aplica
 - Existem, simultaneamente, em vigor 3 diplomas legais – arts. 187-189 CPP, Lei 32/2008 e Lei 109/2009
 - Lei n.º 32/2008 não revogou tacitamente outras normas

Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP- situações a que recorrentes consideram aplicável o acórdão do TC (cont)

- As normas em causa nestes recursos são os arts. 187.º a 189.º e 269.º, n.º 1, al. e), do CPP – comunicações atuais, em tempo real – e não dados sobre comunicações passadas (Lei 32/2008)
- Acórdão TC não pôs em crise o regime processual penal das interceções telefónicas, aplicável (arts 187-189.2 CPP)
- Os dados não respeitam a comunicações efetuadas, tratadas e armazenadas ao abrigo da Lei n.º 32/2008
- Elementos de identificação constantes dos contratos celebrados – utilização admitida
- Inexiste a descoberta de utilização meio de prova proibida, prova sindicada nos recursos não é a única valorada

Com base nas alíneas f) e g) do n.º 1 do art. 449.º do CP:)

- “[...] f) Seja declarada, pelo Tribunal Constitucional, a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de norma de conteúdo menos favorável ao arguido que tenha servido de fundamento à condenação; [...]”.
- “[...] g) Uma sentença vinculativa do Estado Português, proferida por uma instância internacional, for inconciliável com a condenação ou suscitar graves dúvidas sobre a sua justiça. [...]”.

Com base nas alíneas f) e g) do n.º 1 do art. 449.º do CP)

- Para a al. f)
 - Acórdão 268/2022 TC
- Para a al. g):
 - Acórdão de 08-04-2014, *Digital Rights Ireland Ltd* e outros (C-293/12 e C- 594/12), do Tribunal de Justiça da União Europeia, enquanto sentenças vinculativas do Estado Português, proferidas por uma instância internacional, inconciliáveis com a condenação ou que suscitem graves dúvidas sobre a sua justiça.

Com base nas alíneas f) e g) do n.º 1 do art. 449.º do CP:)

- Apreciação do STJ – quanto à al.f):
 - A prova sindicada como ‘proibida’ não foi recolhida ao abrigo das normas declaradas inconstitucionais, nem integra metadados – é matéria alheia à declaração de inconstitucionalidade do acórdão n.º 268/2022 do TC e à declaração de invalidade da Diretiva n.º 2006/24/CE
 - Normas declaradas inconstitucionais no acórdão do TC não serviram de fundamento à condenação
 - O TC não excecionou o caso julgado – 282.3 CRP

Com base nas alíneas f) e g) do n.º 1 do art. 449.º do CP:)

- Apreciação do STJ – quanto à al. g), seguindo o acórdão do TC:
 - Primado do direito da União e princípio da aplicação conforme obrigam os tribunais a não aplicar a lei da União declarada inválida pelo TJUE, por violação do direito da UE, neste caso a Carta dos Direitos Fundamentais da EU (CDFUE), com o mesmo valor jurídico dos Tratados (art. 6 TUE)
 - Contudo, “como se trata de uma diretiva, que carece de transposição (art. 288.º TFUE) por lei que é também, ela mesma, um ato de aplicação do direito da UE, o respeito pela declaração de inconstitucionalidade e a aplicação do juízo de inconstitucionalidade acabam por ter a mesma dimensão e abrangência que a não aplicação do direito da UE. Pelo que tudo se resume à declaração de inconstitucionalidade, nos termos em que foi declarada pelo TC, ressalvando os casos julgados.” Ac. do STJ de 21-09-2022, Proc. n.º 79/13.5JBLSB-C.S1
 - Pelo que também não se verifica o pressuposto da alínea g), do n.º 1 do artigo 449 do CPP

Lista de acórdãos do STJ

- Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP (cont)
 - 1 - Ac. de 06-09-2022, Proc. n.º 618/16.0SMPRT-B.S1
 - 2 - Ac. de 06-09-2022, Proc. n.º 4243/17.0T9PRT-K.S1 – al. e) e f)
 - 3 - Ac. de 12-10-2022, Proc. n.º 83/03.1TAOER-A.S1
 - 4 - Ac. de 12-10-2022, Proc. n.º 2909/18.6JAPRT-A.S1
 - 5 - Ac. de 08-11-2022, Proc. n.º 107/13.4P6PRT-D.S1
 - 6 - Ac. de 10-11-2022, Proc. n.º 120/17.2TELSB-B.S1 – al. e) e f)
 - 7 - Ac. de 23-11-2022, Proc. n.º 85/15.5GEBRG-CA.S1

Lista de acórdãos do STJ

- Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP (cont.)
 - 8 - Ac. de 23-11-2022, Proc. n.º 160/20.4GAMGL-A.S1
 - 9 - Ac. de 30-11-2022, Proc. n.º 71/11.4JABRG-G.S1
 - 10 - Ac. de 20-12-2022, Proc. n.º 21/11.8PEPRT-L.S1
 - 11 - Ac. de 10-01-2023, Proc. n.º 731/09.0GBMTS-J.S1
 - 12 - Ac. de 18-01-2023, Proc. n.º 869/19.5PJPRT-W.S1
 - 13 - Ac. de 19-01-2023, Proc. n.º 33/15.2JAPRT-B.S1– al. e) e f)
 - 14 - Ac. de 01-02-2023, Proc. n.º 35/17.4GACHV-A.S1

Lista de acórdãos do STJ

- Com base nas alíneas f) e g) do n.º 1 do art. 449.º do CPP
 - 1 - Ac. de 21-09-2022, Proc. n.º 79/13.5JBLSB-C.S1
 - 2 - Ac. de 10-11-2022, Proc. n.º 3624/15.8JAPRT-G.S1
 - 3 - Ac. de 10-11-2022, Proc. n.º 35/15.9PESTB-Z.S2



Muito obrigado pela atenção!

José Luís Lopes da Mota

(Juiz Conselheiro – Supremo Tribunal de Justiça)