

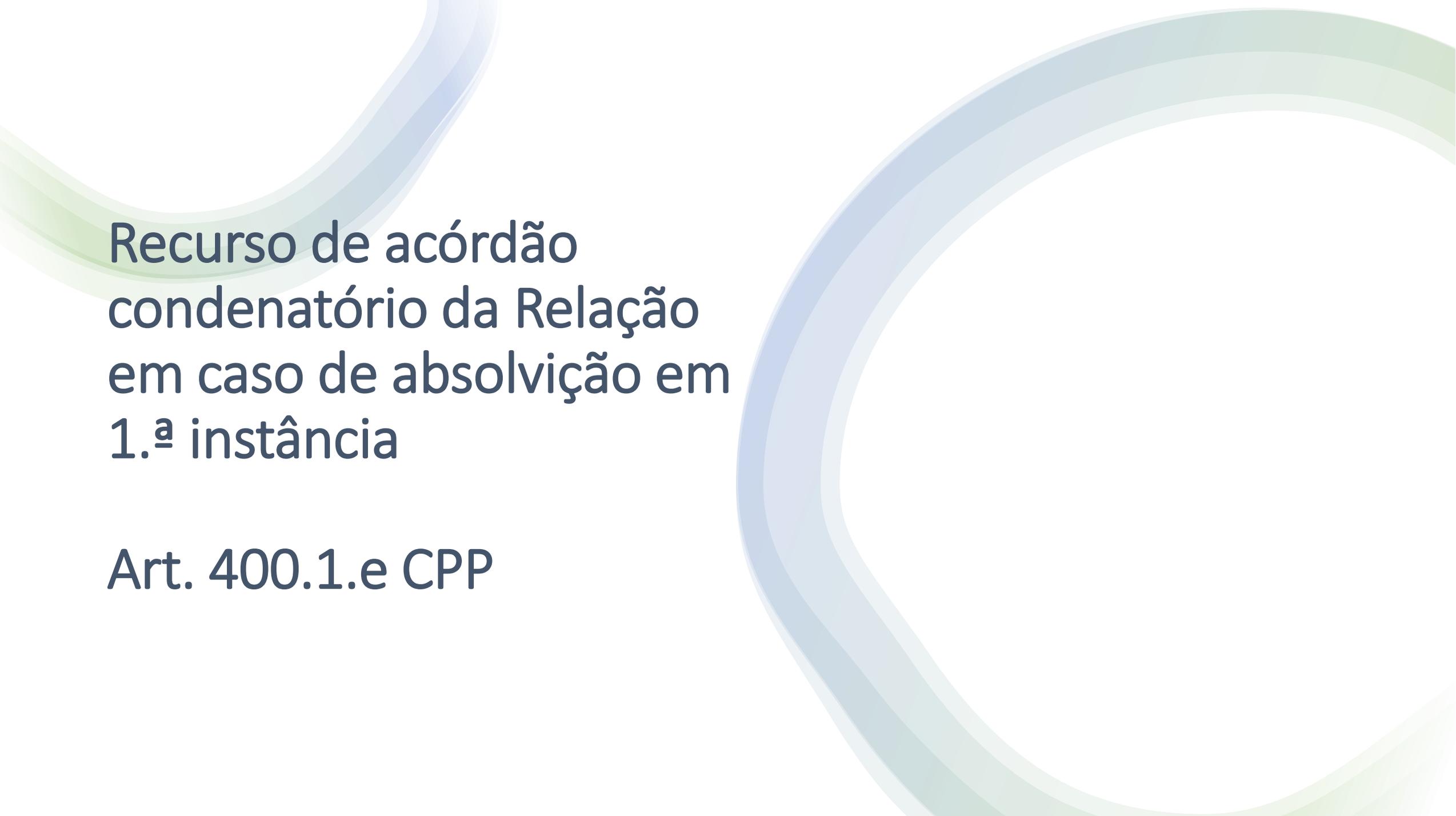
# TEMAS DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

CEJ 24-02-2023

JL Lopes da Mota

## Recursos:

Recurso de acórdão  
condenatório da Relação em  
caso de absolvição em 1.<sup>a</sup>  
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 discricção 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)

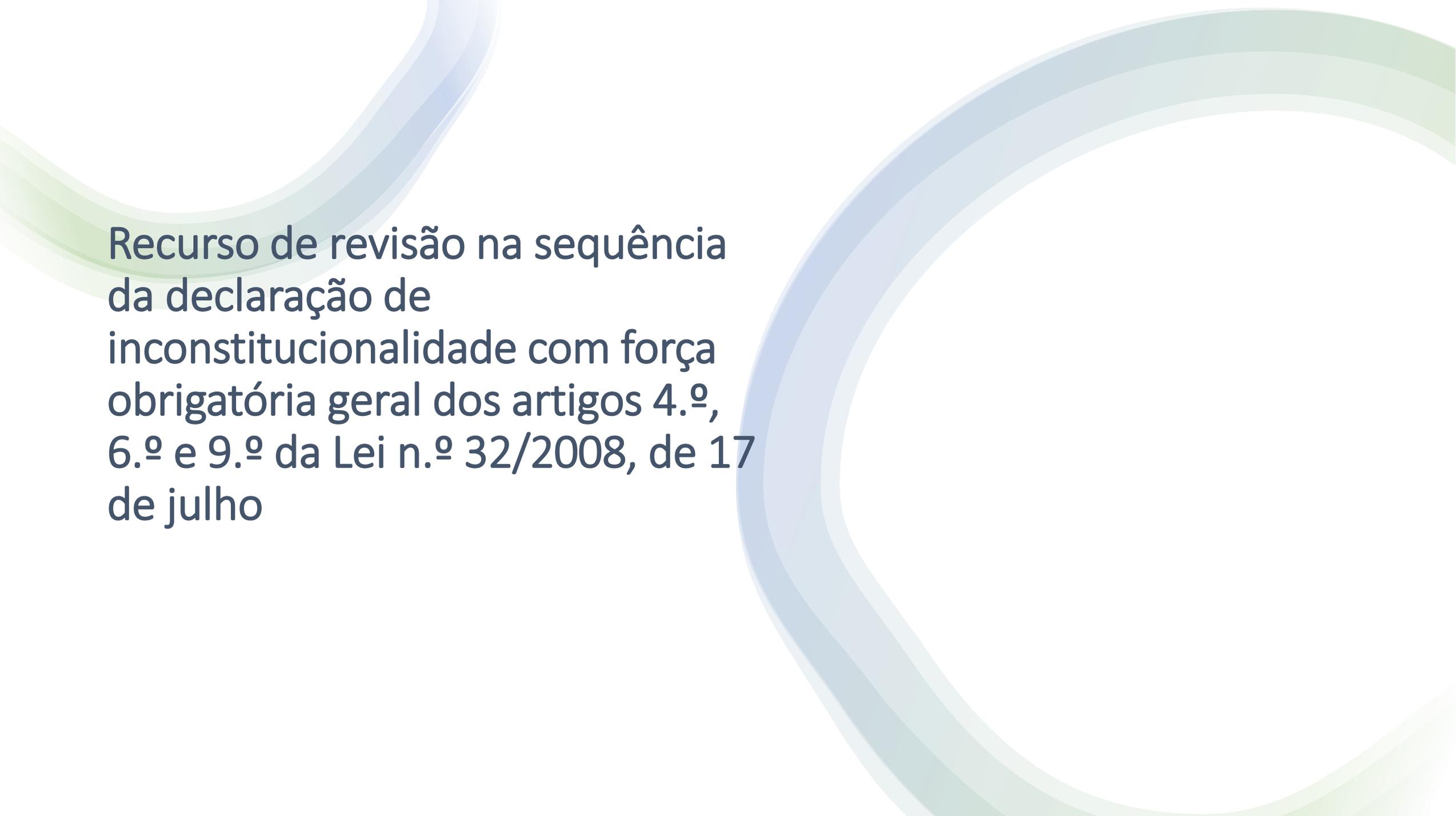
- Ac. do STJ de 30.10.2019, processo n.º 455/13.GBCNT.C2.S1, invocado por “*Forum Penal – Associação dos Advogados Penalistas*” para consideração na 128.ª sessão (ONU, Genebra, 5-6 março 2020) do Comité dos Direitos Humanos:
  - Discussão do 5.º relatório periódico de Portugal relativo à aplicação do 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 )

- Obrigaçãõ 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

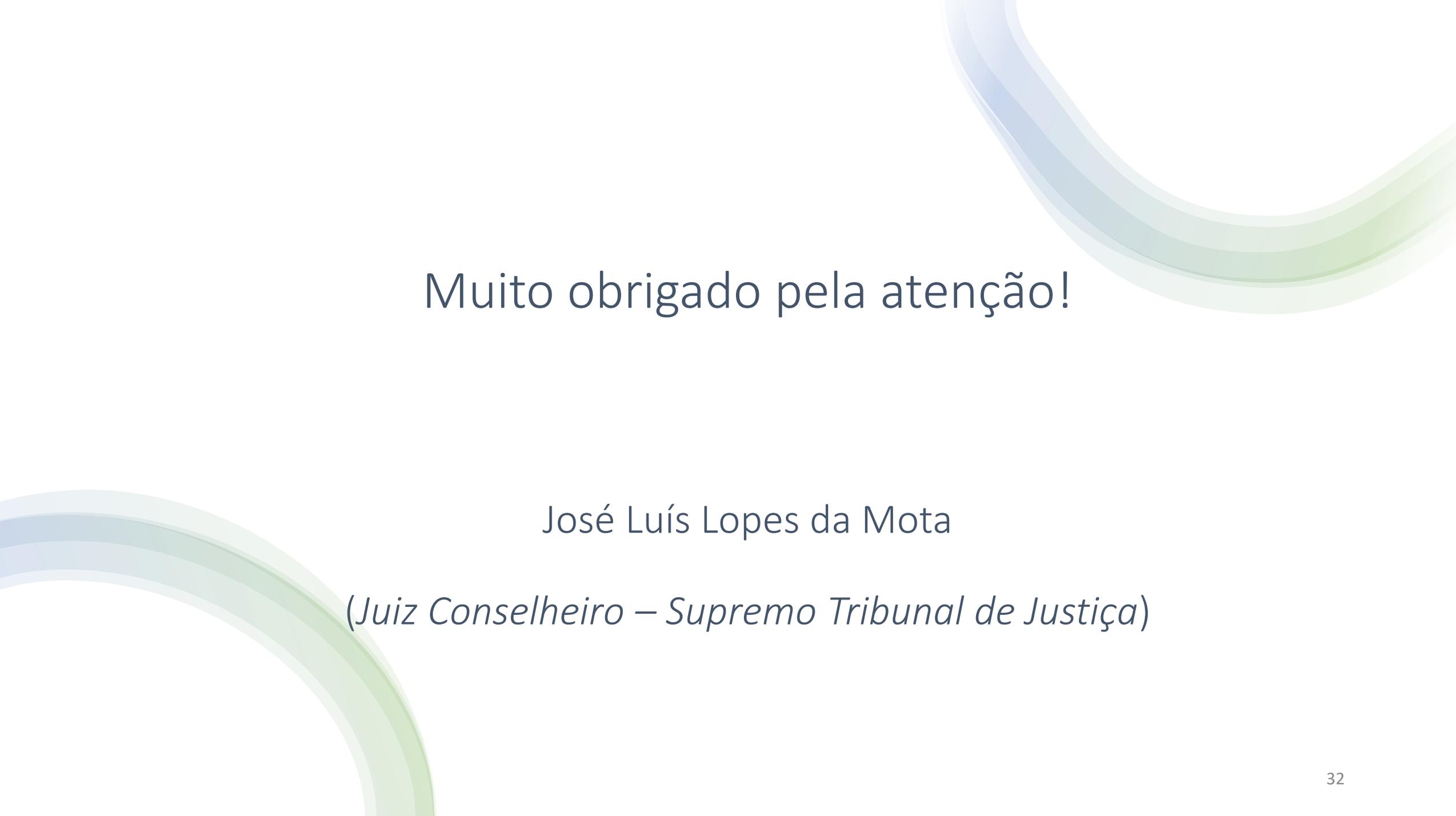
- Com base nas alíneas e) e f) do n.º 1 do art. 449.º do CPP (cont)
  - 1 - Ac. de 06-09-2022, Proc. n.º 618/16.0SMPRT-B.S1
  - 2 - Ac. de 06-09-2022, Proc. n.º 4243/17.0T9PRT-K.S1 – al. e) e f)
  - 3 - Ac. de 12-10-2022, Proc. n.º 83/03.1TAOER-A.S1
  - 4 - Ac. de 12-10-2022, Proc. n.º 2909/18.6JAPRT-A.S1
  - 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)*