

**Tribunal da Relação do Porto**  
**Processo nº 787/11.5PWPRT.P1**

**Relator:** ALVES DUARTE  
**Sessão:** 12 Setembro 2012  
**Número:** RP20120912787/11.5PWPRT.P1  
**Votação:** UNANIMIDADE  
**Meio Processual:** REC PENAL  
**Decisão:** PROVIDO

**PROVA PROIBIDA**

**SMS [SHORT MESSAGE SERVICE]**

## Sumário

I - O órgão de polícia criminal pode proceder a pesquisa em telemóvel ou outro suporte informático, sem prévia autorização da autoridade judiciária, para que decida da conveniência da sua apreensão. Porém, essa possibilidade está limitada aos casos em que a mesma seja voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou o controlo desses dados - desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado - ou, nos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa.

II - Não sendo essa a situação, se as sms [short message service] guardadas no telemóvel do arguido foram lidas e transcritas pelo órgão de polícia criminal sem o seu consentimento nem foi autorizada a sua apreensão pelo juiz de instrução criminal, autoridade judiciária naquele momento competente para o efeito, estamos perante um caso de prova proibida.

## Texto Integral

Processo n.º 787/11.5PWPRT.P1

4.ª Vara Criminal do Tribunal do Porto

Acordam, em conferência, na 1.ª Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto

### **I - Relatório.**

B... recorreu do acórdão proferido no processo em epígrafe que:

i. O absolveu da prática de um crime de roubo agravado tentado, previsto e

punível pelo art.º 210.º, n.os 1 e n.º 2, alínea b), por referência às alíneas a), e), e i), do n.º 1, do artigo 204.º e na alínea e), do n.º 2, do art.º 204.º e na alínea a), do art.º 202.º e nos art.os 22, n.os 1 e 2, al. c), 23.º e 73.º, todos do Código Penal e de um crime de sequestro na forma tentada p. e p. pelos arts.158.º, n.os 1 e 2, alínea e) e 3 e nos art.os 22.º, n.os 1 e 2, alínea c), e 23.º e 73º, todos do Código Penal;

ii. e o condenou:

**a.** como autor material de um crime de roubo agravado tentado, previsto e punido pelo art.º 210.º, n.os 1 e 2, alínea b), por referência às alíneas d) e f), do n.º 1, do art.º 204º e nos art.os 22.º, 23.º e 73.º, todos do Código Penal, na pena concreta de 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de prisão efectiva;

**b.** a pagar à Demandante a quantia de € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros), a título de indemnização por danos não patrimoniais, acrescida dos correspondentes juros de mora, à taxa legal, contados desde a data da notificação do demandado para pagar, até efectivo e integral pagamento,

pedindo:

i. a sua absolvição, por não se verificarem provados os factos que tipificam os elementos do crime de roubo agravado na forma tentada;

ii. caso assim não se entenda, em virtude do não reconhecimento do arguido, deveria aplicar-se o princípio do **in dubio pro reo** ;

iii. caso assim se não entenda, que a pena de prisão seja suspensa e seja o recorrente conduzido à C..., em ..., nos termos do relatório social junto aos autos, para e até finalizar o tratamento da toxicoddependência e reinserir-se na sociedade devidamente curado,

e culminando a motivação do recurso com as seguintes conclusões:

I - Existe erro notório na apreciação da prova, inobservância de requisitos cominado sob pena de nulidade insanável, e, conseqüentemente insuficiência para a decisão da matéria de facto provada.

II - Assim, foram erradamente dados como provados os seguintes factos do douto acórdão: 1, 2, 11, 12 e 15.

III - Os elementos objectivos e subjectivos do crime de roubo são: - a ilegítima intenção de apropriação (para si ou para outrem); - a subtracção ou constrangimento a que seja entregue coisa móvel alheia; - através da utilização de violência contra uma pessoa ou ameaçando-a com um perigo eminente para a vida ou integridade física, ou pondo-a na impossibilidade física de resistir.

IV - Não foi feita prova nos autos da ilegítima intenção de apropriação (para si ou para outrem) e a subtracção ou constrangimento a que seja entregue coisa

móvel alheia;

V - Foi valorada prova proibida por lei, nomeadamente o auto de leitura de transcrições do cartão de telemóvel e o depoimento dos agentes que procederam à detenção do arguido.

VI - No caso do telemóvel inexistia autorização do Juiz de Instrução ou consentimento do seu titular, pelo que tal prova está ferida de nulidade, e não pode por isso ser valorada pelo Tribunal, nos termos dos artigos 125.º, 126.º, n.º 3 e 179.º, n.º 3 do CPP.

VII - Ainda que não se entendesse que o auto de leitura das mensagens de telemóvel como prova proibida, na verdade, nada permite afirmar com certeza que essas mensagens tivessem sido enviadas e recebidas pelo arguido.

VIII - Aliás actualmente coloca-se em causa a detenção em flagrante delito efectuada pois nos termos do depoimento dos agentes policiais que procederam à detenção o arguido foi detido por ter em sua posse uma corda, uma fita isoladora, uma caixa de cigarrilhas com comprimidos mas veio a apurar-se em audiência de discussão e julgamento que nenhum desses objectos foi utilizado.

IX - Acresce que a detenção foi efectuada com base na indumentária do arguido, característica que houve contradição nos depoimentos dos OPC, e posteriormente à detenção não foi efectuado qualquer prova por reconhecimento.

X - Nenhuma das testemunhas viu o arguido a entrar em casa da ofendida, a agredi-la ou a fugir.

XI - Não foi feito reconhecimento ao arguido em nenhum momento do processo; e a ofendida e as testemunhas disseram não ser capazes de o reconhecer. Foi arguida tal nulidade pelo arguido que obteve despacho de indeferimento da nulidade (cf. fls. 616). Pelo que se verificou aqui uma nulidade por insuficiência de inquérito e omissão posterior de diligências que se reputavam essenciais para a descoberta da verdade, nos termos do artigo 120.º, n.º 2, alínea d) do CPP.

XII - Os agentes da PSP chegaram a dizer que o autor do crime só podia ser o arguido detido porque ele confessou. No entanto, o teor dos depoimentos supra referidos não é permitido por lei, nos termos do artigo 356.º, n.º 7 do CPP pelo que não podem ser valorados pelo Tribunal.

XIII - Acrescem as perguntas sugestivas colocadas às testemunhas e que prejudicaram a espontaneidade das respostas, a possibilidade dada à parte civil que não arrolou testemunhas colocar questões no âmbito do crime, a dificuldade de o arguido ter acesso ao processo (na fase de inquérito por esse estar em segredo de justiça, e a uma semana do julgamento lhe ter sido negada a confiança do processo cf. fls. 616 para preparação da defesa) já para

não falar da acusação repetitiva junta aos autos, que consubstanciam irregularidades e prejudicaram irremediavelmente a defesa do arguido, pondo em causa princípios constitucionais.

XIV - Nas suas declarações a ofendida afirmou peremptoriamente que o arguido não tinha intenção de roubar e que não tentou roubar nada.

XV - Dúvidas não restam que o arguido era toxicodependente - neste sentido relatório social e as declarações do arguido.

XVI - Pelo exposto, os factos provados não permitem concluir que houve crime de roubo agravado na forma tentada, pelo que deverá o arguido ser absolvido. Caso assim não se entenda o que só por mera hipótese se admite, sempre se dirá que não tendo havido reconhecimento do arguido existe dúvida razoável quanto ao autor dos factos pelo que deveria ser aplicado o princípio do **in dubio pro reo**. Caso assim não se entenda, sempre se demonstrou que a pena de prisão suspensa com reencaminhamento para a C..., por acautelar melhor as finalidades de prevenção geral e especial, designadamente porque não faz sentido encher as cadeias que estão em lotação esgotada com arguidos que ainda têm recuperação e quando se verifica claramente que a finalidade da pena foi conseguida com o tempo de prisão cumprido em preventiva e que, em face do relatório social e da falta de antecedentes criminais do arguido, urge “reinsserir” o jovem de 25 anos na sociedade, tratando-o do seu problema, para que não se torne um problema futuro para todos.

O Ministério Público respondeu ao recurso, pugnando para que se lhe negue provimento, com a ressalva quanto à validação do auto de leitura de transcrições do cartão de telemóvel, concluindo nos seguintes termos:

Cremos não assistir razão ao recorrente.

O arguido recorre de facto e de direito.

Quanto á impugnação da matéria de facto, o arguido, nos termos do disposto no artigo 412.º, n.os 3 e 4 do C.P.P., estava obrigada:

- a concretizar os pontos que considerava incorrectamente julgados,
- a concretizar as provas que impunham decisão diversa da recorrida,
- a especificar as provas que devem ser renovadas e
- a indicar concretamente as passagens (da prova) em que se fundamenta a impugnação.

Entendemos que o recorrente cumpre o estabelecido.

Porém, a impugnação não deverá proceder e isto porque o que ressalta da motivação é que o recorrente tem opinião diversa do tribunal recorrido no que respeita á análise e valoração da prova.

A este respeito, cabe referir, que nos termos do artigo 127.º do Código de Processo Penal é o Tribunal que aprecia a prova segundo as regras da experiência e a sua livre convicção.

O recorrente não concorda com a valoração e a apreciação da prova feita pelo tribunal, mas é esta entidade que tem competência para o efeito.

É certo que a regra da livre apreciação da prova não permite uma apreciação arbitrária e discricionária, antes pressupõe uma motivação racional da convicção formada.

Ora, o acórdão, explicita claramente qual o processo seguido para formar a convicção do tribunal recorrido.

O acórdão, sintetiza as declarações prestadas pelas testemunhas, especifica em que medida mereceram credibilidade, faz referência à prova documental e por outro lado esclarece como estas provas foram valoradas.

Fá-lo correcta e acertadamente, com a ressalva que faremos de seguida, de tal forma que a matéria de facto assente como provada, não deverá merecer censura.

Toda esta matéria é analisada exaustivamente no acórdão no capítulo “Motivação dos factos provados” constante de fls. 9 a 15, cujo teor aqui se dá por reproduzido.

Refere o recorrente que foi valorada prova proibida por lei, nomeadamente o auto de leitura de transcrições do cartão de telemóvel inexistindo autorização do Juiz de Instrução ou consentimento do seu titular, pelo que tal prova está ferida de nulidade, e não pode por isso ser valorada pelo Tribunal, nos termos dos artigos 125.º, 126.º, n.º 3 e 179.º, n.º 3 do CPP.

Admitimos que nesta parte, assiste razão ao recorrente. Porém, sempre se dirá que a prova resultante do auto de leitura não assume grande relevância.

Relevante para o caso e relacionado com o telemóvel é a seguinte factualidade referida no acórdão:

“Desde logo sublinha-se que o tribunal atendeu à descrição efectuada no âmbito do auto de detenção de fls. 3/4, confirmado em audiência, pela autoridade policial nele interveniente, que dá conta que o cartão de telemóvel ligado à operadora D..., com o n.º ....., foi encontrado no âmbito da revista pessoal ao arguido, tendo, por sua vez, o telemóvel de marca Nokia, de cor cinza, com o IMEI ..... sido encontrado caído no solo do pátio da residência da ofendida.”

“Ora, resulta da prova documental junta a fls. 278 dos autos -informação prestada pela operadora D..., que o telemóvel com o IMEI ..... (encontrado na residência da ofendida), no dia 09/07/2011 (data dos factos), operou naquela rede com o cartão n.º ..... (cartão encontrado na posse do arguido).”

Esta prova válida e não questionada pelo recorrente demonstra com alguma clareza que o arguido abandonou o telemóvel no pátio da residência da ofendida e que terá sido o arguido o autor da factualidade impugnada.

Mais refere o recorrente que os agentes da PSP chegaram a dizer que o autor do crime só podia ser o arguido detido porque ele confessou. No entanto, o teor dos depoimentos supra referidos não é permitido por lei, nos termos do artigo 356.º, no. 7 do CPP pelo que não podem ser valorados pelo Tribunal. Ora, contrariamente ao defendido pelo recorrente, em parte alguma do acórdão se refere que foi valorada a confissão do arguido perante os agentes da PSP e isto porque não houve tal valoração.

Quanto às nulidades invocadas pela recorrente estas já foram conhecidas. Assim, e contrariamente ao defendido pelo recorrente este tem que ser condenado pela prática de um crime de roubo agravado tentado, p. e p. pelo art. 210.º, n.os 1 e 2, alínea b), por referência às alíneas d) e f), do n.º 1, do artigo 204.º e nos art.os 22.º, 23.º e 73.º, todos do Código Penal já que, a factualidade assente como provada, não merecedora de reparo, preenche todos os elementos do ilícito referido.

Por fim defende o recorrente que a pena de prisão deveria ser suspensa na sua execução e que deveria ser conduzido à C..., em ..., nos termos do relatório social junto aos autos, para e até finalizar o tratamento da toxicodependência e reinserir-se na sociedade devidamente curado.

A possibilidade de suspender a execução da pena ao arguido foi devidamente ponderada e analisada no acórdão e o tribunal concluiu negativamente como os seguintes fundamentos:

«No caso vertente, considerando, por um lado, o grau muito elevado de ilicitude dos factos, face à natureza concreta do tipo de crime praticado pelo arguido, que se consubstanciou na entrada ilegítima na habitação da arguida, pessoa idosa, para ali praticar o crime de roubo (ainda que, quedado pela tentativa) e considerando, por outro lado, as também muito elevadas necessidades de prevenção geral, impõe-se uma resposta punitiva firme, única forma de combater eficazmente tal crime que prolifera na nossa sociedade, muitas vezes com consequências tão gravosas.

Pela conjugação das muito elevadas necessidades de prevenção geral e do muito elevado grau de ilicitude dos factos, afigura-se que não é, aqui, admissível o uso do instituto da suspensão da execução da pena de prisão, sendo certo que a aplicação da mesma desacreditaria, com toda a certeza, as expectativas comunitárias na validade da norma jurídica violada.

**In casu**, são, pois, as considerações de prevenção geral que deverão ser determinantes para a não aplicação da suspensão da pena.

Por tudo quanto acima se disse, entende o tribunal que a simples censura do facto e a ameaça da pena de prisão seria, em concreto, absolutamente insuficiente para realizar adequadamente as finalidades da punição, impondo-se a efectividade da mesma.

Impõe-se, pois, que o arguido cumpra a pena de prisão em que foi condenado. Julgamos que o acórdão, pela forma transcrita, responde directamente á pretensão do recorrente.

Nesta Relação, a Exm.<sup>a</sup> Sr.<sup>a</sup> Procuradora-Geral Adjunta emitiu parecer no mesmo sentido da resposta ao recurso apresentada pelo Ministério Público junto do Tribunal **a quo**.

Foi dado cumprimento ao disposto no art.º 417.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, sem que isso tivesse tido qualquer sequela.

Efectuado o exame preliminar[1] e colhidos os vistos, cumpre agora apreciar e decidir.

\*\*\*

## **II - Fundamentação.**

### **1. Do acórdão final.**

#### **1.1. Factos provados:**

- 1) No dia 09/07/2011 cerca das 08h00, o arguido dirigiu-se à residência da ofendida E..., nascida a 31-05-1939, sita na Rua ..., n.º ..., Porto com a intenção de se apoderar dos bens que ali se encontrassem, utilizando a força física e a ameaça se necessário, conforme plano previamente acordado com um outro indivíduo concretamente não identificado.
- 2) Para tal, o arguido entrou para um quintal vedado adjacente à referida residência da ofendida, por volta das 04h20 do dia 09-07- 2011, após escalar e saltar por cima do respectivo muro e aguardou quase durante toda a noite do dia 09-07- 2011, num anexo dessa residência, pela saída da ofendida da sua casa.
- 3) Quando a ofendida abriu a porta da habitação, por volta das 08h00, para sair da mesma, o arguido, usando a sua força física, num gesto repentino e brusco, derrubou com as mãos e os braços a ofendida, fazendo-a cair no solo e arrastou-a de seguida para o interior da habitação, tapando-lhe a boca com as mãos, dizendo-lhe: "Cala-te ou vou-te matar".
- 4) Colocou-se, então, em cima da ofendida, enquanto a tentava imobilizar.
- 5) O arguido actuou, nas circunstâncias acima mencionadas, com o rosto quase totalmente tapado com um capuz que cobria o seu cabelo e a sua testa e usava óculos de sol, vestia calças de ganga azul e um casaco de capuz.
- 6) Após vários minutos de resistência da ofendida, que gritou por socorro, o arguido, ao aperceber-se da presença de populares, com medo de ser interceptado, pôs-se em fuga, abandonando o local, deixando aquela estendida

no chão, no interior da sua residência, sem terminar o plano a que se propusera, não chegando assim a apoderar-se e a levar com ele os objectos e valores de que pretendia apoderar-se.

7) Com efeito, os gritos de E... acabaram por despertar a atenção de alguns vizinhos e populares, que se foram aproximando do local para ver o que se passava.

8) O arguido, na fuga, deixou caído perto da entrada da habitação da ofendida, no pátio, um par de óculos de sol que ficaram partidos, um par de luvas em látex e um telemóvel, da marca Nokia, modelo ..., de cor cinzenta e azul, com o IMEI ....., sem cartão de Memória e com a respectiva bateria, que foram apreendidos pela Autoridade Policial, conforme auto de apreensão junto aos autos a fls. 7, cujo teor se dá aqui por, integralmente, reproduzido para todos os efeitos legais.

9) A autoridade policial que se deslocou, de imediato, ao local, avistou o arguido a escassos metros, aproximadamente, cerca de 25 metros, da residência da ofendida e interceptou-o, detendo o arguido consigo:  
- uma fita isoladora, de marca "Eurotape", de cor castanha; uma corda de sisal com seis metros de cumprimento e uma caixa de cigarrilhas, de marca "Vegafina", de cor bordeaux, contendo no seu interior 4 comprimidos Lexotan e um comprimido Tramal e um cartão suporte de cartão SIM da D..., com o n.º .....

10) Na caixa de correio do telemóvel com o n.º ....., da rede D..., com o IMEI ....., constavam na data de 09/07/2011, mensagens provenientes do telemóvel utilizado pelo outro indivíduo com o qual o arguido planeara os factos ora descritos, sendo que aquele estava em local não concretamente apurado, sito nas proximidades da residência da ofendida, a controlar e a auxiliar a actuação do arguido, tudo conforme auto de Leitura de Cartão de Telemóvel constante dos autos a fls. 8 e 9, e cujo teor se dá por integralmente reproduzido para todos os efeitos legais.

11) Caso o arguido tivesse consumado o plano a que se propusera, poderia ter levado com ele pelo menos o dinheiro que a ofendida E... possuía em casa, no montante de mais de € 2.000,00, bem como objectos em ouro da mesma, designadamente, brincos, anéis e fios em ouro, de valor não concretamente apurado, mas superior a € 2.500,00, bem como um televisor plasma no valor de € 500,00.

12) O arguido só não conseguiu apropriar-se dos referidos objectos e valores, por motivos alheios à sua vontade.

13) Em consequência directa e necessária da conduta do arguido a ofendida sofreu as lesões descritas no Relatório Completo de episódio de Urgência do Hospital ..., a fls. 265 a 269, cujo teor se dá aqui por integralmente



reproduzido para todos os efeitos legais, designadamente:

- hematoma frontal, edema do nariz, dor no ombro esquerdo, omalgia esquerda, com mobilidades dolorosas, feridas dos cotovelos, cefaleia e tonturas, escoriações nos cotovelos, traumatismo no couro cabeludo, face, membros superiores e joelhos, ficando com muitas dores na cabeça, ombro esquerdo e membro inferior esquerdo e no tornozelo esquerdo, escoriações na face, dores em ambos os cotovelos após traumatismo, ficando a deambular com auxílio de canadianas, ficando muito assustada e com medo de sair à rua, ficou com cefaleias intensas e diárias, no hemicrânio direito e ainda dores nos membros superior e inferior esquerdos, ficando no membro superior direito com mancha hiper pigmentada localizada na face posterior do cotovelo com 10 cm por 7 cm e no membro superior esquerdo com mancha hiper pigmentada localizada na face posterior do cotovelo com 8 cm por 7 cm;

14) Lesões que lhe determinaram 20 dias de doença, conforme resulta também do Exame de Clínica Forense realizado pelo INML do Porto, junto aos autos, a fls. 440 a 445, cujo teor se dá aqui por, integralmente, reproduzido para todos os efeitos legais.

15) O arguido agiu livre, deliberada e conscientemente, em conjunto e de forma concertada com outro indivíduo, na execução de um plano previamente delineado, com o propósito de se apoderar do dinheiro e dos bens de valor patrimonial que existissem no interior da habitação de E..., bem sabendo que os mesmos não lhe pertenciam, agindo contra a vontade da sua legítima proprietária e possuidora, bem como entrou no interior da habitação sem que para tal tivesse autorização ou consentimento de quem de direito para o fazer e contra a vontade desta, sendo, ainda, conhecedor da idade avançada da idosa E..., bem como que esta vivia sozinha na sua residência.

16) O arguido agiu com conhecimento de que a sua conduta era proibida e punida por lei.

17) Em consequência da actuação do arguido, a ofendida sentiu muito medo, pânico e ainda hoje tem receio de sair à rua, sentindo-se desprotegida e vulnerável.

Mais se apurou, quanto ao arguido:

18) Que o processo educativo de B... foi assumido pelos avós paternos e pai, dada a demissão da mãe dos seus deveres parentais, ausentando-se para Espanha, onde ainda hoje permanece. Registou integração normalizada no sistema de ensino, concluindo o terceiro ciclo e um curso de empregado de mesa, o que lhe permitiu iniciar vida profissional activa nesta área.

No entanto, a sua trajectória de vida foi negativamente condicionada desde os 16 anos, pelo envolvimento no consumo de drogas que rapidamente evoluiu

para um quadro de dependência e que interferiu nos seus níveis de inserção sócio-familiares e profissionais.

Apoiado pela família, realizou várias tentativas de tratamento, em instituições vocacionadas para o tratamento a esta problemática, sem sucesso. Apesar de registar alguns períodos de abstinência em que a família o apoiava na procura de trabalho, rapidamente recaía no consumo compulsivo de drogas, descuidando as suas obrigações profissionais e registando em família comportamentos agressivos, dissipando bens de família, tornando a convivência familiar insuportável.

O agregado de origem era constituído pelos avós e pai, e a dinâmica familiar era condicionada pelos comportamentos disruptivos do arguido e situação de doença grave do pai e avô, o que determinou a expulsão de B... de casa.

No período a que se reportam os factos de que está acusado, B... não exercia qualquer actividade laboral, direccionando o seu quotidiano para a obtenção de estupefacientes. Vivia na rua, privilegiando convívio com grupos sociais de risco, numa situação de grande exclusão social que só a prisão permitiu sustentar. A família acusa grande desgaste pela trajectória desviante de B..., pelas várias oportunidades de tratamento e de trabalho que lhe proporcionaram e pelo comportamento assumido em família que consideram intolerável, pelo que não lhe garantem no momento qualquer tipo de suporte material ou habitacional. B... continua a apresentar grandes fragilidades pessoais e sociais, agravadas pela ausência de enquadramento familiar, habitacional e profissional, o que eleva o risco de recidiva no consumo de drogas e comportamentos transgressivos.

A prisão permitiu aderir a tratamento de desintoxicação e a reflectir sobre a necessidade de beneficiar de acompanhamento clínico estruturado e intenso à toxicodependência.

A DGRS tem encetado diligências no sentido de se encontrar uma vaga na C..., para a eventualidade de regresso do arguido a meio livre, evitando-se o seu regresso a uma vivência de rua, sem qualquer estrutura de suporte.

B... encontra-se preso no Estabelecimento Prisional do Porto desde 09.07.2011, à ordem do actual processo.

A prisão permitiu interromper um quotidiano marginal, um estilo de vida condicionado por uma vivência de rua e toxicodependência.

Atento o estado de grande vulnerabilidade e degradação físico e psíquico que apresentava quando deu entrada no sistema prisional, foi encaminhado e aderiu a tratamento na Camarata OBS, uma unidade especialmente vocacionada para o tratamento à toxicodependência, em que isolado da restante população prisional, B... beneficiou intenso acompanhamento clínico, durante o período do programa (3 meses), findo o qual regressou ao regime

comum de reclusão, mantendo consultas regulares de Psicologia.

Já solicitou ocupação laboral mas a sua pretensão ainda não obteve resposta favorável.

B... apresenta elevados factores criminógenos, a destacar: ausência de enquadramento familiar, social e profissional sem possibilidade de ver supridas as necessidades de subsistência primárias, uma trajectória recente marcada pela toxicodependência e ligação a contextos e grupos marginais que a prisão permitiu interromper.

A adesão a tratamento necessita de consolidação para, à semelhança do que sucedeu no passado, evitar a recidiva no consumos, e poder amadurecer os níveis de reflexão crítica sobre as suas vulnerabilidades, iniciando um processo de mudança individual e poder adequar o seu comportamento às regras de convivência em sociedade e respeito pelos direitos de terceiros. Da articulação estabelecida com a C..., B... poderá dar continuidade ao tratamento iniciado em meio prisional em comunidade terapêutica especializada à toxicodependência e protocolada com instituições da rede social (IDT e Segurança Social).

19) O arguido não apresenta antecedentes criminais conhecidos em juízo.

### **1.2. Factos julgados não provados:**

A) Que, caso o arguido tivesse conseguido apropriar-se dos objectos e valores da ofendida, deixaria esta em mau estado financeiro, sem nenhuma outra forma de subsistência.

B) Que, para além do referido nos pontos 3) e 4) dos factos provados, o arguido também tentou tapar a boca da ofendida com uma fita-cola e amarrá-la pelos braços e pernas com uma corda.

C) Que o arguido pretendia privar a ofendida da sua liberdade com as cordas e fita adesiva que levava para esse efeito e assim a impedir de reagir, de seguida obrigá-la a engolir a medicação que lhe foi apreendida, para desta forma a vítima ficar ainda mais fraca e incapaz de qualquer reacção ao assalto, pretendendo, após se apoderar dos objectos e valores, sair dessa residência, abandonando aquela amarrada e com a boca tapada.

Para além dos acima descritos, não se provaram, com interesse para a decisão da causa, quaisquer outros factos que não estejam já em oposição ou que não tenham já resultado prejudicados pelos que foram dados como provados e não provados.

Consigna-se que o tribunal, dada a invulgar extensão do texto acusatório (considerando a matéria factual que efectivamente releva para os autos), considera como “não escrita” parte daquele texto, não lhe atribuindo relevância, por consubstanciar matéria repetida, inócua ou vedada à

apreciação do tribunal.

Destacamos, **maxime**, os factos que resultam das declarações prestadas pelo arguido, quer perante autoridade policial, pela sua própria natureza, quer as prestadas perante o JIC, porque não prestou declarações em audiência de julgamento e a “tentativa impossível” e, portanto, não punível, de roubo de um tal cofre que a própria acusação refere que não se encontrava na residência da ofendida.

As mensagens de telemóvel transcritas, são consideradas pelo tribunal como meio de prova e não como factos, daí que tivéssemos optado por apenas fazer referência às mesmas ao nível da fundamentação de facto.

### **1.3. Fundamentação da decisão da matéria de facto:**

Como dispõe o art.º 127.º do C.P.P., a prova é apreciada “segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

Significa este princípio que o julgador tem a liberdade de formar a sua convicção sobre os factos submetidos a julgamento com base no juízo que se fundamenta no mérito objectivamente concreto do caso, na sua individualidade histórica, tal como ele foi exposto e adquirido representativamente no processo.

No caso dos autos, o arguido recusou-se a prestar declarações, quanto aos factos.

A nossa convicção, no que concerne aos factos provados, fundou-se, assim, nos depoimentos testemunhais prestados em audiência de julgamento e sua conjugação com a prova documental junta aos autos, nos moldes abaixo discriminados.

Assim, desde logo, considerou-se o depoimento testemunhal prestado por E..., ofendida e demandante cível, a qual, de forma muito emocionada, mas que em nada afectou a sua credibilidade, antes a abonou, confirmou ter sido vítima de tentativa de assalto, nas circunstâncias de tempo e lugar referidas na acusação pública. Esclareceu que naquela manhã, levantou-se e abriu a porta, para sair, quando um indivíduo encapuzado, de imediato a agarrou e dizendo que a mataria, arrastou-a para dentro de casa e pôs-se em cima dela. Ele usava luvas, que a ofendida arrancou e óculos escuros. A ofendida afirmou que gritou muito, tendo, a dada, alguém batido à porta. Com receio de ser apanhado, o indivíduo logo saiu de cima da ofendida e saiu a correr, pela mesma porta por onde tinha entrado, que dá para o quintal. Referiu que ele não conseguiu tirar-lhe nada.

Perguntada, a ofendida referiu que tinha com ela uma volta em ouro, avaliada em cerca de € 500,00, bem como tinha, em casa, jóias, no valor de mais de € 2.000,00, além de cerca de € 2.000,00 em dinheiro e um plasma, no valor de

cerca de € 500,00.

Acrescentou que a situação a assustou muito, tendo ficado muito receosa, até hoje.

A ofendida revelou-se absolutamente credível, deduzindo-se um natural estado de excessiva emoção, o qual foi inequivocamente revelador da veracidade do relato da mesma, relativamente à experiência traumática vivida, com a prática dos factos em análise nos autos.

O tribunal ouviu, ainda, o depoimento testemunhal prestado por F..., solteiro, estucador desempregado e que referiu ser vizinho da ofendida, pois mora nas traseiras da habitação desta.

Referiu que, na manhã referida na acusação pública, ouviu gritos de uma vizinha, o que o levou a levantar-se, para ver o que se passava, tendo a tal vizinha dito que a casa da frente estava a ser assaltada.

A testemunha foi, então, a correr para a casa da frente e encontrou já umas raparigas a dizer que um rapaz tinha saltado o muro e fugido.

Referiu a testemunha que pegou numa vassoura e saltou o muro, entrando dentro do quintal da habitação, juntamente com um outro vizinho que, entretanto, também se aproximara (G...), tendo encontrado a ofendida em pânico, sentada nas escadas, com as costas na escadaria. No chão, junto à ofendida, estavam umas luvas, óculos escuros e um telemóvel, que esta dizia que não eram seus, devendo ser do indivíduo que a tentara assaltar.

Mais ouviu o tribunal o depoimento testemunhal prestado por G..., casado, empregado de armazém, que referiu ser vizinho da ofendida, sendo morador de um prédio em frente à habitação desta.

Referiu que, a dada altura, ouviu berros e alguém dizia que a casa da frente estava a ser assaltada. Foi lá, de imediato. Entrou na residência daquela, juntamente com o vizinho F..., encontrando a ofendida muito maltratada, com marcas no pescoço, em pânico, muito aflita. No chão, encontravam-se umas luvas, óculos escuros e um telemóvel.

Ouviu também o tribunal o depoimento testemunhal prestado por H..., casada, doméstica, que referiu ser amiga e vizinha da ofendida, morando a cerca de 600 metros dela.

Afirmou que, naquela manhã, o bairro estava em alvoroço, os vizinhos aos berros, etc., quando ela passou, pois ia fazer compras.

Acrescentou que a ofendida telefonou-lhe do hospital, a pedir-lhe para ela a ir buscar, o que a testemunha fez. Encontrou-a muito maltratada, com marcas na cara.

Mais ouviu o tribunal o depoimento testemunhal prestado por I..., agente da P.S.P., que referiu conhecer o arguido, mas apenas da situação em apreço nos autos.

Esclareceu que estava com o seu colega J... em serviço de patrulha, quando receberam uma chamada, alertando que uma casa tinha sido assaltada. Foram-lhes dadas as características físicas e de indumentária do suspeito, como que tinha cerca de 1,70 m, trajava calças de ganga e casaco castanho. Dirigiram-se, de imediato, para o local, tendo visto o arguido a vir, em passo acelerado, da zona da habitação assaltada e, por condizer com aquelas características, interceptaram-no. Este trazia consigo uma corda amarrada à mão, que escondia dentro do bolso; uma fita isoladora e uma caixa de cigarrilhas, com medicação. Logo ali, no local, o arguido admitiu-lhes que tinha sido ele o autor do assalto.

Por fim, considerou-se o depoimento testemunhal prestado por J..., agente da P.S.P., que referiu conhecer o arguido, mas apenas da situação em análise nos autos.

Esclareceu que, no dia referido na acusação, estava com o seu colega I..., em serviço de patrulha, quando, cerca das 08h00, receberam uma chamada, alertando que uma casa tinha sido assaltada. Foram logo para lá.

Acrescentou que, via rádio, foi-lhes logo fornecida a descrição física e de indumentária do suspeito. Ao chegarem próximo do local, viram o arguido, em passo muito acelerado e que combinava em tudo com a descrição que lhes tinha sido feita. Interceptaram-no e ele, de imediato, admitiu o que tinha feito. Perguntado, referiu que o arguido tinha aspecto de toxicodependente.

Confirmou a revista pessoal do arguido e os objectos que lhe foram apreendidos, de acordo com os respectivos autos. Confirmou, assim, os autos de detenção e apreensão juntos a fls. 3 e 7 dos autos.

Todas as testemunhas de acusação depuseram de forma que o tribunal reputa de rigorosa, imparcial e credível, logrando convencer, pois, o tribunal, da veracidade dos seus depoimentos.

Cumprido, ora, proceder à avaliação crítica da prova, no sentido de explanar o processo de formação da convicção do tribunal.

Desde logo sublinha-se que o tribunal atendeu à descrição efectuada no âmbito do auto de detenção de fls. 3/4, confirmado em audiência, pela autoridade policial nele interveniente, que dá conta que o cartão de telemóvel ligado à operadora D..., com o n.º ....., foi encontrado no âmbito da revista pessoal ao arguido, tendo, por sua vez, o telemóvel de marca Nokia, de cor cinza, com o IMEI ..... sido encontrado caído no solo do pátio da residência da ofendida.

Ora, não obstante o auto de apreensão de fls. 7 conter a descrição de todos os objectos apreendidos, deve o mesmo ser conjugado com o auto de detenção de fls. 3/4, que descreve quais daqueles foram encontrados na posse do arguido e quais foram encontrados na residência da ofendida. Os objectos apreendidos e

o local onde se encontravam resultam, pois, nos termos carreados ao elenco dos factos provados, da conjugação daqueles autos, nos moldes expendidos. O tribunal teve de recorrer a esta prova documental, confirmada em audiência, para apurar os pormenores acima referidos, pois não foram os mesmos claramente descritos em audiência pelos agentes policiais ouvidos, o que é perfeitamente compreensível, dadas as óbvias e naturais limitações da memória.

Ora, resulta da prova documental junta a fls. 278 dos autos - informação prestada pela operadora D..., que o telemóvel com o IMEI ..... (encontrado na residência da ofendida), no dia 09/07/2011 (data dos factos), operou naquela rede com o cartão n.º ..... (cartão encontrado na posse do arguido).

A tal acresce que, as mensagens que foram lidas no telemóvel com o IMEI ..... destinavam-se, efectivamente, ao n.º de cartão ....., conforme se constata do contraponto da listagem de fls. 306 e ss., e o auto de leitura de fls. de fls. 8/9.

Está, pois, de forma clara, manifesta e inequívoca, comprovada a ligação do arguido às mensagens transcritas naquele auto.

Ora, considerando:

- os depoimentos prestados em audiência pelos agentes das P.S.P., que interceptaram o arguido, em local muito próximo da habitação da ofendida, a vir da direcção da mesma, em passo acelerado e correspondendo totalmente à descrição física e de indumentária que lhes tinha sido dada, relativamente ao suspeito do assalto à ofendida;
  - que o arguido tinha consigo, além de uma corda e fita isoladora (objectos já de si suspeitos para estarem na posse de alguém, às 08h00 da manhã, com aspecto de toxicodependente e sem emprego...); uma caixa de cigarrilhas contendo medicação no seu interior (sendo que, nas mensagens, faz-se referência ao uso de medicamentos...); e um cartão de telemóvel, que foi usado no telemóvel que foi deixado caído na residência da ofendida, pelo autor do assalto;
  - o teor claro e inequívoco daquelas mensagens (recebidas e enviadas), que espelham o envolvimento de dois indivíduos num plano de assalto, no caso à residência da ofendida, encontrando-se o que está no exterior a alertar o que está no interior, quanto às movimentações da vizinhança, orientando-o nos seus passos e dando-lhe mesmo indicações quanto aos locais da casa onde poderia encontrar “mais notas”;
  - tudo conjugado, temos por demonstrada, de forma segura, certa e incontestável, a participação do arguido na autoria dos factos.
- Não tem também o tribunal qualquer dúvida, da conjugação de toda a prova -

maxime do teor das mensagens trocadas entre o arguido e o outro indivíduo e do facto de aquele ter-se escondido num anexo adjacente à residência da ofendida, ali aguardando o resto da noite, esperando apenas que aquela abrisse a porta, para actuar - que este sabia bem que a ofendida tratava-se de uma pessoa idosa e que residia sozinha. Só assim se compreende que, mal aquela tenha aberto a porta para sair, cerca das 08h00, o arguido tenha de imediato agarrado a mesma e a arrastado para dentro de casa, sem receio de que alguém ali se encontrasse...

O tribunal considerou, como acima referimos, conjugadamente, a seguinte prova documental:

- auto de exame e avaliação dos objectos apreendidos, junto a fls. 117 e 118;
- auto de Leitura de Cartão de Telemóvel constante dos autos, a fls. 8 e 9;
- auto de apreensão de objectos junto aos autos, a fls. 7;
- Relatório Completo de episódio de Urgência do Hospital ..., a fls. 265 a 269;
- Exame de Clínica Forense realizado pelo INML do Porto, junto a fls. 440 a 445;
- informações da operadora D..., de fls. 278 e 305 e ss. (listagem de comunicações efectuadas dos nºs ..... e .....).

Quanto aos antecedentes criminais do arguido, o Tribunal valorou o seu C.R.C. junto a fls. 539 dos autos. No que respeita às suas condições sócio-económicas, atendeu-se ao relatório social junto a fls. 630 e ss..

\*

Motivação dos factos não provados

A factualidade não apurada vertida sob as alíneas A) a C), resulta da falência ou falta de mobilização probatória no seu sentido.

No que respeita ao factualismo descrito na alínea C), sublinha-se que, não obstante a probabilidade do uso que o arguido poderia dar à corda e fita adesiva, face às regras da experiência e senso comum e considerando o contexto em que aquele actuou e estando na posse de tais objectos, certo é que não pode o tribunal dar como provado um mero processo de intenção do agente, quando não se encontra materializado em mais factos que permitam extrair com toda a certeza tais conclusões.

Acresce que aquele factualismo foi carregado ao libelo acusatório, tendo por suporte as declarações do próprio arguido, em fase de investigação, que não podem validamente ser consideradas pelo tribunal, nesta fase, por ter o arguido recusado prestar declarações quanto aos factos, tudo de harmonia com os princípios e regras processuais penais vigentes.

\*\*\*

## **2. Poderes de cognição desta Relação e objecto dos recursos.**

2.1. A abrir diremos que o âmbito do recurso é definido pelas conclusões



formuladas pelo recorrente que culminam as suas motivações e é por elas delimitado.[2] Sendo impugnada a decisão da matéria de facto pelo recorrente, quer amplamente,[3] quer pela via da invocação dos vícios da sentença ou do acórdão, na chamada revista alargada,[4] é sabido que «impõem razões de método que se comece pelo reexame de mais largo espectro, para que se não tenha eventualmente de entrar na análise mais limitada, o que só sucederá na falência daquele reexame. No caso, dever-se-ia ter começado a análise da crítica de facto efectuada pela Relação, pela impugnação alargada da matéria de facto provada, só depois se entrando, se fosse o caso, nas restantes questões respeitantes à decisão sobre o facto.»[5] Mas porque as conclusões são um resumo das motivações,[6] não pode conhecer-se de questões constantes daquelas que não tenham sido explanadas nestas. Às quais acrescem as questões que são de conhecimento officioso desta Relação enquanto Tribunal de recurso, como no caso dos vícios da sentença ou do acórdão e das suas nulidades que se não devam considerar sanadas, tudo de acordo com o disposto no art.º 410.º, n.os 2, alíneas a), b) e c) e 3 do Código de Processo Penal.[7] E uma vez que se não detecta qualquer vício ou nulidade no acórdão recorrido de entre os que se devesse conhecer **ex officio**, com excepção do princípio **in dubio pro reo** sobre o qual expressamente nos debruçaremos adiante,[8] diremos que as questões a apreciar no recurso interposto do acórdão final são as seguintes:

- 1.ª É proibida a prova resultante da transcrição e leitura de mensagens guardadas num cartão de telemóvel por órgão de polícia criminal sem autorização do seu titular ou do Juiz de Instrução Criminal e, nesse caso, qual a consequência dela ter sido valorada?
- 2.ª Não é permitido valorar os depoimentos testemunhais de agentes da Polícia de Segurança Pública que refiram conversas com o arguido antes deste ter sido formalmente constituído como tal e, nesse caso, qual a consequência disso ter ocorrido?
- 3.ª A não realização do reconhecimento do Arguido / Recorrente em nenhum momento do processo importa nulidade por omissão posterior de diligência essencial para a descoberta da verdade e com que consequência?
- 4.ª Discordando o recorrente da valoração feita pelo tribunal recorrido das declarações e dos depoimentos produzidos na audiência de julgamento sem que se evidencie qualquer violação de regras da experiência, pode o tribunal de recurso alterar a decisão da matéria de facto e, podendo, deve fazê-lo no caso **sub iudicio**?
- 5.ª Na hipótese contrária, foi violado o princípio **in dubio pro reo**?
- 6.ª Não tendo sido, deve a pena ser suspensa na sua execução, com a

obrigação do Arguido / Recorrente ser internado na C..., em ..., para aí se submeter a tratamento da toxicod dependência?

\*\*\*

2.2. Vejamos então as questões atrás enunciadas, começando, naturalmente, pela primeira delas, o que vale por saber se é proibida a prova resultante da transcrição e leitura de mensagens guardadas num cartão de telemóvel por órgão de polícia criminal sem autorização do seu titular ou do Juiz de Instrução Criminal e, nesse caso, qual a consequência dela ter sido valorada. No processo penal são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei. [9] Sendo certo que são nulas, não podendo ser utilizadas, entre outras as provas obtidas mediante intromissão nas telecomunicações sem o consentimento do respectivo titular.[10]

Esta proibição de prova, porque admitindo a renúncia da parte do titular do direito à reserva ali estabelecida, tem sido qualificada como relativa, por contraponto à estabelecida para os casos em que as provas tenham sido obtidas, mesmo que com consentimento das pessoas, mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas e que são tidas como absolutas.[11] E por isso uma e outra estão sujeitas a regimes processuais nem sempre coincidentes.

Assim, como notas dissonantes aponta-se que as do primeiro grupo de proibições de prova são insanáveis mas as do segundo já são sanáveis[12] pelo consentimento[13] do titular do direito protegido.[14] Aquelas, tanto podem ser conhecidas a requerimento do titular do direito protegido como oficiosamente, por iniciativa do tribunal, mas estas só o podem ser se suscitadas pelo titular do direito protegido.[15]

Porém, também se apontam pontos convergentes entre as referidas proibições de prova. Desde logo, podem ser conhecidas em qualquer fase do processo até ao trânsito em julgado da decisão final enquanto não forem objecto de decisão expressa, oficiosamente as primeiras se invocadas as segundas, não ficando, portanto, abrangidas pelo caso julgado.[16]

Para finalizar, impõe-se enfatizar que o uso de prova proibida torna nula a decisão que nela se tenha fundamentado. Na verdade, conforme refere o Prof. Pinto de Albuquerque, «a nulidade da prova proibida prejudica a sentença ou despacho (por exemplo, o despacho instrutório ou o despacho que determina uma medida de coacção) se a prova proibida tiver sido utilizada na fundamentação da decisão, bastando para o efeito que ela seja um dos meios de prova invocados, mesmo que não seja o elemento preponderante para a fundamentação da decisão do tribunal (também assim, Costa Andrade, 1992:

64 e 65). A sentença fundada em provas nulas (provas insanavelmente nulas ou provas cuja nulidade é sanável, mas não deva considerar-se ainda sanada) é, também ela, nula, nos termos do artigo 122.º, n.º 1. (...) O fundamento do recurso da sentença ou do despacho para conhecimento de uma nulidade da prova proibida reside no artigo 410.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, aplicável por identidade de razão ao recurso de despacho interlocutório. Assim, a procedência da nulidade tem a consequência da repetição da sentença pelo tribunal recorrido, sem a ponderação da prova proibida.»[17]

Vejamos então se a leitura de mensagens[18] guardadas num cartão de telemóvel SIM[19] por um agente de órgão de polícia criminal sem autorização do seu titular ou do Juiz de Instrução Criminal é prova proibida, como entendem o Arguido / Recorrente e o Exm.º Sr. Procurador da República junto do Tribunal **a quo**.

Tanto quanto nos foi possível observar, até agora a jurisprudência tem maioritariamente vindo a equiparar as SMS às vulgares cartas de correio,[20] submetendo-as, se ainda fechadas, ao regime processual penal destas[21] e, se já abertas e lidas pelo destinatário, ao regime dos simples documentos.[22] Sendo que então se não afiguraria admissível procurar protecção junto do mecanismo de salvaguarda estabelecido para as escutas telefónicas precisamente porque o normativo que habilitava essa extensão[23] expressamente previa (e prevê) que as conversações ou comunicações fossem transmitidas por meio técnico diferente do telefone - e o telemóvel é ainda um telefone.[24]

Porém, estamos em crer que com a publicação da Lei do Cibercrime,[25] a qual, além do mais, estabelece as disposições processuais relativas ao domínio da recolha de prova em suporte electrónico,[26] se impõe um olhar diferente sobre a temática que ora nos ocupa.[27]

Assim, de acordo com aquele diploma, quando no decurso do processo se tornar necessário à produção de prova, tendo em vista a descoberta da verdade, obter dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático, a autoridade judiciária competente autoriza ou ordena por despacho que se proceda a uma pesquisa nesse sistema informático, devendo, sempre que possível, presidir à diligência.[28] Sendo que autoridade judiciária é o juiz, o juiz de instrução e o Ministério Público, cada um relativamente aos actos processuais que cabem na sua competência.[29]

Ora, dado que as SMS guardadas no telemóvel do Arguido / Recorrente foram lidas e transcritas pelo órgão de polícia criminal sem o seu consentimento nem fora autorizada a sua apreensão pelo Juiz de Instrução Criminal, autoridade

judiciária naquele momento competente para o efeito, estamos perante uma prova proibida de ser usada no processo.

É certo que o órgão de polícia criminal pode proceder a pesquisa em telemóvel ou outro suporte informático sem prévia autorização da autoridade judiciária[30] para que decida da conveniência da sua apreensão.[31] Porém, essa possibilidade está limitada aos casos em que a mesma seja voluntariamente consentida por quem tiver a disponibilidade ou controlo desses dados, desde que o consentimento prestado fique, por qualquer forma, documentado[32] ou, ainda, aos casos de terrorismo, criminalidade violenta ou altamente organizada, quando haja fundados indícios da prática iminente de crime que ponha em grave risco a vida ou a integridade de qualquer pessoa. [33] Porém, o caso em dissídio não se enquadra em qualquer dessas exceções pelo que se impunha a reserva de juiz para que o órgão de polícia criminal pudesse aceder aos SMS guardados no telemóvel do Arguido, em nada relevando que os mesmos tivessem sido ou não abertos e lidos pelo destinatário pois que a lei não distingue entre essas duas situações.[34] / [35] Por conseguinte, estamos ante um caso de prova proibida.

Ora, lendo o duto acórdão recorrido, nenhuma dúvida subsiste de que esse foi um dos meios de prova nele invocados para a sua fundamentação. E por isso, sendo essa prova nula também nulo é o duto acórdão recorrido, pelo que se impõe determinar que o Tribunal **a quo**, extirpada essa prova da fundamentação, avalie se apenas as demais provas produzidas comportam aquela ou outra decisão final. O que, naturalmente, preclui o conhecimento das demais questões suscitadas no recurso.

Destarte, cumpre agora decidir em conformidade com o atrás referido.

\*\*\*

### **III - Decisão.**

Termos em que, concedendo-se provimento ao recurso, se julga:

- a) ser prova proibida o uso por parte do órgão de polícia criminal, não autorizado judicialmente nem pelo arguido, das SMS's gravadas no cartão SIM do telemóvel deste;
- b) em consequência disso, nulo o duto acórdão que nela se fundamentou, determinando-se que o Tribunal **a quo** profira um outro que a não contemple;
- c) precluído o conhecimento das restantes questões suscitadas pelo recurso.

Sem custas (art.º 513.º, n.º 1, **a contrario sensu**, do Código de Processo Penal).

\*

Porto, 12-09-2012.

António José Alves Duarte

Lígia Ferreira Sarmento Figueiredo

---

[1] Onde se aceitou conhecer do segundo recurso pelas razões que se referiu na nota precedente.

[2] Art.º 412.º, n.º 1 do Código de Processo Penal. Na linha, aliás, do que desde há muito ensinou o Prof. Alberto dos Reis, no Código de Processo Civil, Anotado, volume V, reimpressão, Coimbra, 1984, página 359: «Para serem legítimas e razoáveis, as conclusões devem emergir logicamente do arrazoado feito na alegação. As conclusões são as proposições sintéticas que emanam naturalmente do que se expôs e considerou ao longo da alegação.»

[3] Art.º 412.º, n.os 3 e 4 do Código de Processo Penal.

[4] Art.º 410.º, n.º 2, alíneas a), b) e c) do Código de Processo Penal.

[5] Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 05-07-2007, processo n.º no processo n.º 07P2279, relatado pelo Exm.º Cons.º Simas Santos, visto em <http://www.dgsi.pt>, assim sumariado, na parte que aqui releva:

1 - Quando o recorrente pretende impugnar a decisão sobre a questão de facto deve dirigir-se, à Relação que tem competência para tal, como dispõem os art.os 427.º e 428.º, n.º 1 do CPP. O recurso pode então ter a máxima amplitude, abrangendo toda a questão de facto com vista à modificação da decisão da 1.ª Instância sobre essa matéria, designadamente quando, havendo documentação da prova, esta tiver sido impugnada nos termos do art. 412.º, n.º 3 [art. 431.º, al. b)].

2 - Para além da já referida impugnação alargada da decisão de facto, pode sempre o recorrente, em todos os casos, dirigir-se à Relação e criticar a factualidade apurada, com base em qualquer dos vícios das alíneas do n.º 2 do art. 410.º, como o consente o art. 428.º n.º 2 do CPP.

3 - É essa a ordem pela qual a Relação deve conhecer da questão de facto: primeiro da impugnação alargada e, depois e se for o caso, dos vícios do n.º 2 do art. 410.º do Código de Processo Penal.

[6] Idem.

[7] Que assim é decidiu o Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão do Plenário das Secções Criminais, de 19-10-1995, tirado no processo n.º 46.680/3.ª, publicado no Diário da República, série I-A, de 28 de Dezembro de 1995, mantendo esta jurisprudência perfeita actualidade, como se pode ver, **inter alia**, do Acórdão do mesmo Supremo Tribunal de Justiça, de 18-06-2009, consultado em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), assim sumariado: «Continua em vigor o acórdão n.º 7/95 do plenário das secções criminais do STJ de 19-09-1995 (DR I Série - A, de 28-12-1995, e BMJ 450.º/71) que, no âmbito do sistema de revista

alargada, decidiu ser oficioso, pelo tribunal de recurso, o conhecimento dos vícios indicados no art. 410.º, n.º 2, do CPP, mesmo que o recurso se encontre limitado à matéria de direito.» Na Doutrina e no sentido propugnado, vd. o Prof. Paulo Pinto de Albuquerque, no Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição actualizada, página 1049.

[8] Até porque foi expressamente invocado pelo Arguido / Recorrente.

[9] Art.º 125.º do Código de Processo Penal.

[10] Art.º 126.º, n.º 3 do Código de Processo Penal.

[11] Art.º 126.º, n.º 1 do Código de Processo Penal.

[12] Que pode ser prévio ou posterior ao facto invasivo na vida privada, domicílio, correspondência ou nas telecomunicações, como assinala o Código de Processo Penal - Comentários e Notas Práticas, dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, página 329.

[13] Embora a sanabilidade referida seja apenas pelo consentimento do titular do direito, note-se bem, nunca pelo decurso de um qualquer prazo de arguição (sem prejuízo do recurso de revisão, **ex vi** do art.º 449.º, n.º 1, alínea e) do Código de Processo Penal), como acontece com as nulidades do art.º 120.º do Código de Processo Penal, como, salvo melhor opinião, erradamente se decidiu nos Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-09-2006, no processo n.º 2257/06, publicado na Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano de 2006, tomo III, página 189 e desta Relação do Porto, de 27-01-2010, no processo n.º 896/07.5JAPRT.P1, publicado em <http://www.dgsi.pt>. É que o art.º 126.º, n.º 3 do Código de Processo Penal expressamente exige o consentimento do titular do direito para que a nulidade se sane enquanto que os art.os 120.º e 121.º desse diploma legal se bastem com a não arguição e o decurso do prazo para que as nulidades aí referidas se sanem, o que é algo manifesta e substancialmente diferente: ali, exige-se uma acção para validar o acto nulo, sob pena dele se manter inválido; aqui, uma inacção durante certo tempo para atingir fim contrário. Por outras palavras, nada se fazendo no primeiro caso, o acto é nulo; nada se fazendo no segundo, o acto torna-se válido.

[14] Prof. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição, página 319. Pelo que na proibição relativa de prova também pode o seu titular renunciar a argui-la, desde que o faça expressamente, como se refere no Código de Processo Penal, Comentários e Notas Práticas, dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, página 329.

[15] Neste sentido, cfr. o Prof. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição, página 320 e o Código de Processo Penal - Comentários e Notas Práticas, dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, páginas 324 e 325.

- [16] Código de Processo Penal - Comentários e Notas Práticas, dos Magistrados do Ministério Público do Distrito Judicial do Porto, página 324. Ou pelo menos nalguns casos, como refere o Prof. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição, página 320.
- [17] Prof. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, 3.ª edição, página 321.
- [18] Popularizadas por SMS, acrónimo anglófono para Short Message Service (Serviço de Mensagem Curta).
- [19] A denominação SIM é uma sigla inglesa para Subscriber Identity Module (Módulo de Identificação do Assinante).
- [20] Assim foi no caso dos já citados Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-09-2006, no processo n.º 2257/06, publicado na Colectânea de Jurisprudência - Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, ano de 2006, tomo III, página 189 e desta Relação do Porto, de 27-01-2010, no processo n.º 896/07.5JAPRT.P1, publicado em <http://www.dgsi.pt>, como também foi nos Acórdãos da Relação de Lisboa, de 29-03-2012, no processo n.º 744/09-1S5LSB-A.L1-9 e de 15-07-2008, no processo n.º 3453/2008-5 e da Relação de Guimarães, de 12-10-2009, no processo n.º 1396/08.1PBGMR-A.G1, estes também publicados em <http://www.dgsi.pt>.
- [21] Art.º 179.º do Código de Processo Penal.
- [22] Art.º 178.º do Código de Processo Penal.
- [23] O art.º 189.º, n.º 1 do Código de Processo Penal.
- [24] Assim se decidiu, por exemplo, no atrás citado Acórdão Relação do Porto, de 27-01-2010, no processo n.º 896/07.5JAPRT.P1, publicado em <http://www.dgsi.pt>.
- [25] Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro, em vigor desde 15-10-2009.
- [26] Art.º 1.º do citado diploma legal.
- [27] O art.º 11.º, n.º 1, alínea c) da citada Lei estendeu irrestritamente a aplicabilidade das suas disposições a todos os processos em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, sendo as únicas excepções os seus art.os 18.º e 19.
- [28] Art.º 15.º, n.º 1 da Lei do Cibercrime.
- [29] Art.º 1.º, alínea b) do Código de Processo Penal.
- [30] Art.º 15.º, n.º 3 da Lei do Cibercrime.
- [31] Art.º 17.º da Lei do Cibercrime.
- [32] Art.º 15.º, n.º 3, alínea a) da Lei do Cibercrime.
- [33] Art.º 15.º, n.º 3, alínea b) da Lei do Cibercrime.
- [34] Neste sentido se pronunciou o Acórdão da Relação de Guimarães, de 29-03-2011, no processo n.º 735/10.0GAPTL-A.G1, publicado em <http://www.dgsi.pt>.

[35] A propósito desta última conclusão importa ter presente o princípio segundo o qual **ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus**.