

Tribunal da Relação do Porto

Processo nº 1957/19.6TXPRT-C.P1

Relator: JOÃO PEDRO PEREIRA CARDOSO

Sessão: 17 Maio 2023

Número: RP20230517/19.6TXPRT-C.P1

Votação: UNANIMIDADE

Meio Processual: RECURSO PENAL

Decisão: CONCEDIDO PROVIMENTO AO RECURSO INTERPOSTO PELO CONDENADO

EXECUÇÃO DA PENA

REGIME DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO

AUDIÇÃO PRESENCIAL DO CONDENADO

ASSISTÊNCIA OBRIGATÓRIA DO DEFENSOR

OMISSÃO

NULIDADE INSANÁVEL

FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO

IRREGULARIDADE

Sumário

I - Atentas as consequências que podem advir para o condenado, a decisão sobre o incumprimento da execução da pena em regime de permanência na habitação deve ser devidamente fundamentada, sob pena de irregularidade sanável (art.123º, nº1, do Código Processo Penal), não se bastando com a adesão remissiva dos argumentos do Ministério Público, ainda que dados como reproduzidos.

II - Tal decisão é sempre precedida de audiência presencial do condenado com assistência obrigatória de Defensor, sob pena de nulidade insanável (art.119º, al.c), do Código Processo Penal), ainda que o condenado falte a esse ato, dadas as consequências da sua ausência injustificada.

Texto Integral

Processo: 1057/19.6TXPRT-C.P1

Acordam, em conferência, na 2ª Secção Criminal do Tribunal da

Relação do Porto

1. Relatório

No âmbito do processo nº1057/19.6TXPRT-C, no âmbito do Incidente de Incumprimento (Lei 115/2009) que corre termos pelo TEP do Porto, foi proferido despacho que:

- revogou o regime de execução na habitação, com vigilância electrónica, da pena de prisão em que AA foi condenado no processo 10/16.6PBBGC, do Juízo Local Criminal de Bragança e determinou que seja cumprido em Estabelecimento Prisional o remanescente de tal pena, correspondente a 1 (um) mês e 19 (dezanove) dias (tempo correspondente ao período compreendido entre 07/10/2021, data da interrupção voluntária do cumprimento da pena, e 26/11/2021, data inicialmente prevista para o termo do cumprimento).

*

Inconformado com a decisão, o arguido interpôs recurso com os fundamentos descritos na respetiva motivação e contidos nas seguintes

“conclusões”, que se transcrevem:

1. O Despacho recorrido é nulo, desde logo porque se baseia numa promoção do MP que não foi notificada ao Arguido.
2. Tendo sido, por isso, violado o seu direito ao contraditório nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 32º da CRP.
3. Não tendo tido o Arguido conhecimento do conteúdo da referida promoção;
4. Nem lhe tendo sido dada a oportunidade de se pronunciar sobre os argumentos vertidos na mesma;
5. Muito menos, de requerer prova a esse respeito.
6. Pelo que, à semelhança do já decidido pela Relação de Coimbra no Acórdão de 30.09.2020 (Alcina da Costa Ribeiro), a falta de notificação da promoção do MP constitui uma nulidade insanável, nos termos da al. c) do artigo 119º do CPP;
7. Nulidade essa que se vai repercutir na decisão proferida, contaminando-a com a preclusão dos direitos de defesa do arguido, inutilizando-a.
8. Devendo o Despacho recorrido ser anulado e notificado o Arguido da promoção do MP, para sobre esta se poder pronunciar e requerer o que lhe aprouver em sua defesa.

9. Mais ainda, a Decisão recorrida indefere a nulidade insanável arguida pela Defesa, sem se pronunciar sobre a argumentação esgrimida por esta última.
10. Limitou-se, outrossim, a remeter para argumentação exposta pelo MP a

09.01.2023 no Despacho com a Ref.^a 5522275.

11. Escudando a sua não-pronúncia no princípio da economia processual.

12. E remetendo, para além disso, para um Despacho do MP da qual a Defesa não tinha conhecimento, porquanto este não lhe foi notificado.

13. Ora, o princípio da economia processual dá poderes ao juiz de gestão processual, que incluem a possibilidade de contornar formalidades que entenda desnecessárias, com vista à celeridade e boa decisão da causa.

14. No entanto, este princípio não é absoluto - nem pode ser usado de forma indiscriminada.

15. Muito menos podendo ser invocado para contornar imposições legais, cuja violação a lei comina com nulidade.

16. Tal é o caso do dever de fundamentação da sentença, previsto no n.º 2 do artigo 374º, e na al. a) do n.º 1 do artigo 379º, ambos do CPP.

17. As referidas normas exigem que a Sentença contenha uma exposição dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão - sob pena de nulidade.

18. Sendo ainda legalmente exigido, sob pena de nulidade, que a Sentença se pronuncie sobre as questões que devesse apreciar (cfr. artigo 379º, n.º 1, al. c) do CPP).

19. Ora, *in casu*, estes requisitos não se verificam.

20. Pelo que a Decisão recorrida é também nula, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 374º e das als. a) e c) do n.º 1 do artigo 379º, todos do CPP.

21. Pretende o Arguido também recorrer da decisão de indeferimento da nulidade insanável por si invocada no articulado com a Ref.^a *Citius* 44303493.

22 Primeiramente, porque entende que esta decisão é violadora do princípio da culpa;

23. Sendo o direito à audiência pessoal do Arguido uma das garantias de defesa em processo penal (cfr. artigo 59º, n.º 1 do CPP);

24. Especialmente porque está em causa uma decisão de executar ou não uma pena de prisão, o que implicará sempre uma restrição ao núcleo essencial do seu direito à liberdade (cfr. artigo 27º CRP); 25. E que o Arguido tem direito a ser ouvido, sob pena de violação do direito a uma tutela jurisdicional efetiva, previsto no artigo 6º da CEDH;

26. Também por força das garantias constitucionais previstas nos artigos 26º, n.º 4 e 32º, n.º 1 da CRP.

27. Mas, para além disso, o Tribunal agiu mal por não ter diligenciado de forma prática e racional para ouvir o Arguido.

28. Este incidente iniciou-se com um alerta informático gerado pela retirada da pulseira eletrónica;

29. Após o qual, alegadamente, o Arguido teria deixado um bilhete dizendo que tinha fugido para Espanha.

30. Ora, apesar de haver indícios da presença daquele no país vizinho, nunca foram alertadas as autoridades espanholas ou a EUROPOL, nem foi emitido mandado de captura internacional.

31. Para além de que houve uma confusão dos OPC relativamente á morada para onde deveriam notificar o Arguido;

32. Tendo andado à procura deste, durante mais de um ano, na morada errada.

33. Dispõe o CPP que, caso não haja informações sobre o paradeiro do Arguido, este é representado por Defensor (cfr. artigo 196º, n.º 5, al. e) do CPP);

34. No entanto, neste caso, o Defensor não esteve presente na audição daquele.

35. Pelo que não se pode considerar que estivesse validamente representado em juízo.

36. O artigo 154º, n.º 4 da CEMPL tem de ser interpretado de forma harmoniosa com os princípios instrumentais de processo penal, bem como as normas e garantias constitucionais aplicáveis.

37. Termos em que há nestes autos uma nulidade insanável por ausência do Arguido (e Defensor), nos termos da al. c) do artigo 119º do CPP.

38. Termos em que devem ser reconhecidas e declaradas as invocadas nulidades, ordenando-se a revogação da decisão em crise e a remessa dos autos para repetição do processado em falta.

*

O recurso foi admitido para subir nos próprios autos, de imediato e com efeito não suspensivo.

*

O Ministério Público, em primeira instância, apresentou resposta, defendendo a improcedência do recurso e a manutenção da decisão recorrida.

*

O Exmo Senhor Procurador-Geral Adjunto, neste Tribunal, emitiu parecer no sentido da anulação da audição realizada sem a presença de defensor constituído ou de qualquer outro, com a conseqüente anulação da decisão recorrida e demais atos desta dependentes.

*

Foi cumprido o disposto no art.º 417.º, n.º 2, do Código de Processo Penal, após o que se procedeu ao exame preliminar e foram colhidos os vistos, seguindo o processo para conferência.

*

2.- Fundamentação

É pelo teor das conclusões que o recorrente extrai da motivação, onde sintetiza as razões de discordância com o decidido e resume o pedido (art.º 412.º, n.º 1 e 417.º, n.º 3, do CPP), que se delimita o objeto do recurso e se fixam os limites do horizonte cognitivo do Tribunal Superior, sem prejuízo das questões que devem ser conhecidas oficiosamente, como sucede com os vícios a que alude o art.º 410.º, n.º 2 ou o art.º 379.º, n.º 1, do Código Processo Penal.

Questões a decidir

As questões a conhecer consistem em saber se a decisão que revoga o regime de permanência na habitação e determinou o cumprimento do remanescente da pena em estabelecimento prisional:

- é nula por violação do princípio do contraditório (art.32º, nº5, da C.R.P.), já que o arguido alega que não teve conhecimento nem oportunidade de se pronunciar sobre a promoção que antecedeu aquela revogação a respeito da sua arguição;

- é nula por falta de fundamentação da decisão que indeferiu a arguição de nulidade (previsto no n.º 2 do artigo 374º, e na al. a) do n.º 1 do artigo 379º, ambos do Código Processo Penal), ao limitar-se a remeter para a promoção do Ministério Público sobre aquela arguição, sem que lhe tivesse sequer dado conhecimento da mesma;

- é nula por preterição do direito de audiência pessoal do Arguido (cfr. artigo 59º, n.º 1 do CPP), especialmente quando está em causa uma decisão de executar ou não uma pena de prisão (cfr. artigo 27º CRP), sem que lhe tivesse sido nomeado defensor para o ato, atenta a falta daquele que lhe estava nomeado (artigo 154º, n.º 4 da CEMPL), o que se reconduz à nulidade insanável por ausência do Arguido (e Defensor), nos termos da al. c) do artigo 119º do CPP.

-

Delimitado o thema decidendum, importa conhecer

as ocorrências processuais em que assenta a decisão recorrida:

O condenado AA vinha cumprindo uma pena de 2 (dois) anos de prisão, em regime de permanência na habitação, no âmbito do processo 10/16.6PBBGC. O condenado iniciou o cumprimento da pena no dia 26/11/2019, tendo sido liquidado o seu termo para o dia 26/11/2021.

Tendo a Equipa de vigilância electrónica da Direcção-Geral de Reinserção Social e Serviços Prisionais remetido aos autos, em 07/10/2021, relatório de incidentes, dando conta de que o condenado se ausentou do local de vigilância sem autorização nesse dia 07/10/2021, retirando o DIP (dispositivo de identificação pessoal, vulgo “pulseira electrónica”), iniciou-se incidente de

incumprimento, sendo o presente apenso instruído, para além do mais, com a pertinente certidão e com os relatórios de incidentes elaborados pelos Serviços da EVE da DGRSP.

Foi designado o dia 27/10/2022, para audição do condenado, mas o mesmo não compareceu, apesar de notificado na morada de cumprimento da pena (cfr. documentos de 13-10-2022 [1025793], 21-10-2022 [5403912] e 02-11-2022 [1029495]; auto de 27-10-2022 [5415291]).

Também o respetivo Defensor não compareceu nesse ato, tendo comunicado previamente o motivo da sua falta.

Nesse auto de 27-10-2022 a Mma. Juiz determinou que se aguardasse comprovativo da notificação do arguido, após o que deu por encerrada a diligência, com conhecimento ao Defensor da verificada ausência do arguido (Referência: 5415291 Data: 27-10-2022, Incidente de Incumprimento (Lei 115/2009) 1057/19.6TXPRT-C).

Junto aos autos o comprovativo dessa notificação (Referência: 5403912), o arguido jamais justificou a falta à referida diligência.

De imediato, os autos foram com vista ao Ministério Público, o qual em 25-11-2022 [ref.5453228], se pronunciou pela revogação do regime de cumprimento da pena de prisão em permanência na habitação, emitindo o seguinte parecer:

“O comportamento do condenado é, desde logo, violador do dever que sobre o mesmo recai de permanecer no local onde é exercida a vigilância electrónica, pois ausentou-se do mesmo para paradeiro desconhecido, eximindo-se assim de forma dolosa ao cumprimento da pena e da vigilância electrónica (cfr. art. 6, al. a), da Lei n.º 33/2010, de 02/09), sendo que, tal comportamento, pela sua gravidade, exige que se revogue a execução da pena de prisão em regime de permanência na habitação, nos termos do disposto no art. 222-D, n.º 5, do CEPML, art. 14, alíneas b) e c), da citada Lei n.º 33/2010 e 44, n.º 2, do Código Penal, o que se promove”.

Em 5.12.2022 (Referência: 5461283) foi ordenada a notificação do Defensor do arguido para, querendo, se pronunciar sobre essa promoção.

Na sequência respondeu o Defensor do arguido em 4.01.2023 [1042199] pugnando pela audição presencial do condenado, no respeito pela garantia de defesa do arguido (art.59º, nº1, al.b), do Código Processo Penal), exercício de uma tutela jurisdicional efetiva (cfr. artigo 6º da CEDH) e o próprio princípio do contraditório (n.ºs 4 do artigo 27º, e n.º 1 do artigo 32º da C.R.P.), sob pena de se incorrer em nulidade insanável, nos termos do disposto na al. c) do artigo 119º do CPP.

Termina requerendo que se agende nova data para audição do arguido e emita um mandado de condução do mesmo para se apresentar em Tribunal no dia e

hora fixados, pese embora ser desconhecido, nesse momento, o paradeiro do Arguido.

Ao referido requerimento do arguido respondeu o Ministério Público em 9.01.2023 (ref.5522275) nos seguintes termos:

“Fls. 82/4: Vem o condenado requerer se designe nova data para a sua audição, nos termos do disposto no art. 312, do C.P.P. e se emitam mandados de condução para se apresentar em juízo no dia e hora fixados, nos termos do disposto no art. 257, n.º 1, al. a), e 258, ambos do C.P.P.

Para tanto, refere ser essencial a sua audição, por estar em causa o princípio do contraditório, as garantias previstas na Constituição (artigos 27, n.º 4 e 32, n.º 1) e uma nulidade insanável (art. 119, al. c), do C.P.P.).

O que está em causa é a audição do condenado no incidente instaurado em consequência do incumprimento/violação do regime de permanência na habitação.

Nos termos do estatuído no art. 154, do CEPMPL, o Código de Processo Penal só é aplicável de forma subsidiária.

Ora, nos termos do disposto no art. 222-D, n.º 3, do CEPMPL, o incidente inicia-se com a autuação ..., aplicando-se correspondentemente o disposto no art. 185.

Nos termos do n.º 4 deste último preceito legal, a falta injustificada do condenado vale como efectiva audição para todos os efeitos legais.

Salvo o devido respeito, não se aplicam, pois, ao presente caso, as disposições referidas do C.P.P..

E, como resulta claramente dos autos, o condenado foi notificado para a diligência em causa, à qual faltou sem apresentar qualquer justificação - cfr. fls. 75 e v., 76/7 e 78.

Face ao exposto, o condenado teve todas as oportunidades legalmente concedidas e cumpridas pelo tribunal para ser ouvido, não ocorrendo, pois, qualquer nulidade, mormente as invocadas. Promovo assim se indefira o requerido”.

-

Seguidamente foi proferido a seguinte decisão recorrida:

“Resulta do processado que AA vinha cumprindo uma pena de 2 (dois) anos de prisão, em regime de permanência na habitação, no âmbito do processo 10/16.6PBBGC. O condenado iniciou o cumprimento da pena no dia 26/11/2019, tendo sido liquidado o seu termo para o dia 26/11/2021.

Tendo a Equipa de vigilância electrónica da Direcção-Geral de Reinserção Social e Serviços Prisionais remetido aos autos, em 07/10/2021, relatório de incidentes, dando conta de que o condenado se ausentou do local de vigilância

sem autorização nesse dia 07/10/2021, retirando o DIP (dispositivo de identificação pessoal, vulgo “pulseira eletrônica”), iniciou-se incidente de incumprimento, sendo o presente apenso instruído, para além do mais, com a pertinente certidão e com os relatórios de incidentes elaborados pelos Serviços da EVE da DGRSP.

Foi designado o dia 27/10/2022, para audição do condenado, mas o mesmo não compareceu, apesar de notificado na morada de cumprimento da pena (cfr. documentos de 13-10-2022 [1025793], 21-10-2022 [5403912] e 02-11-2022 [1029495]; auto de 27-10-2022 [5415291]).

O Ministério Público pronunciou-se pela revogação do regime de cumprimento da pena de prisão em permanência na habitação, nos termos de 25-11-2022 [5453228].

Veio a Defesa alegar, a 04-01-2023 [1042199] (cfr. também 06-01-2023 [1042710]) que ocorreria nulidade insanável da decisão, se esta fosse proferida sem prévia audição do condenado, para o efeito devendo ser designada nova data e emitido mandado de condução.

Relativamente à alegada invalidade, por concordância e por economia processual, dá-se por reproduzida a argumentação exposta pelo Ministério Público a 09-01-2023 [5522275], para concluir pela improcedência da respectiva arguição.

Não se verificam outras exceções ou questões que cumpra apreciar com precedência relativamente à decisão de mérito, para a qual relevam os factos de seguida enunciados, resultantes das certidões recebidas do processo da condenação e dos relatórios e informações recebidas da EVE da DGRSP (constantes do presente apenso e do apenso A).

1. AA cumpria o remanescente da pena de 2 (dois) anos de prisão, em regime de permanência na habitação, em que foi condenado no processo

10/16.6PBBGC, do Juízo Local Criminal de Bragança, na sequência da revogação da substituição da prisão por trabalho a favor da comunidade
2. Iniciou o cumprimento da pena, em Estabelecimento Prisional, no dia 26/11/2019.

3. Após reabertura da audiência para aplicação retroactiva de lei penal mais favorável, por decisão proferida em 24.02.2020, foi determinado o prosseguimento do cumprimento da pena em regime de permanência na habitação (no espaço físico da residência e durante 24h/dia), com fiscalização por meios técnicos de controlo à distância, com a condição de o condenado manter-se abstinente do consumo de substâncias estupefacientes e manter acompanhamento médico regular.

4. Foi autorizado que o condenado “se ausente da sua residência com vista a

consultas médicas, tratamentos e similares, renovação de documentos, comparência a atos judiciais e diligências previamente agendadas ou programadas, devendo, contudo, previamente comunicar as mesmas, nos termos dos seus deveres legais, aos serviços de reinserção social que, por seu turno, para além de antecipadamente as comprovarem devidamente, também em termos de necessidade real e efetiva, exercendo ainda a adequada fiscalização, as devem comunicar ao tribunal”.

5. Logo foi o condenado advertido para os deveres decorrentes do regime de execução da pena, designadamente os de permanecer no local onde é exercida vigilância eletrónica; responder aos contactos dos serviços de reinserção social, nomeadamente por via telefónica; abster-se de qualquer acto que possa afectar o normal funcionamento dos equipamentos de vigilância eletrónica.

6. No dia 25.02.2020, prosseguiu o condenado o cumprimento da pena na residência, sita na Rua ..., ..., Bragança, nessa data sendo instalados os equipamentos de vigilância electrónica.

7. Nessa mesma data, subscreveu documento em que assume o seguinte: “1. fui informado do meu HORÁRIO DE PERMANÊNCIA NA HABITAÇÃO e percebi que não posso sair de casa, exceto nos dias assinalados no quadro seguinte e para os efeitos que foram autorizados;

2. recebi o “guia do arguido/condenado sujeito a vigilância eletrónica” que me foi entregue hoje e percebi as condições de execução da vigilância eletrónica;

3. fui informado e percebi que não posso ter voice-mail, internet, reencaminhamento de chamadas, chamadas em espera e quaisquer outros serviços telefónicos associados à linha telefónica da vigilância eletrónica;

4. fui informado e percebi que se houver violação das obrigações acima referidas, posso ver a pena/medida revogada, podendo ser preso/a;

5. comprometo-me a cumprir integralmente as regras de utilização do dispositivo de identificação pessoal (pulseira) e da unidade de monitorização local (caixa);

6. se for o meu caso, autorizo a instalação e posterior remoção de uma linha telefónica fixa a pedir à PT pela empresa privada que presta à DGRS os serviços de monitorização eletrónica, exclusivamente para efeitos de vigilância eletrónica, e que me comprometo a estar presente para se proceder à sua instalação e desinstalação; se não puder estar presente comprometo-me a garantir a presença de um coabitante para esse efeito;

7. assumo a responsabilidade pelos danos causados nos equipamentos por ato por mim praticado ou de qualquer pessoa que viva comigo.

8. No dia 16set20, o condenado saiu em período de restrição, sem estar autorizado, das 18.41 h às 18.54 h; contactado pela EVE, informou que tem uma horta e um galinheiro junto à casa e julgou que podia ir até essa zona.

9. No dia 19nov20, o condenado saiu em período de restrição das 11.39 h às 11.51 h e mais uma vez disse que estava a ajudar o pai a plantar umas couves e que talvez se tenha afastado ligeiramente, pedindo desculpas.

10. No dia 20set21 teve saídas não autorizadas de curta duração e sequenciais, tendo então alegado que estava a consertar uma viatura frente à sua habitação e que estava convencido que podia aí estar.

11. No dia 05out21 saiu, das 10.42 horas às 10.47 horas e das 10.48 horas; quando contactado disse que estava à porta de casa a falar com um amigo e que se teria afastado inadvertidamente de casa,

12. No dia 07/10/2021, a partir das 9.12 horas, retirou a “pulseira electrónica” e saiu de casa aí deixando um bilhete dizendo que ia viver para Espanha.

13. Desde então, é desconhecido o seu paradeiro.

O RVE (regime legal da utilização de meios técnicos de controlo à distância (vigilância electrónica) – Lei n.º 33/2010, de 02.09), prevê, designadamente: No artigo 6º:

“Recaem sobre o (...) condenado os deveres de:

a) Permanecer nos locais onde é exercida vigilância electrónica durante os períodos de tempo fixados;

(...)

g) Apresentar justificação das ausências que ocorram durante os períodos de vigilância electrónica;

h) Abster-se de qualquer acto que possa afectar o normal funcionamento dos equipamentos de vigilância electrónica;

(...)”

No artigo 14º:

“Sem prejuízo do disposto no Código Penal, no Código de Processo Penal e no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, a decisão que fixa a vigilância electrónica é revogada quando:

(...)

b) O arguido ou condenado danificar o equipamento de monitorização, com intenção de impedir ou dificultar a vigilância, ou, por qualquer forma, iludir os serviços de vigilância ou se eximir a esta;

c) O arguido ou condenado violar gravemente os deveres a que está sujeito.”

Estabelece o artigo 44º, n.º 1, al. a), e n.º 3, do Código Penal que:

“O tribunal revoga o regime de permanência na habitação se o condenado infringir grosseira ou repetidamente as regras de conduta, o disposto no plano de reinserção social ou os deveres decorrentes do regime de execução da pena de prisão” e “a revogação determina a execução da pena de prisão ainda não cumprida em estabelecimento prisional”.

Perante a factualidade atrás enunciada, é manifesto o reiterado

incumprimento pelo condenado dos deveres a que ficou sujeito para cumprimento da pena de prisão na habitação e é também inequívoco que danificou o equipamento de monitorização, e que o fez com intenção se eximir à vigilância e ao cumprimento da pena (a partir do dia em que retirou o DIP, 07/10/2022, não mais se deixou contactar ou localizar).

Considerado o exposto e tendo ainda presente o disposto no artigo 222º-D do Código de Execução das Penas, revoga-se o regime de execução na habitação, com vigilância electrónica, da pena de prisão em que AA foi condenado no processo 10/16.6PBBGC, do Juízo Local Criminal de Bragança e determina-se que seja cumprido em Estabelecimento Prisional o remanescente de tal pena, correspondente a 1 (um) mês e 19 (dezanove) dias (tempo correspondente ao período compreendido entre 07/10/2021, data da interrupção voluntária do cumprimento da pena, e 26/11/2021, data inicialmente prevista para o termo do cumprimento)”.

--

Cumpre apreciar

Vistas as relatadas ocorrências processuais, o Defensor do arguido teve oportunidade de se pronunciar sobre a promoção do Ministério Público para modificação da execução da pena, como aliás o fez.

No mais, não assistia ao arguido o direito de responder à resposta do Ministério Público ao requerimento daquele para nova marcação de audição. No limite, a pretensa violação do princípio do contraditório decorre - isso sim - da falta de audição pessoal obrigatória do arguido.

A questão colocada consiste em saber se a obrigação de ouvir o condenado imposta pelo nº2 a 4, do art.185, ex vi art.222º-D, nº3, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, se basta com a notificação do próprio e/ou do seu defensor para se pronunciarem ou, diferentemente, impõe a audição pessoal do condenado.

A resposta a esta questão centra-se na forma legalmente exigida para a efetivação do princípio do contraditório, constitucionalmente consagrado no artigo 32º nº 5 da Constituição da República Portuguesa, e também nos artigos 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e 10º da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Esse princípio, que se afirma em todo o processo penal enquanto garante do seu carácter bilateral e do equilíbrio das partes em confronto, impõe que qualquer decisão judicial, ainda que interlocutória ou recorrível, só seja proferida depois de o sujeito processual contra a qual é dirigida poder contestar, discutir e valorar o respetivo objeto.

Atentas as várias situações em que o princípio do contraditório se impõe, a sua efetivação não tem sempre as mesmas formalidades e exigências, sendo o

respetivo grau de amplitude naturalmente proporcional ao tipo de consequências que podem advir para a parte da respetiva decisão judicial a proferir.

A concretização do princípio do contraditório não tem que assumir a mesma forma em todos os atos processuais e deve ter em conta a gravidade da decisão que venha a ser proferida, aferida pelos seus efeitos, na sequência da audição a que a autoridade judiciária proceda.

Desde a simples notificação do arguido (ou outro sujeito processual) para que se pronuncie querendo, por escrito, no prazo que lhe for concedido, até à possibilidade de exposição de razões que é conferida ao arguido, na oralidade e imediação, com assistência de defensor, em audiência. Aqui, o contraditório exerce-se também através de um direito de presença (entre outros o acórdão Plenário do Supremo Tribunal de Justiça n.º 7/2015, de 25 de maio de 2015, in [Diário da República n.º 100/2015, Série I de 2015-05-25](#)).

No caso concreto, dado que o incidente de incumprimento podia, como aconteceu, legalmente determinar a alteração do regime de execução da prisão, é incontroverso que a decisão final do incidente contende diretamente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, no caso o direito à liberdade e segurança (art.27º, da C.R.P.). Haverá de se reconhecer que cumprir a pena na habitação representa uma mudança qualitativa relativamente ao seu cumprimento em estabelecimento prisional.

Ora, uma decisão deste tipo e importância tem de ser necessariamente precedida de um contraditório o mais eficaz possível, que possibilite ao condenado uma efetiva e real possibilidade do exercício de defesa e pronúncia na discussão dos seus argumentos e eventual comprovação dos motivos dos pressupostos da modificação da execução da pena.

Por assim ser, a decisão final do incidente de incumprimento não se compadece com a mera notificação prévia (audição processual) para o condenado sobre tal se pronunciar por escrito.

O contraditório presencial, com audiência prévia pessoal do condenado, é o único proporcional às possíveis consequências da decisão judicial que contra ele pode ser tomada, conforme impõe com clareza o nº2 a 4, do art.185, ex vi art.222º-D, nº3, ambos do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

A falta de audição presencial integra a nulidade insanável prevista no artigo 119º, alínea c) do Código de Processo Penal: «A ausência do arguido ou do seu defensor, nos casos em que a lei exigir a respetiva comparência», que é de conhecimento oficioso do Tribunal.

Tal vício, a ocorrer, determina a invalidade do respetivo ato e do despacho recorrido que determinou o cumprimento efetivo da prisão, devendo ser

substituído por outro que designe data para audição do condenado, com notificação também do defensor, assim se habilitando o tribunal a proferir a decisão sobre o regime de cumprimento da pena que, então, se impuser. Retomando o caso concreto, o tribunal a quo indeferiu a audição presencial do arguido, a pedido deste, dando apenas “por reproduzida a argumentação exposta pelo Ministério Público a 09-01-2023 [5522275], para concluir pela improcedência da respectiva arguição”.

Repare-se que, na ocasião, o arguido ainda não tinha arguido qualquer nulidade, antes e só requerido nova marcação para a sua audição.

No incidente de incumprimento em causa (art.222-D, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade) não está consagrada a permissão legal de se remeter, sem mais, para os fundamentos do despacho do Ministério Público.

A prolação de despachos judiciais por mera remissão para a promoção do M^o. P^o., só muito excecionalmente cumpre as exigências do dever constitucional e legal de fundamentação, consagrados nos arts. 205^o da CRP e 97^o n^o 5 do Código Processo Penal.

O indeferimento da pretensão do arguido com fundamento numa simples adesão à promoção do M^o. P^o., através da fórmula «pelas razões invocadas pelo M^o. P^o. que aqui se dão por reproduzidas», ou outra de sentido equivalente, não satisfaz minimamente as exigências constitucional e legal da fundamentação, mormente quando se trate de apreciar e decidir questões que envolvem direitos, liberdades e garantias, como é o caso

Como se pode ler no ac RL 20-11-2019 (processo 546/18.4TELSB-A.L1-) www.dgsi.pt, *“a simples adesão aos argumentos do M^o. P^o. não corresponde às exigências de motivação, completude e objectivação, de forma clara e inteligível, das razões de facto e de direito que justificam a solução jurídica adoptada, suficientemente reveladoras de um juízo autónomo, crítico e pessoal do Juiz, nem exprime uma decisão que resulte da comparação dialéctica dos vários argumentos em conflito, tanto os invocados pelo arguido, como os aduzidos pelo M^o. P^o., e de cujo texto transpareça, de forma inequívoca, que o julgador, depois de ter ajuizado da pertinência, da relevância factual e jurídica de uns e de outros, de forma imparcial e equidistante, tomou uma decisão da sua própria autoria e não por simples escolha acrítica, ou, pelo menos, não objectivada numa explicação inteligível para os seus destinatários e para as autoridades judiciárias de recurso, sobre as razões por que entendeu que a argumentação de um ou de outro sujeito processual é a mais acertada para a solução da questão colocada à apreciação jurisdicional”*.

Ora, a decisão recorrida, além de não conhecer do pedido apresentado pelo condenado para que se agendasse nova data para audição do arguido e

emitisse um mandado de condução do mesmo para se apresentar em Tribunal no dia e hora fixados (conforme requerimento de 4.01.2023 [ref.1042199]), acabou por cometer excesso de pronúncia, já que nenhuma nulidade estava expressamente arguida, antes e só a invocação desse vício sobrevir ao indeferimento do requerido, caso a decisão fosse proferida sem prévia audição do condenado.

De qualquer modo, a decisão assim proferida, remetendo apenas para a argumentação do Ministério Público, naturalmente por se afirmar concordar com a mesma, não deferiu o requerido e conheceu do incidente de incumprimento com a modificação da execução da pena de prisão.

O despacho assim fundamentado, em matéria de indiscutível relevância para o ora recorrente, ao limitar-se a remeter para promoção antecedente, não revela que tal remissão haja correspondido ao exercício de uma ponderação própria e autónoma efetuada pelo juiz, exigência de um processo equitativo.

A adesão acrítica à posição do Ministério Público deixa sem resposta as razões que foram aduzidas pelo recorrente, pelo que por falta de fundamentação desse despacho, o mesmo está ferido de irregularidade, já que tratando-se de um ato decisório, que devia ter sido fundamentado (art.146º, nº1, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, art.205º, nº1, da C.R.P. e art.97º, nº5, da Código Processo Penal), não equivale a uma sentença. Ao invés do que estabelece o art.380º, nº3, para a correção de erros, aplicável aos despachos, o art.379.º, n.º 1, do CPP, é exclusivo das sentenças quanto à cominação das nulidades ali previstas.

Relativamente aos vícios dos atos jurisdicionais - diferentes da sentença - são aplicáveis as regras gerais e, portanto, só são nulos quando essa cominação estiver expressamente prevista na lei.

Consabidamente, em processo penal vigora o princípio da legalidade, segundo o qual, “a violação ou a inobservância da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei” (art. 118º, n.º 1 do Código Processo Penal), o que inviabiliza o recurso à aplicação analógica das normas relativas a nulidades insanáveis ou sanáveis, designadamente a do cit. art.379º, nº1, dado o princípio da tipicidade ou taxatividade daquelas e a sua natureza excecional [1].

Nos casos em que a lei não cominar expressamente a nulidade, o ato ilegal é irregular - art. 118º, nº2, do CPP.

Assim, dado que não existe, no caso, qualquer preceito legal a cominar a nulidade dos despachos, por omissão de pronúncia, estamos perante uma mera irregularidade - art. 123º, nº1, do CPP.- cfr. RP 28-10-2020 (Élia São Pedro) www.dgsi.pt.

Nos termos do art. 123º, nº1 do CPP, qualquer irregularidade do processo

deve ser arguida pelo interessado no próprio ato ou, se a este não tiver assistido, nos três dias seguintes a contar daquele em que tiver sido notificado para qualquer termo do processo ou intervindo em algum ato nele praticado [2].

Deste modo, não tendo aquele vício sido regular e tempestivamente arguido perante o tribunal a quo, nos termos e prazo previstos no n.º 1 do art. 123º do CPP, o mesmo ficou sanado.

A verdade é que, tal como vemos defendido no parecer do Exmo Senhor Procurador-Geral Adjunto, a audiência formal do condenado não pode considerar-se como válida e eficazmente realizada (auto de 27-10-2022 [5415291]) quando o arguido ali não esteve sequer representado por Defensor, como era legalmente obrigatório.

No incidente de incumprimento do regime de permanência na habitação é obrigatória a assistência de defensor, como se extrai do artigo 176º, nº1, 185º, nº 2 e 3, ex vi nº3, do art.222º-D, ambos do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, conjugado com o art.64º, nº1, al.h), do Código Processo Penal.

Repare-se que o Defensor sempre poderia ter sido notificado das informações obtidas e requerer as diligências que reputasse necessárias, entre elas as tendentes à justificação da falta do condenado, de modo a evitar a consequência prevista no art.185, nº4, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, independentemente do que informalmente aquele possa ter adiantado a esse respeito (por telefone), conforme consta do respetivo auto.

A falta de Defensor nesse ato, onde a ausência injustificada do condenado valeu como efetiva audiência para todos os efeitos legais (art.185º, nº4, ex vi art.222º-D, ambos do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), constitui uma nulidade insanável prevista no art.119º, nº1, al.c), do Código Processo Penal ex vi art.154º, do Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade.

Não podia era o TEP prosseguir e concluir esse ato, atentas as legais consequências da falta do condenado, sem a nomeação de Defensor ou, não se justificando, sem interromper o ato de audiência do condenado, como ponderado numa hipótese semelhante tratada no Ac. R. de Lisboa de 20/03/2007, Proc. nº 1596/2007-5, citado no esclarecido parecer do Exmo Senhor Procurador-Geral Adjunto.

A consequência de se reconhecer a existência da invocada nulidade insanável, não obstante a falta de fundamentação, é a anulação da audiência realizada, sem a presença de defensor, e consequentemente da decisão recorrida e demais atos desta dependentes.

3. DECISÃO

Nesta conformidade, acordam os juízes desta Segunda Secção Criminal do Tribunal da Relação do Porto em conceder provimento ao recurso interposto pelo condenado e em consequência declarar a nulidade da audiência formal do arguido correspondente ao auto de 27-10-2022 [ref.5415291] e dos atos subsequentes que dela dependeram designadamente a decisão recorrida com todas as consequências dela decorrentes.

Sem custas.

-

Solicite a imediata devolução, sem cumprimento, de todos os mandados de detenção e condução pendentes contra o condenado, com conhecimento de que de momento deixou de interessar a captura do condenado.

-

Por referência à certidão ordenada na parte final da decisão recorrida de 9.01.2023 (Referência: 5524008), comunique o presente acórdão ao DIAP - Porto.

-

Notifique.

(Elaborado e revisto pelo relator - art. 94º, nº 2, do CPP - e assinado digitalmente).

-

Porto, 7 de maio de 2023

João Pedro Pereira Cardoso

Raúl Cordeiro

Carla Oliveira

[1] cfr. Albuquerque, Paulo Pinto de. Comentário do Código de Processo Penal, 3ª ed., 2009, Universidade Católica Editora, anotação ao art.118, pg.298, e Conde Correia, Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais, BFDUC, Stydia Iuridica, 44, Coimbra Editora, pg.152, Conde Correia in Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Almedina, 2019, Tomo I, anot. art.118º, pg.1211.

[2] É verdade que o n.º 2 do art. 123º do CPP permite a reparação oficiosa de qualquer irregularidade, “no momento em que da mesma se possa tomar conhecimento”, mas tal preceito deve ser interpretado no sentido de que só é possível a reparação oficiosa de irregularidades ainda não sanadas.

De outro modo, lembra o ac RP 28-10-2020 (Élia São Pedro)

www.dgsi.pt, “transformar-se-iam as meras irregularidades em nulidades insanáveis (conhecíveis oficiosamente e a todo o tempo), contrariando frontalmente o disposto no artigo 119º, nº1 do CPP, segundo o qual as nulidades insanáveis são apenas as cominadas na lei como tal.