



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

Tribunal: Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal - Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Processo: 776/16.3JDLSB

Relator: BELMIRA RAPOSO FELGUEIRAS

Descritores: DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
PORNOGRAFIA DE MENORES
METADADOS
NULIDADE DA PROVA
PROIBIÇÃO DE PROVA
EFEITO À DISTÂNCIA

Data da Decisão: 15-12-2022

Sumário: I - A lei presume que a prática de atos sexuais em menor, com menor ou por menor de certa idade, prejudica o seu desenvolvimento global, e considera este interesse tão importante que coloca as condutas que o lesem ou ponham em perigo sob a tutela da pena criminal. Protege-se, pois, uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida, e apenas parcialmente autónoma, dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de ações sexuais bilaterais. O que está em causa não é somente a autodeterminação sexual, mas essencialmente, o direito do menor a um desenvolvimento físico e psíquico harmonioso, presumindo-se que este estará sempre em perigo quando a idade se situe dentro dos limites definidos pela lei. O tipo legal de pornografia de menores pode revestir, no que ora releva, qualquer ato que se enquadre nas modalidades caracterizadoras, correspondentes às diferentes alíneas do n.º 1 do art. 176.º, em que transparece uma escala de valoração, embora



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

punível de forma idêntica, desde a utilização de menor à detenção de materiais pornográficos com propósito legalmente definido.

II - Nos termos do disposto no artigo 374.º n.º 2 do Código de Processo Penal, deve o Tribunal indicar as provas que serviram para formar a sua convicção e proceder ao exame crítico das mesmas. No caso *sub judice* impõe-se a apreciação da questão suscitada relacionada à problemática de utilização dos metadados como meio de prova e, derradeiramente, os efeitos da declaração de nulidade/proibição da prova afetada intrinsecamente, na sequência da jurisprudência firmada pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 268/2022, de 19/04/2022, publicado no DR, 1.ª Série, de 03/06/2022, que declarou a inconstitucionalidade com força obrigatória geral dos artigos 4.º, 6.º e 9.º da Lei n.º 32/2008.

III - A não conformidade constitucional das referidas normas impõe, desta feita, que se proceda à compreensão da noção de metadados [ou dados sobre dados] e se avalie, no caso dos autos, se a problemática de recurso a estas fontes é influente na decisão a proferir sobre a matéria de facto.

IV - No caso dos autos, resulta inequívoco que apenas a obtenção de dados de base e de tráfego conservados pelas entidades fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas permitiu à investigação chegar à identificação do arguido FV como sendo o autor dos carregamentos e partilha de ficheiros com conteúdo de pornografia infantil e, em consequência, atribuir-lhe responsabilidade criminal, nos moldes descritos na acusação.

V - Muito mais do que mera questão da validade de formalismos ou dos procedimentos na obtenção e produção da prova (âmbito de aplicação das nulidades), as proibições de prova são limites intransponíveis à investigação criminal e à descoberta da verdade material e o maior reflexo da violação das proibições de prova é a de que essa proibição de valoração possa abranger outros meios de prova ou de obtenção de prova que se encontrem com a originalmente inválida, numa determinada relação ou conexão funcional, lógica ou valorativa.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

VI - Para se afirmar o efeito-à-distância é necessário que a prova secundária esteja em relação de conexão com a prova primária proibida. Por outras palavras, é necessário que o meio de prova derivado resulte do meio de prova viciado, que a prova derivada esteja em conexão de ilicitude com a prova primária proibida.

VII - Revertendo ao caso, a relação entre o *iter* de atos processuais levados a cabo no inquérito, a obtenção de dados conservados pelas operadoras de telecomunicações e pela MMMM e a realização das buscas domiciliárias à residência do arguido FV, torna evidente a existência de uma relação de conexão ou de causalidade construída (a tal conexão de ilicitude ou o nexo de dependência cronológica, lógica e valorativa) entre a prova resultante da obtenção de dados (prova primária proibida) e a prova resultante da busca domiciliária (prova secundária).

VII - A inadmissibilidade de valoração da prova tida por proibida, onde se apoiou a imputação da factualidade atribuída ao arguido determina, inexoravelmente, a sua absolvição pela prática dos ilícitos por que se mostrava acusado."



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

RELATÓRIO

Em processo comum e com intervenção do Tribunal Coletivo, o Ministério Público junto do DIAP de Lisboa, deduziu acusação contra:

FMMV, solteiro, nascido em nnnnnn, na freguesia de XXX, em XXX, filho de APCRV e de APSMV, residente na XXX, Bairro de XXX, XXX, XXX, possuidor do 11.º ano completo de escolaridade,

Imputando-lhe a prática em autoria material, na forma consumada e em concurso real e na forma continuada, nos termos do disposto nos artigos 14.º, n.º 1, 26.º e 30.º, n.º 1 do Código Penal:

. de 2553 (dois mil quinhentos e cinquenta e três) crimes de pornografia de menores, previstos e punidos pelas disposições conjugadas dos artigos 176.º, n.º 1, alíneas b) e d) e n.º 5 e n.º 7 e n.º 8 do Código Penal por referência ao artigo 177.º, n.º 7 do mesmo diploma legal. (crianças de idade inferiores a 14 anos de idade)

. de 13 (treze) crimes de pornografia de menores, previstos e no artigo 176.º, n.º 4 e n.º 8 do Código Penal (representações realistas).

*

Por despacho proferido em 16 de maio de 2022, o Juízo Central Criminal de Lisboa (J9) declarou-se incompetente, em razão do território, para a tramitação e realização da audiência de discussão e julgamento, tendo o processo sido remetido a este Juízo Central Criminal.

Recebida a acusação neste Juízo, o arguido apresentou contestação invocando possuir uma incapacidade permanente global de 95% resultado de um acidente de viação que o tornou tetraplégico e totalmente dependente de terceiros. Alegou que a referida incapacidade o impede de evacuar a urina e as fezes voluntariamente, tendo os movimentos de evacuação de ser provocados e apresenta disfunção sexual neurogénea, não sentindo qualquer forma de excitação sexual, de estímulo sexual e não ejaculando.

Ofereceu o mérito das suas declarações em audiência de julgamento e invocou em seu favor todas as circunstâncias que lhe sejam favoráveis, a produzir em sede de audiência de discussão e julgamento.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

Ofereceu ainda requerimento probatório onde, ao abrigo do disposto nos artigos 151.º, 152.º, 153.º e 154.º do Código de Processo Penal, requereu a realização de perícia forense a realizar pelo Instituto Nacional de Medicina Legal, tendo em vista a resposta às alegadas questões que alegou padecer do foro sexual e arrolou testemunhas.

A Exma. Magistrada do Ministério Público junto deste Juízo Central Criminal nada opôs à requerida realização de perícia, requerimento que se deferiu.

*

Na ausência de questões prévias ou incidentais por decidir, veio a realizar-se a audiência de julgamento, com observância do legal formalismo.

Nesta sede, foi o arguido confrontado com a necessidade de serem encaminhados exames da especialidade de urologia anteriormente realizados para ultimação de perícia, tendo o arguido prescindido da realização deste meio de prova.

O Ministério Público tomou posição quanto à inquirição das testemunhas que apenas elaboraram os relatórios finais, como assim o fez o arguido relativamente às testemunhas que arrolou, tudo nos termos feitos constar da respetiva ata de julgamento.

O arguido, visivelmente debilitado no seu estado de saúde, não prestou declarações em audiência de discussão e julgamento.

*

Em alegações, o Ministério Público pronunciou-se quanto ao lapso de escrita da acusação no que respeita à imputação de crimes (sob a forma continuada), considerou que a reiteração de atos homogêneos deve ser integrada como unidade resolutive (dado que da acusação não decorre a individualização de downloads) devendo divisar-se dois momentos, por recorte aos atos de busca, que correspondem aos atos de detenção. Em alegações, invocou que após a dedução da acusação, o Tribunal Constitucional tomou posição quanto à recolha de prova assente em metadados. E que extraindo desse acórdão que cita, as legais consequências quanto à nulidade da prova e o seu efeito à distância, deve o Tribunal decidir a favor do arguido, em obediência ao princípio da legalidade e da observância das garantias de defesa.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

O arguido, por sua vez, acompanhando a invocação do Ministério Público, requereu que o Tribunal retire, como consequência da doutrina firmada pelo Tribunal Constitucional através do Acórdão n.º 268/2022, de 19/04/2022, as consequências legais decorrentes do juízo de inconstitucionalidade declarado e apreciando a nulidade da prova, assim o declare e absolva o arguido.

*

Mantêm-se válidos e regulares os pressupostos da instância, inexistindo questões prévias ou nulidades que obstem ao conhecimento do objeto do processo.

*

II – MATÉRIA DE FACTO

A- Factos Provados

Realizada a audiência de discussão e julgamento, considera o Tribunal Coletivo terem resultado provados os seguintes factos, com relevância para a decisão da causa:

Factos vertidos na acusação

- 1) Através de comunicação efetuada, a Europol deu conhecimento que em data não concretamente apurada do ano de 2016, através da aplicação Whatsapp acedida pelo número de telemóvel ++++++, foi criado um grupo que se designou de “SK”, dedicado exclusivamente à visualização e partilha de conteúdos de exploração e abuso sexual de crianças.
- 2) Esse grupo, criado na referida aplicação, foi investigado pelas autoridades do Reino de Espanha no âmbito de uma operação desencadeada pela Europol a nível europeu, denominada “OT”.
- 3) Nessa operação foi possível visualizar um ficheiro “ADZ”, remetido pelas autoridades Espanholas, via Europol, onde se encontravam arquivados 33 ficheiros de imagem e de vídeos partilhados pelos seus utilizadores no dito grupo de WhatsApp, nos quais se visualizavam crianças do sexo masculino de idades inferiores a 10 anos a serem penetradas no ânus por adultos, crianças do sexo feminino de idade inferior a 14 anos a exibirem a sua zona vaginal e crianças do sexo masculino da mesma idade a introduzir a boca em pénis ereto de adulto, efetuando movimentos vaivém.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

- 4) No dia 28 de março de 2017 foram realizadas buscas domiciliárias à morada do arguido sita na XXX e ali apreendido um telemóvel de marca LG, modelo DE55, de cor preta, com o IMEI ++++++, contendo um cartão da operadora XXXX.

*

NUIPC n.º 209/17.8TELSB e NUIPC n.º 7081/18.9T9LSB (apensos)

- 5) No dia 27 de fevereiro de 2018, foram realizadas novas buscas domiciliárias, à residência do arguido, sita na XXX e na residência onde se encontrava, nessa data, a habitar, sita no XXXX.
- 6) Na sequência de tais buscas domiciliárias foram apreendidos ao arguido os seguintes equipamentos informáticos: um computador portátil marca ALIENWARE modelo P01E; um disco externo da marca IOMEGA; uma máquina fotográfica marca SONY; uma máquina fotográfica marca KYOCERA; um tablet APPLE IPAD 3 4G GSM (A1430); um tablet APPLE IPAD AIR 2 Wi-Fi (A1566); um telemóvel MOBIWIRE STARSHINE 5.

*

Factos pessoais relativos às condições de vida do arguido e antecedentes criminais

- 7) O arguido não possui averbamento de anterior condenação criminal.
- 8) Reside com a progenitora num estúdio composto por quarto e casa de banho, propriedade do avô paterno, anexo ao restaurante “CV”, cuja exploração é assegurada pela progenitora desde que ocorreu o seu divórcio do pai do arguido.
- 9) Anteriormente o agregado ocupava moradia própria, de tipologia 6, localizada num bairro na XXX, onde viviam os pais, o arguido e uma irmã.
- 10) O arguido iniciou a escolaridade em idade própria tendo concluído o 11.º ano de escolaridade e em xxxx ingressou na PPP.
- 11) Mais tarde ingressou na MTT por entender que esta escolha permitiria uma maior realização pessoal e profissional. Na sua primeira SSS em xxxx, o arguido foi destacado para os AAAA, mais propriamente para a FFFF. Ali iniciou um relacionamento afetivo, com uma companheira, sentindo esta união como gratificante.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

- 12) Em xxxx, no contexto da celebração do seu aniversário com namorada, amigos e colegas, foi vítima de um acidente de viação que o deixou tetraplégico e dependente do apoio permanente da família, designadamente da progenitora, com uma condição médica de 95% de incapacidade atribuída.
- 13) O relacionamento afetivo terminou neste período dada a sua deslocação para o Continente e o inerente desinvestimento afetivo consequente do acidente.
- 14) Do ponto de vista económico, desde xxxx que o arguido aufere pela sua incapacidade uma reforma no valor mensal de +++, tendo como despesa o pagamento do apoio domiciliário prestado pelas auxiliares técnicas de saúde, no montante de +++.
- 15) Mantém uma dependência económica da progenitora, para garantir a satisfação das necessidades básicas, designadamente ao nível da alimentação, medicação e tratamentos médicos.
- 16) A referida incapacidade impede-o de evacuar a urina e as fezes voluntariamente, tendo os movimentos de evacuação de ser provocados e apresenta disfunção sexual neurogénica.

*

B – Factualidade não provada

Não resultaram provados, na perspetiva do Tribunal, os seguintes factos:

- a) Que em data não concretamente apurada do ano de 2016, o arguido, utilizando o n.º de telemóvel ++++++, tivesse criado o grupo de WhatsApp, denominado “SK” e nem que deste fosse administrador;
- b) Que o arguido detivesse em arquivo os ficheiros referidos em 3) dos factos provados.
- c) Que no interior do telemóvel referido em 4) o arguido dispusesse de três contas online: uma conta Google, uma conta de facebook no qual utilizava o perfil “WWW” associado ao e-mail UUUU; e uma conta Dropbox, associada ao e-mail UUUU”, e nem que nesta tenham sido descarregados conteúdos.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

- d) Que o arguido detivesse na Conta DROPBOX e a Conta GOOGLE referidas em c) um total de 975 (novecentos e setenta e cinco) ficheiros de imagem e vídeo com as descrições referidas nos pontos 6), 7) e 8) da acusação que aqui se dão por reproduzidas.
- e) Que no período compreendido entre os dias 08 e 16 de Dezembro de 2016, o arguido, tivesse utilizado os endereços de IP *****, ***** e ***** e o endereço eletrónico UUUU, e nem que com esse recurso tenha descarregado e partilhado o total de 120 ficheiros (78 fotografias e 42 vídeos) com conteúdos de abuso sexual de crianças.
- f) No período compreendido entre 05 de fevereiro de 2017 e 11 de fevereiro de 2017, o arguido, através do n.º de telefone ++++++ aderisse a um grupo de WhatsApp, denominado “Ak”, destinado à troca e recebimento de imagens e vídeos com conteúdos de abuso sexual de crianças;
- g) Que desse grupo fizesse parte TF, detido na Alemanha e nem que através do mesmo tenha descarregado um número não concretamente apurado de ficheiros, e nem que estes tivessem sido difundidos através de Links;
- h) Que no interior do computador portátil marca ALIENWARE modelo P01E, o arguido tivesse dois discos rígidos, um de marca SEAGATE, tendo ainda seis contas de utilizadores, entre elas uma com a designação “UUUU” e com o número identificador de segurança (SID) “*****_*****_*****_***”.
- i) No interior de tal computador, o arguido detinha instalados programas informáticos de partilha de ficheiros P2P, designadamente os programas “V”, “S” e “M”, software que permite a partilha de ficheiros entre utilizadores das redes PPP, EEE e KKK.
- j) O arguido, através de tal computador tivesse acedido através da conta de utilizador “UUUU” a páginas com conteúdos e denominações relacionadas com abusos sexuais de crianças, designadamente as páginas: “http****”, “http****”, “http****” e http****.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

- k) O arguido tivesse acedido através do utilizador “UUUU” com o SID “*****_*****_*****_***” a diversos ficheiros do tipo de vídeo, que apresentavam menores em atos de prática de sexo oral, anal ou de cópula, ou em exposição sexual dos órgãos genitais;
- l) No interior de tal computador, o arguido detivesse diversas miniaturas de imagem [th], nos quais eram visíveis crianças de idades inferiores a 14 anos, de ambos os sexos, a praticarem sexo oral a adultos e ainda crianças de tais idades a exporem os seus corpos desnudados perante a câmara.
- m) No disco rígido de marca WESTERN DIGITAL que se encontrava no interior do dito computador portátil, o arguido detivesse para partilha 174 563 (cento e setenta e quatro mil quinhentos e sessenta e três) ficheiros do tipo imagem e 1409 (mil quatrocentos e nove) ficheiros do tipo vídeo, contendo menores de 14 anos, de ambos os sexos, em exposição e em atos sexuais com adultos e nem que o arguido tivesse procedido a capturas de ecrã do endereço http****, nas quais era visível a existência de um utilizador registado com o nome “UUUU”, e nem que deste utilizador fosse usuário o arguido;
- n) Que no computador portátil, o arguido detivesse os ficheiros referidos nos pontos 20) a 23) da acusação, cujo teor aqui se dá por reproduzido;
- o) Os demais equipamentos informáticos - tablet APPLE IPAD 3 4G GSM (A1430) e APPLE IPAD AIR 2 Wi-Fi (A1566), se encontrassem inoperacionais e nas máquinas fotográficas e no telemóvel acima identificado não se encontrassem quaisquer ficheiros.
- p) O arguido ao comunicar com outros indivíduos, através de grupos de WhatsApp, e do grupo de WhatsApp conseguisse aceder e descarregar ficheiros de vídeo e de imagem contendo abusos sexuais de crianças, tendo perfeito conhecimento que os ficheiros que ali se partilhavam eram visualizados e difundidos por centenas de pessoas, o que quis e conseguiu.
- q) O arguido soubesse que as imagens e os vídeos acima descritos existentes nos equipamentos informáticos que lhe foram apreendidos continham abusos sexuais cometidos contra crianças de



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

idade inferior a sete anos e de idade inferior a catorze anos, não se inibindo de os deter e guardá-los, a fim de assim satisfazer a sua líbido e os seus instintos sexuais.

- r) O arguido tivesse ainda perfeito conhecimento de que as referidas imagens e filmes de teor pornográfico com utilização de crianças induzem a exploração efetiva dessas crianças, utilizadas para a realização dos filmes e fotografias em causa;
- s) Que, não obstante, não se tenha inibido de as descarregar através da Internet ou de as deter no suporte informático e de as partilhar.
- t) Que o arguido soubesse que 13 dos ficheiros eram relativos à exposição de órgão genital de criança de idade inferior a 12 anos e a relações sexuais mantidas entre crianças desta idade com adultos ou outras crianças, através de representações realistas, e que, por esse motivo, a sua aquisição e divulgação era igualmente proibido.
- u) O arguido tivesse atuado de forma livre, voluntária e consciente, bem sabendo que as suas condutas eram proibidas e punidas por lei penal.

*

III - MOTIVAÇÃO DA MATÉRIA DE FACTO

Nos termos do disposto no artigo 374.º n.º 2 do Código de Processo Penal, deve o Tribunal indicar as provas que serviram para formar a sua convicção e proceder ao exame crítico das mesmas. No caso que nos ocupa, impõe-se a apreciação da questão suscitada em alegações orais, respetivamente pelo Ministério Público e pela defesa do arguido, através do seu Exmo. Mandatário, relacionada à problemática de utilização dos metadados como meio de prova e a consequente nulidade/proibição de prova decorrente da análise de prova afetada intrinsecamente, sendo que optamos pelo seu tratamento neste que é o ponto de motivação da matéria de facto, tido por lugar próprio, ainda que se tratando de prova (e/ou de meios de obtenção de prova) recolhidos em fase de inquérito.

Vejamos então.

A questão sob debruço prende-se diretamente à decisão do Tribunal Constitucional firmada no **Acórdão n.º 268/2022, de 19/04/2022** - publicado no DR, 1ª Série, de 03/06/2022, pags. 18 e ss.,



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

complementado pelo Acórdão n.º 382/2022, de 13/05/2022, acessível em www.tribunalconstitucional.pt que, com força obrigatória geral:

a) declarou a inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, conjugada com o artigo 6.º da mesma lei, por violação do disposto nos n.ºs 1 e 4 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 26.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição;

b) declarou a inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes para investigação, deteção e repressão de crimes graves, na parte em que não prevê uma notificação ao visado de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações nem a vida ou integridade física de terceiros, por violação do disposto no n.º 1 do artigo 35.º e do n.º 1 do artigo 20.º, em conjugação com o n.º 2 do artigo 18.º, todos da Constituição.

Com efeito, como exigência do próprio ordenamento jurídico, a *norma normarum* - garantia jurisdicional da posição da Constituição como norma suprema que estabelece os princípios materialmente informadores do processo penal - criou mecanismos para a sua salvaguarda, de modo que, quando a legislação ordinária contrarie aqueles princípios, se suscite a sua constitucionalidade e se obtenha do Tribunal Constitucional, órgão que administra a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional, uma decisão que declare a sua inconstitucionalidade, privando-a de qualquer relevância jurídica.

Nesta dialética, se o ordenamento jurídico prevê mecanismos para eliminar as disposições legais que contrastam com as normas constitucionais deve, por maioria de razão, retirar relevância aos atos processuais violadores de disposições legais que acolhem ou concretizam preceitos constitucionais. Nestes casos, o fundamento da nulidade reside, inquestionavelmente, no princípio constitucional violado.

É exatamente neste plano que se analisa a compressão de direitos e garantias decidida pelo Tribunal Constitucional. A validade dos atos praticados pelos sujeitos processuais, [predominantemente pelo Estado, nas vestes de autoridade na prossecução da ação penal] encontra-se intimamente



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

vinculada ao conteúdo dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados e processualmente projetados e materializados na formulação do *due process of law*, tornando-se um postulado da garantia contra a violação dos direitos fundamentais.

A invalidade constitucional impõe, desta feita, que nos pronunciemos sobre a compreensão da noção de metadados [ou dados sobre dados] e avaliemos se, no caso dos autos, a problemática de recurso a estas fontes é influente na decisão a proferir sobre a matéria de facto.

Por metadados ou dados sobre outros dados compreende-se o conjunto de elementos que permitem a compreensão dos relacionamentos e a utilidade referente às informações prestadas pelos dados.

Como se lê no Acórdão do STJ datado de 6/9/2022 (proferido no Processo nº 618/16.0SMPRT-B.S1, acessível em www.dgsi.pt), tais informações «são metadados por, não abrangendo o conteúdo das comunicações, dizerem respeito apenas às suas circunstâncias, por isso se falando em dados sobre dados, que são marcos ou pontos de referência que lhe dão o respetivo suporte e que permitem circunscrever a informação sob todas as formas e que acabam num registo arquivístico do tráfego».

O acórdão do Tribunal Constitucional conheceu e declarou a inconstitucionalidade dos apontados preceitos da Lei n.º 32/2008 (as normas dos artigos 4.º, 6.º e 9.º) afirmando que «o que está em causa nos metadados é que sendo dados que revelam, a todo o tempo, aspetos da vida privada, familiar e social dos cidadãos, permitem rastrear a localização do indivíduo ao longo do dia, todos os dias, desde que transporte o telemóvel e identificar quem contactou, quando, duração e regularidade».

São dados que dizem respeito a circunstâncias das comunicações e não já ao próprio conteúdo da comunicação.

Os pareceres do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República (nomeadamente, o n.º 16/94 e os n.º 21/2000 - publicado no DR II Série, de 23 de julho de 2002 e 25/2009 – publicado no DR, 2.ª Série, de 17-11-2009, nº 223, procederam à distinção entre dados de base, dados de tráfego e dados de conteúdo relativamente ao tipo de dados envolvidos no serviço de telecomunicações.

Como ali se lê, *“nos serviços de telecomunicações podem distinguir-se, fundamentalmente, três espécies ou tipologias de dados ou elementos: os dados relativos à conexão à rede, ditos dados de base; os dados funcionais necessários ao estabelecimento de uma ligação ou comunicação e os dados*



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

gerados pela utilização da rede (por exemplo, localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência), ditos dados de tráfego; e os dados relativos ao conteúdo da comunicação ou da mensagem, ditos dados de conteúdo.

Sendo os vários serviços de telecomunicações utilizados para a transmissão de comunicações verbais ou de outro tipo (mensagens escritas, dados por pacotes), os elementos inerentes à comunicação podem, por outro lado, estruturar-se numa composição sequencial em quatro tempos: a fase prévia à comunicação, o estabelecimento da comunicação, a fase da comunicação propriamente dita e a fase posterior à comunicação. No primeiro tempo relevam essencialmente os dados de base, enquanto nos restantes importa essencialmente a consideração dos dados de tráfego e de conteúdo.

Os dados de base constituem, na perspetiva dos utilizadores, os elementos necessários ao acesso à rede, designadamente através da ligação individual e para utilização própria do respetivo serviço: interessa aqui essencialmente o número e os dados através dos quais o utilizador tem acesso ao serviço.

Diversamente dos elementos de base (elementos necessários ao estabelecimento de uma base para comunicação), que estão aquém, antes, são prévios e instrumentos de qualquer comunicação, os chamados elementos de tráfego (elementos funcionais da comunicação), como os elementos ditos de conteúdo, têm já a ver diretamente com a comunicação, quer sobre a respectiva identificabilidade, quer relativamente ao conteúdo propriamente dito da mensagem ou da comunicação.

Os elementos ou dados funcionais (de tráfego), necessários ou produzidos pelo estabelecimento da ligação da qual uma comunicação concreta, com determinado conteúdo, é operada ou transmitida, são a direção, o destino (addressage) e a via, o trajeto (routage).

Estes elementos funcionalmente necessários ao estabelecimento e à direção da comunicação identificam, ou permitem identificar a comunicação: quando conservados, possibilitam a identificação das comunicações entre o emissor e o destinatário, a data, o tempo, e a frequência das ligações efetuadas.

Constituem, pois, elementos já inerentes à própria comunicação, na medida em que permitem identificar, em tempo real ou a posteriori, os utilizadores, o relacionamento direto entre uns e outros através da rede, a localização, a frequência, a data, hora e a duração da comunicação, devem participar



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

das garantias a que está submetida a utilização do serviço, especialmente tudo quanto respeite ao sigilo das comunicações.

Finalmente, os elementos de conteúdo — dados relativos ao próprio conteúdo da mensagem, da correspondência enviada através da utilização da rede”.

A Lei n.º 32/2008, de 17-07, regulou a conservação e a transmissão dos dados de tráfego e de localização relativos a pessoas singulares e a pessoas coletivas, bem como dos dados conexos necessários para identificar o assinante ou o utilizador registado, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes (art. 1.º, n.º 1).

Numa concreta comunicação é possível separar do núcleo duro da informação fornecida ou transmitida (conteúdo ou dados), um conjunto de marcos ou pontos de referência que lhe dão o respetivo suporte e que permitem circunscrever a informação sob todas as formas. Estes marcos são “informações” que acrescem aos dados e que têm como objetivo informar sobre eles, em princípio, para tornar mais fácil a sua organização.

Tratando-se de informação sobre informação ou metadados são essenciais para fornecer informação sobre a localização, tempo, tipo de conteúdo, origem e destino, entre outras, dos atos comunicacionais efetuados através de telecomunicações ou por outros meios de comunicação (neste sentido, os Acórdãos do TC n.ºs 403/2015 e 420/2017, publicados em www.tribunalconstitucional.pt).

As três espécies ou tipologias de dados tratadas na lei aportam, justamente, os (i) dados relativos à conexão à rede (**dados de base**), (ii) os **dados gerados pela utilização da rede ou dados de tráfego** (v.g, a localização do utilizador, localização do destinatário, duração da utilização, data e hora, frequência e (iii) os **dados relativos ao conteúdo** da comunicação ou da mensagem (dados de conteúdo).

São, pois, os dados de base, dados de tráfego e em virtude dos primeiros, os dados de conteúdo, que se colocam sob o plano da interpretação valorativa.

Através da Lei n.º 32/2008, as operadoras de comunicações eletrónicas e de redes públicas de comunicações passaram a estar obrigadas a, independentemente da existência de qualquer processo penal e de tais elementos virem, ou não, a ser necessários para qualquer investigação criminal, proceder à conservação de todos os dados de tráfego, de base e de localização relativos aos seus clientes (regime jurídico contido nos arts. 4.º a 8.º da Lei n.º 32/2008). E passaram a estar obrigadas a proceder à



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

transmissão (isto é, a facultar o acesso) de tais dados às autoridades competentes para a investigação e repressão criminal, tudo nos termos do regime jurídico contido nos arts. 9.º a 11.º da Lei nº 32/2008.

Porém, com uma ressalva: a conservação e a transmissão dos dados apenas pode concretizar-se para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves, sendo que a transmissão dos dados às autoridades competentes está dependente de apreciação por despacho judicial devidamente fundamentado (art. 3.º) que aprecie as razões que tornem a diligência indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou de muito difícil obtenção no âmbito da investigação, deteção e repressão de algum dos crimes elencados no art. 2.º, n.º 1, al. g) e os dados sejam relativos ao suspeito ou arguido, a pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido ou à vítima, mediante o respetivo consentimento (efetivo ou presumido).

O art. 4.º da Lei nº 32/2008 passou a determinar as categorias de dados objecto de conservação, cabendo aos fornecedores de serviços de comunicações eletrónicas conservar:

a) *Dados necessários* para encontrar e identificar a *fonte de uma comunicação* (no que respeita às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel, integram: i) o número de telefone de origem; ii) O nome e endereço do assinante ou do utilizador registado; no que diz respeito ao acesso à Internet, ao correio eletrónico através da Internet e às comunicações telefónicas através da Internet: iii) Os códigos de identificação atribuídos ao utilizador; iv) O código de identificação do utilizador e o número de telefone atribuídos a qualquer comunicação que entre na rede telefónica pública; v) O nome e o endereço do assinante ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP, o código de identificação de utilizador ou o número de telefone estavam atribuídos no momento da comunicação.

b) *Os dados necessários* para encontrar e identificar o *destino de uma comunicação* [esta categoria de dados inclui, no que respeita às comunicações telefónicas nas redes fixa e móvel, os números marcados e, em casos que envolvam serviços suplementares, como o reencaminhamento ou a transferência de chamadas, o número ou números para onde a chamada foi reencaminhada e o nome e o endereço do assinante, ou do utilizador registado]; no que diz respeito ao correio eletrónico através da Internet e às comunicações eletrónicas através da Internet, o código de identificação do utilizador ou o número de telefone do destinatário pretendido, ou de uma comunicação



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

telefónica através da Internet, os nomes e os endereços dos subscritores, ou dos utilizadores registados, e o código de identificação de utilizador do destinatário pretendido da comunicação.

- c) Os dados necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação;
- d) Os dados necessários para identificar o tipo de comunicação;
- e) Os dados necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento;
- f) Os dados necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel.

O art. 6.º da citada lei previu a obrigação de conservação dos referidos dados pelo período de um ano, a contar da data da conclusão da comunicação e os arts. 9.º e 10.º da citada Lei n.º 32/2008, regulavam especificamente a transmissão de dados, ou seja, a obtenção, pelas autoridades competentes, junto do respetivo fornecedor de serviços de comunicações eletrónicas ou de uma rede pública de comunicações dos dados que foram objecto de conservação, para fins de investigação, deteção e repressão de crimes graves.

Porém, a chamada Lei do Cibercrime - Lei n.º 109/2009, de 15/9 – passou a contemplar um regime específico e detalhado de preservação e recolha de dados, alargando o seu âmbito de aplicação quando se comprove a necessidade probatória do conteúdo existente em qualquer “*sistema informático*”, prevendo no seu artigo 6.º os ilícitos (ou o catálogo de ilícitos) a que se tornou aplicável.

A Lei 109/2009, de 15/9, estabeleceu disposições penais materiais e processuais programáticas, bem como disposições relativas à cooperação internacional em matéria penal, relativas ao domínio do cibercrime e da recolha de prova em suporte eletrónico (artigo. 1.º) e surgiu como o acervo processual (geral) do cibercrime e da prova eletrónica.

A sua regulação trouxe, porém, a coexistência de dois regimes processuais de recolha de prova em ambiente digital: por um lado, o regime que previu nos artigos 11.º e seguintes - imposto a processos relativos a crimes: “a) Previstos na presente lei; b) Cometidos por meio de sistemas informáticos; ou c) Em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte eletrónico - aplicável à recolha de prova em suporte eletrónico (informático) reportada a todos os dados que não estivessem especificamente previstos no artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, posto que relativamente



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

a estes últimos, o regime estabelecido na Lei n.º 32/2008, mantendo-se, constitui um regime especial relativamente ao regime processual geral regulado nos artigos 12.º a 17.º da citada Lei n.º 109/2009.

Neste particular, acompanhamos os argumentos sustentados no Ac. da TRC de 538/22.9JALRA.C1, de 12-10-2022, relatado pelo Exmo. Desembargador Paulo Guerra, acessível em www.dgsi.pt que se estribam, desde logo, na intenção revelada pelo legislador na criação da norma. Isto é, “para que se considere que o regime processual estabelecido na Lei n.º 32/2008 se trata de um regime especial que se sobrepõe às disposições processuais de carácter geral previstas nos artigos 12.º a 17.º da Lei n.º 109/2009, é o de na definição do âmbito de aplicação das disposições processuais previstas nesta última Lei existir a expressa ressalva, no n.º 2 do artigo 11.º, a que essas disposições “não prejudicam o regime da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho” (ali citando, o Acórdão da Relação de Évora de 14/7/2020, proferido no Processo n.º 9/20.8GAMTL-A.E1, acessível em www.dgsi.pt).

Os dois regimes, quer o contido no art. 9.º da Lei n.º 32/2008, quer o previsto nos arts. 12.º a 19.º da Lei do Cibercrime regulam, em síntese, os meios de obtenção da prova (aqui se incluindo as condições da transmissão dos dados conservados às autoridades); no entanto, a Lei do Cibercrime prevê também a possibilidade do acesso a dados de comunicações informáticas que não estão conservados [i.e., dados em tempo real]), havendo por isso necessidade de conjugação das mencionadas disposições, quando se trata de obter dados pretéritos e em tempo real (e talvez por isso, sendo habitual como sucede no caso dos autos que normas de ambos os diplomas fundamentem os pedidos de acesso aos dados conservados e nos despachos que deferem tais pedidos e se utilizem as normas contidas nos arts. 187.º a 189.º do Código de Processo Penal e as dos dois regimes coexistentes – não entraremos na discussão sobre os entendimentos relativos ao âmbito da sua aplicação e à respetiva revogação – vide sobre essa problemática, v.g, os Ac. do TRC de 01-06-2022, proferido nos Processos n.º 152/21.6GGCBR-A.C1, relatado pela Exma. Desembargadora ALCINA da COSTA RIBEIRO, de 23-11-2022, no Processo 141/22.3GCLRA-A.C1, relatado pelo Exmo. Desembargador JORGE JACOB e do TRP de 07-09-2022, proferido no Processo n.º 877/22.9JAPRT-A.P1, relatado pelo Exmo. Desembargador JOSÉ ANTÓNIO RODRIGUES DA CUNHA.

A primeira afirmação a estabelecer-se é que a Lei do Cibercrime não trata da matéria da conservação de dados, mas apenas da respetiva transmissão. A segunda é, que ao invés desta lei, a



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

32/2008 destina-se ao tratamento da matéria da conservação de dados e da transmissão de dados. O que significa, simplisticamente que, se não existirem dados conservados suscetíveis de utilização para fins de investigação ou para deteção e repressão de crimes graves por parte das autoridades competentes, se estes foram indevidamente conservados ou se mantêm nessas condições, nada há que se imponha transmitir, seja ao abrigo da Lei n.º 32/2008, seja ao abrigo da Lei n.º 109/2009, dado o campo da norma relacionar-se apenas à preservação de dados conservados ao abrigo do regime da Lei n.º 32/2008.

*

No conjunto dos elementos legislativos de que se deixou nota, a principal conclusão a extrair é a de que neles se encontra enunciado um princípio geral de inviolabilidade e de sigilo das telecomunicações, sujeito às limitações constantes da lei e ao que se contrapõe, por parte dos fornecedores de rede e prestadores dos serviços de telecomunicações, a obrigatoriedade de instalarem e disponibilizarem sistemas adequados de interceção legal de comunicações. O art. 34.º da Constituição da República Portuguesa que consagra o direito fundamental à inviolabilidade do domicílio e da correspondência, acolhe no seu n.º 4 o princípio da inviolabilidade dos meios de comunicação privada, estabelecendo que as restrições a tal direito apenas podem ter lugar em matéria de processo criminal e desde que previstas na lei (reserva de lei), resultando do art. 18.º da Constituição da República Portuguesa, que as restrições legalmente consagradas devem obedecer ainda aos requisitos ou pressupostos materiais da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido restrito, cabendo, pois, em primeira linha ao legislador ordinário assegurar estes mesmos pressupostos ao legislar sobre a matéria.

*

Para o que nos ocupa, o Acórdão do Tribunal Constitucional 268/2022 julgou inconstitucional o regime jurídico da conservação dos dados (quanto ao seu âmbito e duração), regulado pela Lei n.º 32/2008, e bem assim a que disciplina a transmissão dos dados às autoridades competentes para a investigação, deteção e repressão de crimes graves.

Anotando os problemas processuais suscitados por essa lei após a declaração de invalidade da Diretiva n.º 2006/24/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho pelo Tribunal de Justiça da União



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

Europeia no Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção) de 8 de abril de 2014 C-293/12 - Digital Rights Ireland e Seitlinger de 2014, Tele2 Sverig AB de 2016, a decisão do Tribunal Constitucional firmou jurisprudência constitucional no sentido de não se mostrar possível a obtenção de dados (pelas autoridades competentes e para investigação, deteção e repressão de crimes graves) que se encontravam sujeitos a conservação nos termos da Lei n.º 32/2008 e estando tais dados em posse das autoridades detentoras ou guardiãs, os mesmos não podem ser usados como prova de crimes em investigação, consubstanciando o seu recurso a prova proibida decorrente da violação de direitos fundamentais.

No caso dos autos, a instauração do inquérito a que correspondeu o NUIPC n.º 776/16.3JDLSB teve origem na Comunicação da EUROPOL constante de fls. 2 a 7 e 30 a 32, assente na informação das autoridades do Reino de Espanha, dando conta de que determinados utilizadores da plataforma **Whatsapp** partilharam, em grupos da mesma, conteúdos de abuso sexuais de crianças, a partir de chats na Rede T. Um dos números que foi detetado nessa partilha, associado à rede XX, foi o número ++++++. Seguiram-se depois pesquisas efetuadas pelo Sr. Magistrado do Ministério Público titular, na base de dados disponíveis e colhidas as subseqüentes informações que lhe foram prestadas e levadas aos autos pelas operadoras aportando a diversos utilizadores do numero pesquisado – fls. 17 e 18, a informação prestada pela XX a fls. 22, no sentido que “no sistema não existem carregamentos para o número em causa”.

Posteriormente, a Polícia Judiciária, por cota lançada a fls. 34 a 38 informou que através de acesso ao ficheiro ADHZ foi detetado um outro contacto telefónico de um usuário do Whatsapp, com correspondência ao n.º da rede XXX ++++++ e foram ainda realizadas diligências para visionamento de dados, conforme auto constante de fls. 31/34.

Na seqüência do pedido de informação pelo Ministério Público à operadora onde o numero operou, a XXXX prestou a informação constante de fls.51, onde associou o contacto telefónico ao arguido e informou a respetiva morada, cedendo dados de identificação do titular.

Como vemos, as primeiras diligências de inquérito realizadas nos presentes autos traduziram-se, como é usual, na investigação da prática de crime de pornografia infantil em causa nos autos, reportadas ao conjunto de diligências em que o Ministério Público solicitou informações às operadoras



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

para identificação concreta do suspeito, e em consequência, que lhe seguiu, o requerimento apresentado ao Sr. Juiz de Instrução Criminal para que ordenasse às operadoras de telecomunicações XX e XXX/XXXX a prestação de informações visando somente a recolha e registo de dados de tráfego (vide o despacho do Ministério Público de fls. 53 a 55 e 62 a 63 dos autos, sobre o que recaiu despacho judicial de fls. 59 – este visando a utilização do cartão pré pago 93...38 e o de fls. 66) solicitações que se mostram respondidas a fls. 104-105, 107-108.

Ora, não temos dúvidas em afirmar que as informações relativas aos dados pedidos pelo Ministério Público (e que foram prestados ao Juiz de Instrução Criminal na sequência do seu despacho pelas operadoras XX e XXX/XXXX, nos termos acima assinalados) correspondem a «dados» na aceção do art. 1.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 32/2008 (aqui se entendendo por «dados», os dados de tráfego e os dados de localização, bem como os dados conexos necessários para identificar o assinante ou utilizador, e através destes se promoveu o acesso a dados de conteúdo) e que, como tal, estão incluídos nas «categorias de dados a conservar» previstas no art. 4.º da Lei n.º 32/2008.

Ou, por outra: espelham claramente os autos que partindo de uma informação que o utilizador do contacto 93...38 procedeu a partilha em grupo de WhatsApp de ficheiros com conteúdos de pornografia infantil, as autoridades policiais e judiciárias, com vista a prosseguir a investigação, de imediato viram necessidade de solicitar às operadoras de telecomunicações (entidades fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas – cf. art. 4.º, n.º 1, da Lei nº 32/2008), acima identificadas, vários dados que estas estavam obrigadas a conservar (por força do disposto no já citado art. 4.º da Lei nº 32/2008), acima também identificados.

O mesmo sucedeu com as diligências nos autos sequentes à comunicação da EUROPOL, por referência ao número detetado da rede XXX 96...971 e posteriormente, após a Comunicação provida do National Center for Missing and Exploited Children (NCMEC) – vide fls. 12 a 34 do apenso 209/17.8TELSN e os Relatórios NCMEC Constantes de fls. 2 a 198 - o Ministério Público solicitou à MMMM o apuramento da identidade, *username* e residência registadas do titular da conta UUUU – [diligências encetadas à luz do artigo. 14.º da Lei n.º 109/2009, de 15.09] e solicitou à XXX, nos termos da Lei n.º 32/2008, de 17.07 [informações a prestar à luz dos arts. 4.º e 9.º da citada norma], vindo quanto a tais solicitações a recair despacho proferido pela Sra. Juiz de IC exarado a fls. 182, assente no



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

diploma 32/2008 – vide ofício de fls. 184, informação da MMMM de fls. 186-7 e 189, da Operadora XXX de fls. 192, prestado em 02.11.2017, por referência ao dia 8.12.2016.

Toda a informação pretendida e obtida surge do acesso a dados de base e de tráfego, cabendo na previsão do artigo 4.º da Lei n.º 32/2008, por se integrarem nas categorias de metadados e, na primeira, a informação por parte das entidades sobre a identificação do utilizador dos pesquisados contactos telefónicos e apenas concretizada e obtida a partir de tal informação possibilitou a determinação da morada e a localização do aparelho, em ordem à correspondência com um sujeito ainda não identificado, à data, do conhecimento das comunicações pelas entidades internacionais.

Por outro lado, e no que se refere aos dados do IP, o nome e o endereço do cliente daquele operador ou do utilizador registado, a quem o endereço do protocolo IP se encontrava atribuído é, também ele, um dado de base. A sua divulgação não pressupõe também qualquer comunicação (ocorre, na maioria das vezes, numa fase prévia à comunicação) e a sua utilidade é especificamente a de identificação do utilizador do aparelho que se conecta à rede (a identificação do computador que se conectou à rede). Ressalvando-se ainda quanto aos acessos que os protocolos IP – na ciência da computação, o protocolo é uma convenção que controla e possibilita uma conexão, comunicação, transferência de dados entre todas as máquinas em rede para encaminhamento dos dados nos sistemas computacionais – estes podem ser estáticos (identificando permanentemente um ponto de acesso à rede) ou dinâmicos (sendo atribuídos a certo computador apenas no momento em que se conecta à rede e durante a sua ligação).

Tanto querendo significar que a identificação de um protocolo IP dinâmico, obtida nos autos, considerou não só a prestação da informação da sua utilização num determinado momento, revelando o utilizador, a utilização de endereço de conta, mas como também o uso da Internet em certo contexto foi concretizado, possibilitando o acesso à informação sobre a multiplicidade de *datagramas*, pelo que a identificação do titular de um protocolo de IP dinâmico nos autos obtida terá de ser enquadrada na informação e cedência de dados de tráfego e a sua posterior examinação, com acesso aos conteúdos pesquisados ou acedidos, a dados de conteúdo).

A efetiva obtenção de tais dados junto das operadoras permitiu constatar que a conta UUUU foi criada no endereço de protocolo IP ***** (fls. 189, do apenso 209/17.8TELSB) em 02.06.2011 e foi acedida pela última vez em 19.12.2016 - endereço do protocolo IP ***** – vide fls. 187-188, mostrando



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

ainda a informação prestada pela Operadora XXX/XXXX, por referência a determinadas datas /horas de conexão à rede (endereços IP dinâmicos, portanto, como resulta de fls. 191-192) tinham como assinante ou utilizador registado APCR.V, com a morada (de faturação) no XXX, possibilitando a identificação do utilizador registado, mas afastando a investigação a possibilidade de formulação do juízo de inferência, tendo por base o resultado de outros dados cedidos, sobre o suspeito da prática dos factos em investigação.

Em síntese, a análise dos autos revela claramente que a obtenção dos dados acima mencionados (de base e de tráfego), conservados pelas entidades fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas permitiu à investigação chegar à identificação do arguido FV como sendo o autor dos carregamentos e partilha de ficheiros com conteúdo de pornografia infantil e, em consequência, atribuir-lhe a responsabilidade pela prática dos factos, nos moldes descritos na acusação.

Não obstante a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral das normas que previam o dever de conservação e transmissão de tais dados pelas entidades fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas, nos termos dos normativos legais previstos pela Lei n.º 32/2008, torna tais dados (que constituem meio de prova documental e em que assenta, posteriormente, a sua análise pericial) intrinsecamente afetados na sua validade, impondo-se o seu afastamento como suporte probatório de imputação criminosa, por clara violação dos direitos à reserva da intimidade da vida privada, ao livre desenvolvimento da personalidade, ao sigilo das comunicações e à autodeterminação informativa (direitos com consagração constitucional – cfr. arts. 26.º e 34.º da Constituição da República Portuguesa), sendo ainda que se deteta, como não respeitado, o disposto na norma do artigo 9.º da Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, relativa à transmissão de dados armazenados às autoridades competentes ao não haver notificação ao arguido, prestando a informação que os dados conservados foram cedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação já não era suscetível de comprometer as investigações.

Ainda se dirá: é artificioso o argumento que a situação de conservação e transmissão de dados, após a decisão do Tribunal Constitucional, está coberta pelo regime decorrente da Lei n.º 41/2004, de 18 de agosto, relativa à proteção de dados pessoais e privacidade nas telecomunicações, norma que prevê a conservação de dados pessoais para efeitos de faturação dos assinantes e pagamento das



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

interligações, durante o período de seis meses e que visa tão somente a proteção contratual no contexto das relações estabelecidas entre as empresas fornecedoras de serviços de comunicações eletrónicas e os seus clientes, não se podendo fazer entrar pela janela o que se deixou sair pela porta, isto é, não se podendo lançar mão desta norma para efeitos de investigação criminal, sendo ademais evidente, que a coberto da mesma não foi proferida qualquer promoção ou enquadrado qualquer despacho.

Mas ainda se encontra, no caso que nos ocupa, uma outra dificuldade. Mesmo para os que, em arrepio a todas as garantias de defesa, admitam que é possível o recurso a tal norma, ao não se ter apurado qualquer um dos momentos da prática do facto pelo arguido (nem o primeiro, nem o último) mas apenas as datas em que foram concretizadas as apreensões ao material informático e as datas correspondentes à comunicação das entidades internacionais, a operação de contagem do referido prazo, seria impossível de efetuar. Mais, mesmo que o fosse, a falta de garantias que levou à declaração de inconstitucionalidade das referidas normas da Lei n.º 32/2008, pelo Tribunal Constitucional respeita também à ausência de notificação ao visado (leia-se, do arguido, enquanto sujeito sob investigação, como acima o dissemos, de que os dados conservados foram acedidos pelas autoridades de investigação criminal, a partir do momento em que tal comunicação não seja suscetível de comprometer as investigações, a vida ou integridade física de terceiros. É tal notificação, em momento algum, se realizou nos autos.

Donde se imponha como conclusão a extrair, que a prova resultante da informação prestada quanto a dados (de base e de tráfego e até de localização), conservados pelas operadoras identificadas nos autos e enviados ao presente processo na fase de inquérito, constituem prova **absolutamente** proibida, não podendo ser **usada** e, por isso, valorada de harmonia com o disposto no artigo 126.º, n.º 3 do Código de Processo Penal, nesta sede de fundamentação de facto da decisão.

*

Enfermando desse vício, importa discorrer sobre o alcance do efeito dessa nulidade, ou seja, o alcance do chamado «efeito à distância», consequências de particular interesse e porventura mais entusiasmante para o arguido [propriamente, por comparação com a antecedente declaração respeitante à proibição de prova].



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

Com efeito, nos termos articulados do disposto nos n.ºs 1 e 3, do artigo 126.º, do Código de Processo Penal, são “(...) *nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas*” e, bem assim, “(...) *as provas obtidas mediante intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações sem o consentimento do respetivo titular.*”

Em nome de uma “exigência de superioridade ética” do Estado e do que se aceite como a imparcialidade na justiça penal, a violação da proibição de provas que significaria o encurtamento da diferença ética que deve existir entre a perseguição do crime e o próprio crime impõe-se como abordagem de crucial importância - Prof. Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, págs. 68 e 73.

A declaração desta nulidade agora expressa tem por consequência processual que o Tribunal não poderá formar a sua convicção apoiando-se nestes elementos, porquanto só são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei - cfr. artigo 125.º, do Código de Processo Penal e artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa.

*

Como é sabido e resulta do próprio teor literal do art. 126.º do CPP e do art. 32.º n.º 8 da Constituição da República Portuguesa, a prova proibida *é inadmissível e intolerável* pelo ordenamento jurídico, não podendo ser utilizada no processo - essa inadmissibilidade perdura para além do trânsito em julgado da decisão que a tiver valorado, é cognoscível a todo o tempo e constitui fundamento de recurso extraordinário de revisão, nos termos do art. 449.º n.º 1 al. e) do CPP, jamais se sanando, nem podendo ser repetida, daí que o seu regime jurídico não seja identificável, nem sobreponível ao das nulidades, sendo autónomo deste (neste sentido, Helena Morão, O efeito à Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português, RPCC, Ano 16, 4º, Coimbra Editora, 2006, p. 594; João Conde Correia, A Distinção entre a Prova Proibida por Violação dos Direitos Fundamentais e Prova Nula numa Perspetiva essencialmente Jurisprudencial, Revista do CEJ, número especial, 1º Semestre, nº 4, Coimbra Almedina, 2006, p. 192; Luís Pedro de Oliveira, Da Autonomia do Regime das Proibições de Prova, in Prova Criminal e Direito de Defesa, Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal, sob o coordenação de Teresa Pizarro Beleza e de Frederico Lacerda da Costa Pinto, Almedina, Março de 2019, p. 257 e seguintes).

Justificando, por isso, a afirmação que muito mais do que mera questão da validade de formalismos ou dos procedimentos na obtenção e produção da prova (âmbito de aplicação das



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

nulidades), as proibições de prova são limites intransponíveis à investigação criminal e à descoberta da verdade material.

Contudo, o maior reflexo da violação das proibições de prova é a de que essa proibição de valoração pode abranger outros meios de prova ou de obtenção de prova que se encontrem com a originalmente inválida, numa determinada relação ou conexão funcional, lógica ou valorativa.

Trata-se do que a doutrina e jurisprudência chama **de efeito à distância em matéria de prova proibida** («*fruit of the poisonous tree*» ou «*ferwirkung des bewweisverbots*»), refletido como o “efeito de contágio que as proibições de prova produzem ou podem produzir nos meios de prova e/ou nos meios de obtenção de prova que se sucedem, na tramitação processual, a partir da prova proibida, à «comunicabilidade ou não da proibição de valoração aos meios secundários de prova tornados possíveis à custa de meios ou métodos proibidos de prova” (vide, Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 1992, p. 61).

O artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa anuncia no seu n.º 1, que o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o direito ao recurso e consagrando um princípio geral de «proteção global e completa dos direitos de defesa do arguido em processo criminal», que integra «indubitavelmente todos os direitos e instrumentos necessários e adequados para o arguido defender a sua posição e contrariar a acusação» (Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, 3.ª ed., Coimbra, 1993, p. 202).

Nesta afirmação constitucional garantida pelo artigo 32.º n.º 1 da Constituição da República Portuguesa se encontraria bastamente o fundamento para que entre esses direitos de defesa se considerasse incluído o de ver excluídas do processo (tornadas ineficazes, inválidas ou nulas) as próprias provas reportadas a valores constitucionalmente relevantes. O n.º 8 do citado artigo 32.º é, em nossa perspetiva, uma norma de reforço que torna indiscutível esse direito à exclusão, enquanto dimensão específica e indissociável do direito a um processo penal com todas as garantias de defesa - (vide o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 198/2004 de 24-03, acessível em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. Vide ainda, Helena Morão, «O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português», RPCC, Ano 16, n.º 4, p. 586 e em “Efeito-à-distância das proibições de prova e declarações



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

confessórias – o acórdão n.º 198/2004 do Tribunal Constitucional e o argumento “*the cat is out of the bag*”, publicado em Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 22, outubro-dezembro 2012, p. 692.

Nas palavras do Prof. Costa Andrade – op. cit., pág. 61 - debatendo-se o tribunal com a aquisição de prova inválida por proibida, importa apurar no caso em apreço, em que medida, complementarmente, essa proibição se projeta prospectivamente em provas ulteriores ou sequentemente obtidas.

Neste exercício, acompanhamos o entendimento vertido no Ac. STJ de 20-02-2008, proferido pelo Exmo. Conselheiro Armindo Monteiro, no Processo 07P4553 – 3.ª acessível em www.dgsi.pt no sentido que o efeito à distância das provas inválidas sobre outras pressupõe e não abdica da indagação dicotómica sobre a verificação [ou não] de um nexo de anti juridicidade que aquele fundamente ou de um grau de independência, de autonomia da prova relativamente à primeira, desta se destacando e se subtraindo, não sendo por isso automático o efeito que dite nulidade de todas as outras provas, por conexas com a recolha proibida de imagem. Este nexo de anti juridicidade bebe do princípio do nexo de causalidade necessária, ou seja, do princípio “sine qua non”. “

Prescrevendo o n.º 1 do art. 122.º, do Código de Processo Penal que a invalidade do ato nulo se estende aos que deste dependerem ou que ele possa afetar, mas salvaguardando o n.º 3 o aproveitamento de todos os atos que ainda puderem ser salvos do efeito da nulidade, diremos que esta possibilidade de projeção dos efeitos da invalidade ou da inexistência emergente das proibições de prova nos atos processuais - factos ou provas – subsequentes não é, nem ilimitada, nem absoluta.

As três limitações que a doutrina invoca ao efeito à distância - a da fonte independente, a da descoberta inevitável e a da mácula dissipada (Jerold H. Israel e Wayne R. Lafave, Criminal Procedure, 6.ª Ed., St. Paul, Minnesota, 2001, págs. 291-301; Gallardo e Fidalgo, Las Pruebas Ilegales: de la exclusionary rule estadounidense al artículo 11.1 LOPJ, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, Franco Cordero, Procedura penale, 2.ª ed., Milão, 1993, p. 582) - como exceções ao efeito inelutável de “dominó” ou “do castelo de cartas” da invalidade da prova sobre toda a que se lhe seguir, são conciliáveis com os princípios constitucionais que inspiram o sistema jurídico-penal português e todas têm em comum a inexistência ou uma substancial dissipação do nexo de causalidade ou de imputação objetiva entre a violação da proibição da produção da prova originária e a prova secundária, a tal ponto, que desconsiderar esta última seria atentatório do equilíbrio dos valores em jogo e constituiria um exercício impeditivo do exercício do *jus puniendi* do Estado.



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

A limitação da fonte independente respeita, com efeito, a um recurso probatório destacado do inválido, obtido com recurso a meio de prova anterior que permite induzir probatoriamente aquele a que o originário se destinava; isto é, mostra um recurso probatório independente e autónomo do inválido e a violação da norma que acarreta a sua invalidade não se apresenta *como condição sine qua non* da descoberta dos factos.

O segundo obstáculo ao funcionamento da doutrina da «árvore envenenada» representado pela descoberta inevitável tem lugar quando se demonstre que uma outra atividade investigatória não levada a cabo iria certamente ter lugar na concreta situação, não fora a descoberta através da prova proibida, conducente inevitavelmente ao mesmo resultado.

Ou seja, quando, apesar da proibição, o resultado seria inexoravelmente alcançado, através da aquisição de prova limpa. A terceira limitação, a da «mácula dissipada» (*purged taint limitation*) reporta-se às hipóteses em que uma prova secundária, não obstante derivada de outra prova ilegal seja aceite, dada a existência de um nexo de causalidade inexistente ou de tal forma débil, que os meios de alcançar aquela representem uma forte autonomia relativamente a esta, em termos tais que produzam uma decisiva atenuação da ilegalidade precedente (vejam-se, os Ac. do STJ de 20.02.2008, proc. 07P4553. No mesmo sentido, Ac. do STJ de 12.03.2009, proc. 09P0395, Ac. STJ de 06.02.2013, proc. 593/09.7TBBGC.P1.S1, Ac. do STJ de 12.11.2015, proc. 320/13.4 GCBNV.E1.S1; Acs. da Relação de Lisboa de 13.07.2010, processo n.º 7/2/00.9FLSB.L1 e de 03.07.2012, proc. 14538/10.4TFLSB.L1-5, in <http://www.dgsi.pt> e Ac. do TC n.º 198/2004, 24.03.2004, in <http://www.tribunalconstitucional.pt>).

Por conseguinte, a relação de causa e efeito entre a prova inválida e a prova secundária que se lhe segue tem de ser estabelecida num plano objetivo, avaliado casuisticamente e o efeito remoto da invalidade gerada pela prova proibida à prova ou provas subsequentes só se verificará quando existir entre a primeira e as segundas uma conexão substancial, real e efetiva e não apenas acidental, ocasional, ou relação de coincidência episódica.

Por outras palavras, o ato declarado nulo tem de constituir premissa lógico-jurídica dos atos sucessivos, de tal modo que, caindo tal premissa, deve igualmente falecer a validade dos atos que lhe seguem (na doutrina, José da Costa Pimenta “Código de Processo Penal Anotado – 2.ª Edição”, no comentário ao artigo 122.º CPP. No mesmo sentido, Paulo Pinto de Albuquerque, Comentário ao Código de Processo Penal (Anotado), Lisboa, 2007, p. 328; Frederico de Lacerda da Costa Pinto “Supervisão



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

do mercado, legalidade da prova e direito de defesa”, Coimbra, 2000, p. 120; Manuel da Costa Andrade, Sobre as Proibições de prova em Processo Penal, Coimbra Editora, 2006, pág. 316).

Ora, revertendo as considerações teóricas acabadas de expor ao caso dos autos é inquestionável que a obtenção dos dados de base e de tráfego pela investigação teve como finalidade a identificação do autor dos crimes em investigação, até então desconhecida.

Após a obtenção de tais dados e concluindo existirem fortes indícios de o autor dos factos em investigação ser o arguido, a Polícia Judiciária sugeriu ao Ministério Público a realização de buscas domiciliárias nas residências que associavam ao visado e à autorização para fazer pesquisa informática em todos os computadores e material informático apreendido que aportasse conteúdo de imagem e que viesse a ser encontrado nos lugares buscados; ainda autorização para leitura de telemóveis e cartão SIM que fossem apreendidos aquando da busca. O Exmo. Juiz de Instrução Criminal determinou a emissão de mandados de busca domiciliária e de apreensão a realizar nas residências de FV, relevando ainda o Auto de diligência de fls. 72 e 73 prévio ao pedido de buscas para a morada dado consubstanciar o suporte de diligências prévias para verificação sobre se, naquele local, era o arguido residente – portanto, diligências de reconhecimento prévio do lugar a buscar, o Auto de busca e apreensão constante de fls. 88.

Posteriormente, a investigação lançou a cota de acesso a contas encontradas no material informático apreendido de fls. 94 a 98 através da autorização conseguida para acesso a contas de utilizador, de fls. 92 cedida pelo arguido, após a realização das buscas à sua residência.

Através do fornecimento de passwords e, no que se refere aos factos investigados nos Apenso n.º 209/17.8TELSB, o resultado das buscas e apreensão do material informático - despacho fls. 228 e 229 em 02.02.2018, realizadas em 27.02.2018, conforme os Autos de busca e apreensão constantes de fls. 240 e 243, o sequente Termo de abertura e visionamento de fls. 208 a 219, sendo ainda o Auto de diligência constante de fls. 237, foram acedidos os conteúdos e seleccionados os relevantes para a investigação.

Na posse de todos os elementos, a investigação prosseguiu com a determinação e realização da prova pericial aos equipamentos informáticos, convergente no Apenso A como Relatório



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

de análise e investigação de conteúdos multimédia e o Relatório de análise e investigação de conteúdos multimédia do NUIPC n.º 209/17.8TELSB, constante de fls. 254 a 261,

Para se afirmar o efeito-à-distância é necessário, como o referimos, que a prova secundária esteja em relação de conexão com a prova primária proibida.

Por outras palavras, é necessário que o meio de prova derivado resulte do meio de prova viciado, que a prova derivada esteja em conexão de ilicitude com a prova primária proibida.

No caso dos autos, atendendo ao *iter* de atos processuais levados a cabo no inquérito e a relação existente entre a obtenção de dados conservados pelas operadoras de telecomunicações e pela MMMM e a realização das buscas domiciliárias à residência do arguido FV é evidente a relação de conexão ou de causalidade construída (*a tal conexão de ilicitude ou o nexó de dependência cronológica, lógica e valorativa*) entre a prova resultante da obtenção de dados (prova primária proibida) e a prova resultante da busca domiciliária (prova secundária).

Com efeito, percorrido o processo não existe na investigação realizada qualquer outro processo aquisitivo de prova para além da obtenção de dados das operadoras que levasse à identificação do arguido ou da sua residência, que tenha permitido a investigação do facto nuclear e que através dele se haja permitido realizar a busca à residência do arguido. Não se verifica qualquer exceção ao efeito dominó, mormente, a decorrente da limitação da fonte independente.

Nem mesmo se considerarmos o produto das declarações prestadas pelo arguido perante o Exmo. Juiz de Instrução Criminal, como resulta da diligência de 10.04.2018, pelas 11h:30m, tudo conforme auto de interrogatório de arguido de fls. 318 a 321, devidamente documentadas em suporte áudio, após as diligências de busca e apreensão.

Mas aí já iremos.

Analisada a investigação levada a cabo nos autos (tendo em conta a natureza dos ilícitos em investigação, o modo como os acessos foram conseguidos e a sua divulgação de conteúdos concretizada, como prova, a forma como a notícia do crime chegou às autoridades, não vemos qualquer outra atividade investigatória, até pelas reconhecidas particularidades que se aportam à notícia do crime e as circunstâncias que ditam a sua prática aconselharem que não seja cometido a descoberto, que nos permitam divisar que através delas – e não fosse a descoberta verificada através de prova proibida – se



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

alcançasse a identificação do arguido, para a imputação a este dos crimes sob investigação. Pelo que também, na situação em análise, não temos por ocorrente a exceção de limitação da descoberta inevitável.

Por fim, a relação de conexão (conexão de ilicitude), acima evidenciada, entre a prova resultante da obtenção de dados (prova primária proibida) e a prova resultante da busca domiciliária (prova secundária), não se apresenta, no caso concreto, debilitada.

Pese embora o que acabamos de expor, aquando da realização da busca domiciliária o arguido consentiu o acesso a contas de utilizador em sistemas informáticos e serviços, nos termos da autorização que prestou a fls. 92 dos autos principais. A questão que se coloca é, pois, a de saber se tal autorização possibilita, independentemente, a valoração da prova obtida na busca (concretamente, ficheiros armazenados nas contas sob investigação e para que a autorização foi concedida criada na OOOO, BBBB, Dropbox, com o nome de utilizador UUUU, e UUUU, com as passwords F..., F...300 e Fa..b..3, e que tal autorização tenha por si a virtualidade de limitar o efeito-à-distância por dissipação da mácula da prova primária proibida sobre a prova obtida na busca, que se salvaguardaria, por força daquele consentimento a totalidade ou parte da prova obtida na busca.

Creemos que não.

Com efeito, a existência de tal autorização surge manifestamente influenciada pela recolha de prova nula, sendo que o vício declarado, por não estar reconhecido no processo era desconhecido do arguido.

Por isso, a autorização prestada mostra-se inquestionavelmente viciada, ao ter sido prestada perante um pressuposto de que a busca e a apreensão eram válidas.

Por outro lado, não se podendo afirmar que tal consentimento ao acesso prestado pelo arguido ocorreu de forma livre e foi prestado após esclarecimento de que a prova primária obtida (e proibida) não poderia contra ele ser valorada, então não só se apresta a conclusão evidente que a mácula não se dissipou como a expressada autorização não debilita, a ponto de a tornar inexistente, a exigida relação de conexão - conexão de ilicitude entre a prova resultante da obtenção de dados - prova primária proibida e a prova resultante da busca domiciliária - prova secundária, dado que a expressada autorização não se refere ao ato de busca propriamente dito, podendo discutir-se se esse fosse o caso, a existência de afastamento do



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

nexo de ilicitude entre a prova primária e prova secundária, mas o consentimento prestado, tão só, para o acesso a sistema informático.

Por fim, retomando as declarações pelo arguido prestadas em interrogatório judicial diremos:

Ainda que, não haja unanimidade na doutrina, a generalidade dos autores tende a atribuir-lhes uma dupla natureza: meio de prova e meio de defesa. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS - vide, Direito Processual Penal, 1ª Ed. 1974, Reimpressão, Coimbra Editora, 2004, pp. 442-443 - entende que “qualquer dos interrogatórios tem de ser revestido de todas as garantias devidas ao arguido como sujeito do processo – e constitui, nessa medida e naquela outra em que tem de respeitar a inteira liberdade de declaração do arguido, uma expressão do seu direito de defesa ou, se quisermos, um meio de defesa. Mas também qualquer dos interrogatórios visa contribuir para o esclarecimento da verdade material, podendo nesta medida legitimamente reputar-se um meio de prova”.

E ainda, no mesmo sentido se pronuncia GERMANO MARQUES DA SILVA, SILVA, - vide Curso de Processo Penal, Vol II, Verbo, Lisboa, 4ª ed., 2008, p. 197 - ao considerar que “as declarações do arguido, em qualquer das fases do processo, revestem uma dupla natureza, de meio de prova e de meio de defesa, o que implica uma regulamentação específica”. Esta regulamentação específica decorre do especial estatuto processual do arguido, sendo que a compreensão do sentido e alcance das soluções agora consagradas só pode ser conseguida na sua plenitude no seu permanente cotejo com a sua matriz constitucional, a partir da qual se projetam, de forma harmoniosa, os diversos princípios que conformam o nosso processo penal.

Em todo o caso, podemos afirmar que a natureza das declarações de arguido como meio de prova é uma decorrência do seu direito de defesa. Nesta medida, não é de todo indiferente o momento processual em que tais declarações são prestadas, justamente porque o direito de defesa acompanha o arguido desde a sua constituição. E, podendo ser exercido sempre que o entenda, só com a fixação do objecto do processo (não ocorrida, aquando da prestação das declarações do arguido) ele possa ser exercido em toda a sua extensão.

Adrede, a reforma de 2007 veio acentuar a natureza das declarações de arguido como meio de defesa, ao consagrar a tese do Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 607/2003, de 05.12.2003, que considerou inconstitucional, por violação do disposto nos artigos 28.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

Constituição, a interpretação dos artigos 141.º, n.º 4, e 194.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, no sentido de, no decurso de interrogatório de arguido detido, a exposição dos factos que lhe são imputados e dos motivos da detenção se basta com a indicação genérica ao arguido das infrações penais de que é suspeito e da identidade das vítimas (de abuso sexual). Por isso, as alterações introduzidas em 2007 ao artigo 141.º, n.º 4, impuseram ao juiz de instrução a obrigatoriedade de informar o arguido dos motivos da detenção, dos factos que lhe são concretamente imputados, as circunstâncias de tempo, lugar e modo e os elementos do processo que indiciam os factos imputados, sempre que a sua comunicação não puser em causa a investigação, não dificultar a descoberta da verdade nem criar perigo para a vida, a integridade física ou psíquica ou a liberdade dos participantes processuais ou das vítimas do crime.

Neste contexto, o novo regime de admissibilidade de leitura em audiência das declarações feitas pelo arguido perante autoridade judiciária tem subjacente a sua especial valoração como meio de prova. Tal decorre do disposto no artigo 141.º, n. 4, alínea b) – aplicável a interrogatórios feitos pelo Ministério Público – que submete as declarações do arguido, em audiência, ao princípio da livre apreciação da prova, reforçado com o disposto no artigo 357.º, nº 2, que, por isso mesmo, lhe retira o valor da prova por confissão, a que se refere o artigo 344.º.

Ora, no caso em concreto, o arguido prestou declarações perante a Sra. Juíza de Instrução Criminal fazendo-o sobre factos parcialmente imputados, dado que as mesmas foram recolhidas nos autos que dos principais consubstanciam um apenso e, versando as mesmas sobre os factos imputados, alcançados sobre elementos do processo que consubstanciam prova proibida nesse apenso. Tais declarações que não consubstanciam uma confissão, no sentido do que se compreenda como um meio de prova autónomo – a esta luz, vejam-se os contributos do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/2004, de 05.03 2004, onde se firmou o entendimento que a independência da confissão por ser um ato livre de vontade que não deriva nem tem um nexo causal com provas que possam estar feridas de legalidade, só assim compreendida enquanto, à luz do artigo 344.º do Código de Processo Penal realizada em audiência de discussão e julgamento, não tem por isso qualquer virtualidade de excepcionar o efeito-à-distância.

E não o possuindo tal qualificação, enquanto meio de prova bastante e revelador da assunção de factos, e por isso, autónomo, nada retira a relação de *conexão entre a prova resultante da obtenção de dados (prova primária proibida) e a prova resultante da busca domiciliária (prova secundária)*, que se



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

mantém firme, obrigando à afirmação do referido efeito-à-distância, e consequentemente, a sua integral afetação.

*

Aqui chegados:

O Tribunal considerou provados os factos que descreveu de 1) a 6) do Elenco dos Provados, considerando para a demonstração dos factos de 1) e 2) a comunicação da Europol constante de fls. 2 a 7) e 30) a 32; do facto 3), na parte em que não o associa ao arguido, o teor de fls. 34 a 38 e o auto de visionamento de fls. 31 a 34; facto descrito em 4), no que se reporta à realização do ato judicial de busca e apreensão, assentou na análise do auto de busca de fls. 88 e bem assim no que se refere aos factos de 5) e 6), no auto de fls. 240 e 243. Relativamente ao meio de prova que consubstancia a comunicação provida do NCMEC, de fls. 2 a 34 do apenso 209/17.8TELSB, diremos que os efeitos decorrentes da prova obtida, bastamente analisados, tornam irrelevante a sua utilização, dado que a apreciação singela do referido documento não habilita a atribuição da conduta ao arguido.

Por fim, no que respeita aos factos respeitantes às condições pessoais, sociais e económicas do arguido, o tribunal valorou o teor do relatório social junto aos autos a fls. 367 verso e 369 verso, os documentos por si juntos com a contestação apresentada e que melhor constam de fls. 320 a 328 verso, sendo irrelevante, dada a decisão que se profere a fixação de factos relacionados à problemática que padece qualquer incursão sobre conclusões decorrentes do teor do relatório pericial de natureza sexual em direito penal de fls. 377 a 379 verso, a Nota de alta de enfermagem de fls. 243 a 253, ou o Relatório de Perícia médico-legal constante de fls. 334 a 342.

No que respeita aos antecedentes criminais do arguido (ausência), o tribunal valorou o teor do CRC junto aos autos a fls. 355 verso.

Em tudo o mais, considerando-se que a prova resultante dos dados (de base, de tráfego e de localização), conservados pelas operadoras identificadas nos autos e enviados ao presente processo na fase de inquérito se encontra ferida na sua validade, por consubstanciar prova proibida, não podendo ser usada e, por isso, valorada em sede de fundamentação de facto da decisão a proferir nos autos, a declaração de nulidade, acarreta consequentemente, senão obriga, a respetiva exclusão, pelo que se deram, como não provados os factos considerados de a) a o) do elenco dos Não Provados, sendo ainda



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

que a ausência de prova e a inexistência de confissão quanto aos factos por parte do arguido, que em julgamento, não prestou declarações, optando pelo direito ao silêncio que lhe assiste, determinou que bem assim se decidissem os que se relacionam ao dolo do agente, vertidos de p) a u) dos factos não provados.

*

IV - Do Enquadramento Jurídico-Penal da conduta do arguido

O arguido encontra-se acusado da prática, em autoria material, na forma consumada e em concurso real e na forma continuada, nos termos do disposto nos artigos 14.º, n.º 1, 26.º e 30.º, n.º 1 do Código Penal:

. de 2553 (dois mil, quinhentos e cinquenta e três) crimes de pornografia de menores, previstos e punidos pelas disposições conjugadas dos artigos 176.º n.º 1, alíneas b) e d) e n.º 5 e n.º 7 e n.º 8 do Código Penal por referência ao artigo 177.º, n.º 7 do mesmo diploma legal. (crianças de idade inferiores a 14 anos de idade)

. de 13 (treze) crimes de pornografia de menores, previstos e no artigo 176.º, n.º 4 e n.º 8 do Código Penal (representações realistas).

Pese embora o já acima explanado, não deixaremos de referir que, certamente por lapso, a acusação atribui à conduta do arguido a figura da continuação criminosa, a par da contabilização do número de ilícitos que acaba por lhe atribuir em descrita realização plúrima. Por outro lado, não deixamos também de anotar que a acusação indica como normas violadas a al. b) do n.º 1 do artigo. 176.º do Código Penal respeitante à ação de utilizar menores em fotografia, filme ou gravação pornográfica, independentemente do seu suporte ou de o aliciar para esse fim, sendo que não lhe atribui a prática de factos que se subsumam à norma, o que assim sucede quanto à norma contida no n.º 7, aportada à intenção lucrativa do agente, não descrita na peça acusatória.

Para o que nos interessa, dispõe o artigo 176.º, do Código Penal que:

“1- Quem:

(...)

c) Produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os materiais previstos na alínea anterior;



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

d) adquirir ou detiver materiais previstos na alínea b) com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder; é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

(...)

4 - Quem praticar os atos descritos nas alíneas c) e d) do n.º 1 utilizando material pornográfico com representação realista de menor é punido com pena de prisão até dois anos.

5 - Quem, intencionalmente, adquirir, detiver, aceder, obtiver ou facilitar o acesso, através de sistema informático ou qualquer outro meio aos materiais referidos na alínea b) do n.º 1 é punido com pena de prisão até 2 anos.”

No que respeita à agravação do ilícito, preceitua o artigo 177.º, n.º 7, do mesmo Código que “As penas previstas nos artigos 163.º a 165.º, 168.º, 174.º, 175.º e no n.º 1 do artigo 176.º são agravadas de metade, nos seus limites mínimo e máximo, se a vítima for menor de 14 anos. (...).”

Isto dito, a pedo pornografia ou pornografia infantil – com referência às condutas previstas no n.º 1 do art. 176.º do C.P. –, de uma forma geral tem sido entendida como qualquer representação, por qualquer meio, de uma criança no desempenho de atividades sexuais explícitas reais ou simuladas ou qualquer representação dos órgãos sexuais de uma criança para fins predominantemente sexuais.

Com efeito, conforme se refere no Ac. da RE de 17.03.2015, disponível em <http://www.dgsi.pt>: “De modo tendencialmente rigoroso e compatível com a intervenção do direito penal, o bem jurídico reside mais diretamente na proteção da personalidade em desenvolvimento dos menores, entendida tanto numa dimensão interior (psicofísica ou moral) como noutra exterior (social ou relacional), embora não deixando de atentar, ainda que remotamente, na sua autodeterminação sexual, opção neocriminalizadora justificada no reforço da tutela das pessoas particularmente indefesas” (vide, sobre o assunto, Pedro Soares de Albergaria/Pedro Mendes Lima, in “O crime de detenção de pseudopornografia infantil – evolução ou involução?” e Maria João Antunes, in “Crimes contra a Liberdade e a Autodeterminação Sexual dos Menores”, na Revista Julgar, Especial, n.º 12, Set./Dez.2010).

O crime de pornografia de menores é, pois, praticado, nomeadamente, por quem produzir, distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder, a qualquer título ou por qualquer meio, os referidos



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

materiais e ainda quem adquirir ou detiver tais materiais com o propósito de os distribuir, importar, exportar, divulgar, exhibir ou ceder (als. c) e d) do n.º 1, do artigo 176.º do Código Penal).

A este respeito, lê-se no Acórdão do STJ de 13.03.2019 (no Processo nº 3910/16.0T9PRT.P1.S1, de que foi relator o Exmo. Sr. Juiz Conselheiro Dr. Vinício Ribeiro, disponível na Internet, in www.dgsi.pt), que «As Nações Unidas definem pornografia infantil como sendo qualquer representação por qualquer meio de uma criança em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou qualquer representação das partes sexuais, de onde resulta que o conceito de pornografia infantil é amplo (cfr. art.º 2.º, c), do Protocolo Adicional à Convenção dos Direitos da Criança sobre o Tráfico de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia, de 2002), inexistindo pois qualquer distinção entre objecto pornográfico e erótico-sensual.

No que toca às faixas etária abrangidas cumpre sublinhar que “o limite etário dos 14 anos é normalmente entendido como a fronteira entre a infância e a adolescência. Citando Weinberg, Willians e Pryor, referindo que “os tipos de experiências sexuais que uma pessoa tem, especialmente durante a adolescência, são importantes na direção ou reforço do fluxo da sua preferência sexual”, sendo por sobremaneira um desenvolvimento adequado da sexualidade, no sentido de proteger a liberdade do menor no futuro, para que decida, em liberdade, o seu comportamento sexual”. (Ac.RE de 17.03.2015 in www.dgsi.com).

Neste sentido também Teresa Beleza, (in “O conceito legal de violação”), “já não é o pudor do jovem ou da criança (...) que está em causa (...), mas a convicção legal de que abaixo de uma certa idade ou privada de uma certa dose de autodeterminação, a pessoa não é livre de se decidir em termos de relacionamento sexual”.

A lei presume que a prática de atos sexuais em menor, com menor ou por menor de certa idade, prejudica o seu desenvolvimento global, e considera este interesse tão importante que coloca as condutas que o lesem ou ponham em perigo sob a tutela da pena criminal. Protege-se, pois, uma vontade individual ainda insuficientemente desenvolvida, e apenas parcialmente autónoma, dos abusos que sobre ela executa um agente, aproveitando-se da imaturidade do jovem para a realização de ações sexuais bilaterais. O que está em causa não é somente a autodeterminação sexual, mas essencialmente,



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

o direito do menor a um desenvolvimento físico e psíquico harmonioso, presumindo-se que este estará sempre em perigo quando a idade se situe dentro dos limites definidos pela lei.

Em jeito de conclusão, dir-se-ia que o legislador reconheceu o papel da sexualidade no desenvolvimento da personalidade humana e pretende proteger aqueles que, devido à sua imaturidade, ainda não têm capacidade para se autodeterminar nesta vertente.

O tipo legal de pornografia de menores pode revestir, no que ora releva, qualquer ato que se enquadre nas modalidades caracterizadoras, correspondentes às diferentes alíneas do n.º 1 do art. 176.º, em que transparece uma escala de valoração, embora punível de forma idêntica, desde a utilização de menor à detenção de materiais pornográficos com propósito legalmente definido.

Denota o objetivo do legislador de tutela antecipada do bem jurídico protegido, tratando-se de crime de perigo abstrato (quanto ao grau de lesão do bem jurídico protegido) e de mera atividade (quanto à forma de consumação do ataque ao objecto da ação) sendo que a utilização de material pornográfico com representação realista de menor e a mera detenção de materiais pornográficos merecem atenção punitiva. Por isso, a modalidade de realização do tipo legal de pornografia de menores em análise caracteriza-se pela existência de uma utilização indireta de menores, aceitando-se que a violação do bem jurídico liberdade e autodeterminação sexual de um menor não ocorre de forma direta. Assim, para além de uma tutela indireta da liberdade e autodeterminação sexual do menor, proibindo todo o mercado de produção, distribuição, importação, exportação, divulgação, cedência de material pornográfico, também se procura através da incriminação evitar danos na esfera pessoal do menor, que decorre da sua associação ao mercado pornográfico, com as sequelas físicas, emotivas, de reputação e honra que daí advêm.

De modo tendencialmente rigoroso e compatível com a intervenção do direito penal, o bem jurídico reside mais diretamente na proteção da personalidade em desenvolvimento dos menores, entendida tanto numa dimensão interior (psicofísica ou moral) como noutra exterior (social ou relacional), embora não deixando de atentar, ainda que remotamente, na sua autodeterminação sexual.

No que respeita ao tipo subjetivo do ilícito, é admissível qualquer forma de dolo.

A ampliação do tipo legal de crime, patente na sucessão legislativa - posto que o ilícito sob referência se autonomizou com a Reforma Penal de 2007, através da Lei n.º 59/2007, de 04-09, estando



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

até então os comportamentos densificados no crime de abuso sexual de menores – respeita os compromissos assumidos pelo Estado português e justifica-se pela necessidade de resposta à facilidade e rapidez de acesso e difusão de material pornográfico de menores na internet, com evidência na alteração deste tipo legal de crime, introduzida pela Lei n.º 40/2020, de 18-08.

No caso em apreço, porém e como vimos, a inadmissibilidade de valoração da prova que sustentava e onde se apoia a imputação dos factos atribuídos ao arguido ditou, como consequência, a sua não prova, impondo-se necessariamente a absolvição do arguido FMMV da prática da totalidade dos crimes de que estava acusado nos autos.

*

V - DECISÃO

Em face de tudo o exposto, acordam os juízes que compõem o Tribunal Coletivo do Juízo Central Criminal de Setúbal:

a) por força da declaração de inconstitucionalidade, com força obrigatória geral, da norma do artigo 4.º, conjugada com o artigo 6.º, e da norma do artigo 9.º todas da Lei nº 32/2008, de 17-07, proferida pelo Acórdão do TC nº 268/2022, de 19/04/2022), declaram proibida a prova resultante do acesso a dados de base, de tráfego e de localização, conservados pelas operadoras de comunicações eletrónicas identificadas nos autos, coligidos em fase de inquérito;

b) julgam estabelecido o nexo de causalidade exigido para a concretização plena do efeito-à-distância, declarando que o decidido em a) impossibilita, porque proibida, a valoração da prova apreendida na sequência das buscas domiciliárias realizadas nos autos (incluindo a subsequente apreensão, pesquisa, leitura e examinação pericial dos aparelhos e sistemas informáticos apreendidos);

c) em consequência do decidido em a) e b), **julgam improcedente por não provada** a acusação pública de fls. 279 a 296 dos autos e **absolvem** o arguido **FMMV** da totalidade dos ilícitos que lhe vinham imputados.

d) Sem custas crime – artigo 513.º e 517.º do Código de Processo Penal.

Notifique e deposite - artigo 372.º n.º 5 do Código de Processo Penal.

*

Setúbal, 15 de dezembro de 2022



Tribunal Judicial da Comarca de Setúbal
Juízo Central Criminal de Setúbal - Juiz 3

Palácio da Justiça, Rua Cláudio Lagrange
2904-504 Setúbal

(Processo Comum Coletivo n.º 776/16.3JDLSB – inclui apreciação dos factos investigados nos NUIPC 209/17.8TELSB e 7081/18.9LSB)

(Juízo Central Criminal de Setúbal – Juiz 3)

Belmira Raposo Felgueiras

Paula Sá Couto

Pedro Godinho