

COLEÇÃO TEMAS

01

▼

DA PROVA INDIRETA OU POR INDÍCIOS

▼

JURISDIÇÃO PENAL
E PROCESSUAL
PENAL

JULHO
2020

40 ANOS
CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

WWW.CEJ.PT

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento de Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

“Probar una intención es una tarea complicada,
porque las intenciones non son hechos externamente observables”.

Gonzalez Lagier¹

A prova indiciária tem vindo a ser, cada vez mais, um tema do interesse da doutrina e da jurisprudência, e designadamente na sua relação com factualidade respeitante ao dolo. A criminalidade cada vez mais sofisticada impõe essa análise por parte do Julgador, indo longe os tempos em que o formalismo exacerbado se confinava à mera permissibilidade da prova direta, tolhendo esse entendimento as soluções que uma Justiça eficaz poderia e deveria alcançar.

Miranda Estrampes define a prova indiciária como sendo a atividade intelectual de inferência realizada pelo julgador – uma vez finalizado o período de produção de prova, mediante a qual, partindo de um conjunto de indícios, se chega a uma afirmação consequência, distinta da primeira, através de um enlace causal e lógico existente entre ambos, integrado pelas máximas de experiência e regras da lógica².

Como justamente ensina o Conselheiro Santos Cabral³, neste tipo de prova intervém, mais do que em qualquer outra, a lógica do juiz. Com efeito, através dela visa-se obter, partindo de proposições de facto comprovadas, novas proposições de factos, através das regras críticas da experiência e da lógica. E este processo, obviamente, exige um processo de atividade intelectual lógico de raciocínio do Julgador, distinto do da denominada prova direta.

Em particular, os indícios são essenciais em “*novos tipos de criminalidade, como é o caso da criminalidade económico-financeira, em que os sinais, ou indícios, são fatores essenciais para descodificar situações ambíguas*”⁴.

Passemos, pois, *pari passu* com o referido artigo do Cons. Santos Cabral, em revista os requisitos gerais da prova indiciária idónea a sustentar um juízo condenatório.

¹ In *La prueba de la intención y el principio de la Racionalidad Mínima*, no sítio http://dialnet.unirioja.es/servlet/dfichero_articulo?codigo=964175, último acesso em 9-03-2020.

² Cfr. Miranda Estrampes, Manuel, “Prueba indiciaria y estándar de prueba en el proceso penal”, no sítio https://issuu.com/wilberae/docs/prueba_indiciaria_manuel_miranda_estrampes, último acesso em 9-03-2020.

³ in “Prova indiciária e as novas formas de criminalidade”, in *Revista Julgar*, n.º 17, Maio-Agosto 2012, pp. 13-33.

⁴ Santos Cabral, *loc. cit.*

De acordo com os Ac. do Tribunal Superior Espanhol n.º 190/2006, de 1 de março, para que o juízo de inferência resulte em verdade convincente é necessário que i) a base indiciária, plenamente reconhecida mediante prova direta, seja constituída por uma pluralidade de indícios, ii) que não percam força creditória pela presença de outros possíveis contra indícios que neutralizem a sua eficácia probatória e iii) e que a argumentação sobre que assente a conclusão probatória resulte inteiramente razoável face a critérios lógicos do discernimento humano.

E no Ac. 392/2006, de 6 de abril, do mesmo Tribunal, exige-se como requisito formal que na sentença se explicite o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da verificação do facto punível e da participação do acusado no mesmo. Essa explicitação, que pode ser sucinta ou enxuta, é imprescindível no caso de prova indiciária, precisamente para possibilitar o controlo, em sede de recurso, da racionalidade da inferência. Importante é ainda, de acordo com o mesmo aresto, que se verifique que dos factos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexu preciso e direto, segundo as regras do critério humano.

Reproduzo, ainda, o Ac. 557/2006, de 22 de maio, do mesmo Tribunal Superior, na parte em que considera como pressuposto para a correta aplicação da prova por indícios a concomitância e inter-relação dos factos-base plenamente provados⁵. Mais nele se lê que constitui também pressuposto o estabelecimento entre os factos básicos e o facto que se pretende provar (facto consequência) de uma ligação precisa e direta segundo as regras do critério e experiência humanos. Essa ligação direta existe quando, confirmados os factos básicos, possa afirmar-se que se produziu o facto consequência porque as coisas usualmente ocorrem assim e assim o pode entender quem proceda a um exame detido da questão. E bem assim que o órgão judicial que utilize esse tipo de prova deve expressar na sua decisão os fundamentos da prova dos factos básicos e da sua conexão com o facto consequência, assim como analisar as explicitações que o arguido tenha oferecido, para admiti-los como credíveis ou refutá-los.

Também o nosso Tribunal Superior de Justiça já deu jurisprudência sobre este tipo de prova. O Ac. de 2.4.2011 ensina que tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contra-indícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que, sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto contra indiciante infirmando a conclusão que se tinha extraído do facto indício.

A motivação de uma convicção estribada no referido processo lógico impõe, pois, a conjugação de todos os indícios factuais constitutivos do tipo de crime, no sentido da sua conformidade com as regras da lógica, os conhecimentos científicos e as máximas da experiência crítica.

⁵ Redacção idêntica encontramos no Ac. que lhe é posterior, do nosso STJ, de 11.7.2001.

Na verdade, muitas das vezes o arguido não coloca em causa a factualidade objetivamente considerada, suportada que está, aliás, por prova documental. A prova é, pois, quanto aos factos compreendidos nos elementos objetivos do crime, direta e plena.

O que o arguido não aceita e nega é a sua responsabilidade quanto ao elemento subjetivo.

E, neste particular, deve sublinhar-se que a prova do dolo dificilmente se alcança de forma direta, a não ser por confissão, antes se apura por conjugação dos factos elementos do tipo com as regras do conhecimento comum e experiência de vida. Dificuldade acrescida reside em determinados tipos de criminalidade, em particular a económico-financeira, em que o delito é quase sempre praticado pelo *expert* da atividade, o que mais dela sabe e se serve desse *know how* de forma meticulosa, inteligente e subtil, do alto da sua posição de comando que o protege, sob a aparente capa da legalidade de cada facto *de per se*, estrategicamente pensado.

E neste mundo das relações económico-financeiras, também dificilmente se espera assistir a depoimentos testemunhais sobre factos atinentes a vontades delituosas que não se expressam de forma direta, antes se insinua pela volatilidade da palavra; e dificilmente se espera que as testemunhas, enredadas nas relações profissionais hierárquicas e de poder, as exponham com o seu relato, subjugadas que estão, não raras vezes e por força das circunstâncias da vida, à débil natureza humana.

Ciente da dificuldade de obtenção deste tipo de prova, Ragués i Vallès, in “*Consideraciones sobre la prueba del dolo*”,⁶ escreveu sobre a prova dos factos subjetivos ou psicológicos: “*la constatación de estos hechos resulta especialmente compleja, pues, a diferencia de lo que sucede con la prueba de otros elementos fácticos, el conocimiento ajeno es un dato que se sitúa más allá de la percepción sensorial y, por tanto, para su descubrimiento bien poca cosa pueden aportar los medios probatorios más habituales, como la prueba testefical*”. E logo adiante acrescenta que tradicionalmente existem dois grandes meios probatórios para os factos psíquicos, a saber, a confissão e “*la prueba de indicios, es decir, la aplicación por parte del juez de determinadas máximas de experiencia a hechos de naturaleza objetiva previamente probados*”. Propõe, então, regras de atribuição do conhecimento, convocando a análise das designadas regras da experiência sobre o conhecimento alheio que permitem determinar, a partir da concorrência de certos dados externos, o que representou o sujeito no momento de pôr em prática uma certa conduta. Ensina Ragués i Vallès, que o que permite ter como correta uma regra de experiência é a existência de um amplo consenso em torno da sua vigência, ou seja, não deve o juiz construir ou inventar regras de experiência para cada caso, mas socorrer-se da interação social para as encontrar e, no caso particular da prova do dolo, deve deitar mão àquelas regras que se aplicam em sociedade para as atribuições mútuas de conhecimentos entre cidadãos.

⁶ No sítio

<http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/recej4/archivos/PRUEBA%20DEL%20DOLO%20RAGUES%20 8 .pdf>, último acesso em 9.03.2020.

Conclui, então, que só quando o juiz encontre na referida interação uma regra de experiência de vigência indiscutível, segundo a qual, assentes certos factos objetivos, uma pessoa inevitavelmente é conhecedora de determinados factos, poderá atribuir-lhe corretamente os mencionados conhecimentos.

E não se diga que a convicção sustentada em análise de prova indiciária não fundamenta uma convicção segura. Roxin⁷ defende que situações há em que a prova indiciária pode proporcionar uma prova mais segura do que as declarações das testemunhas do facto.

Framarino dei Malatesta⁸ escreveu com assinalável mestria a este propósito que *“La gran mayoría de los acontecimientos sucede fuera de la esfera de nuestras observaciones directas y por conseguinte, son muy pocos los hechos propios ojos. Este obstáculo lo superamos en parte por la observación directa de los demás, pues la mayoría de los hombres nos relatan lo que ellos han percibido y así el conocimiento de cada uno se sirve del conocimiento de todos. Pero esto también no es sempre possible, no sólo a la observación directa de nosotros mismos, sino también a la de otras personas que pudieran referírnolas. Nos preguntamos si el hombre deberá renunciar por eso al conocimiento de tales hechos y permanecer en la oscuridad, y contestamos que non, por fortuna. Entre una cosa y otra existen hilos secretos e invisibles para los ojos corporales, pero cognoscibles para los ojos de la mente, ténues hilos que constituyen el medio providencial que nos sirve para llegar a la conquista de lo desconocido y con la ayuda de los cuales la inteligencia humana, partindo de lo que conoce directamente, y llega a lo que no puede percibir de modo directo. Por esos caminos, invisibles a los ojos del cuerpo, es por donde el espíritu humano, al encontrarse antes las causas, nos lleva a pensar en sus efectos, nos induce a pensar en las causas. Y esas vías pueden conducir muy lejos y muy alto”*.


E no seu superior estudo, Gonzalez Lagier⁹ transcreve o Ac. do STS, de 20 de julho de 1990, que aqui por pertinente, se reproduz:

“La prueba de los elementos subjetivos del delito no requiere necesariamente basarse en las declaraciones testimoniales o en pruebas periciales. En realidad, en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testimoniales y periciales en sentido estricto. Por lo tanto, el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general”.

⁷ Claus Roxin, Derecho Procesal Penal, 2.ª Reimp., Editores del Puerto, Buenos Aires, p. 106, apud Herrera Guerrero, M. R., *“La prueba indiciaria”*, no sítio http://www.itaiusesto.com/wp-content/uploads/2012/12/4_9-Herrera-Guerrero.pdf, ultimo acesso em 23.10.2013.

⁸ *Lógica de las pruebas en materia criminal*, Vol. I, Bogotá, Temis, 1973, p. 218, apud Parra Quijano, J. *“Prueba indiciaria en el Código Penal Brasileiro y Código de Procedimiento Penal Italiano y su complementación con países europeos y americanos”*, no sítio <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php?journal=derpen&page=article&op=view&path%5B%5D=1144&path%5B%5D=1086>, último acesso em 9.03.2020.

⁹ *In ob. cit.*.



Por tudo isto, é com elevada expectativa que a compilação que ora se divulga, a primeira de uma coleção de e-books congéneres, convocará o interesse de todos os que diariamente lidam com matérias específicas e procuram, de forma mais eficiente, fazer a sua pesquisa para documentarem as suas análises e decisões.

A coleção constitui uma reconstituição de textos já publicados, até agora de forma dispersa em e-books subordinados a diversificadas matérias, desde o primeiro e-book relativo às Ações de Formação Contínua de Direito Penal e Processual Penal publicado pelo CEJ, em 2013, e até ao final do ano de 2019, bem como de artigos publicados na Revista do CEJ. É, pois, a prata da casa a assumir um reiterado protagonismo com uma sistemática, porventura, mais apelativa, porque mais específica para o caso *sub judice*.

São sete anos em que o CEJ procurou servir a comunidade jurídica, de forma gratuita e empenhada, consciente que o seu contributo para a Formação Jurídica e Judiciária deixou há muito o território português e, sobrevoando mares e céus, é comunhão de saberes, com um especial apreço por todos os países fraternos, em distintos continentes, terras em que a língua portuguesa é elo e madre do pensamento.

(HS)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Da prova indireta ou por indícios

Jurisdição Penal e Processual Penal

Rui Miguel Pereira Cardoso – Procurador da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários e Coordenador de Jurisdição

Maria Helena Cabral Susano – Juíza de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Alexandre José Au-Yong Oliveira – Juiz de Direito, Docente do Centro de Estudos Judiciários

José Manuel Lourenço Quaresma – Juiz Desembargador, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Patrícia Isabel Bártolo Naré Agostinho – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Carla Susana Teixeira Figueiredo – Procuradora da República, Docente do Centro de Estudos Judiciários

Coleção:

Temas

Conceção e organização:

Maria Helena Cabral Susano

Intervenientes:

José António dos Santos Cabral – Juiz Conselheiro no Supremo Tribunal de Justiça

Belmiro Andrade – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Coimbra

Ana Maria Barata de Brito – Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Évora

Luís Gominho – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto

Alberto Ruço – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto

Cláudia Pina – Juíza de Direito

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes – Juiz Desembargador, Coordenador do Departamento da Formação do CEJ

Lucília do Carmo – Departamento da Formação do CEJ

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

Para a visualização correta dos e-books recomenda-se o seu descarregamento e a utilização do programa Adobe Acrobat Reader.

Foi respeitada a opção dos autores na utilização ou não do novo Acordo Ortográfico.

Os conteúdos e textos constantes desta obra, bem como as opiniões pessoais aqui expressas, são da exclusiva responsabilidade dos/as seus/suas Autores/as não vinculando nem necessariamente correspondendo à posição do Centro de Estudos Judiciários relativamente às temáticas abordadas.

A reprodução total ou parcial dos seus conteúdos e textos está autorizada sempre que seja devidamente citada a respetiva origem.

Forma de citação de um livro eletrónico (NP405-4):

AUTOR(ES) – **Título** [Em linha]. a ed. Edição. Local de edição: Editor, ano de edição.
[Consult. Data de consulta]. Disponível na internet: <URL:>. ISBN.

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

internet: <URL: http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 13/07/2020	

Da prova indireta ou por indícios

Índice

1. Prova direta e indireta José António dos Santos Cabral	13
2. Prova indiciária Alberto Ruço	25
3. Presunção de inocência e prova indiciária na tramitação processual Cláudia Pina	55
4. A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira Belmiro Andrade	79
5. A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira, em especial a prova indireta e as regras da experiência comum José António dos Santos Cabral	91
6. A valoração da prova e a prova indireta Ana Maria Barata de Brito	111
7. Valoração da prova na criminalidade económico-financeira Luís Gominho	133

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1. PROVA DIRETA ▼ E INDIRETA

José António dos Santos Cabral



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. PROVA DIRECTA E INDIRECTA¹

José António Santos Cabral*

Vídeo da apresentação

Prova indiciária

I

Uma abordagem do tema da prova indiciária, e da sua evolução, necessariamente que tem de resultar numa visão holística que apele ao contexto em que a mesma evoluiu ao longo dos tempos.

Na verdade, uma perspectiva histórica da teoria da prova imprime a ideia de que os indícios têm sido um elemento essencial nalguns dos grandes processos criminais e hoje, mais do que em qualquer outro momento histórico, impõe-se a noção da sua importância.

Diversos factores se conjugam nesta relevância, realçando-se entre estes a impressionante evolução que se verificou na área da investigação criminal, que vai desde o ADN até às mais elaboradas tecnologias. Iguamente convocam o apelo à prova indiciária as imposições relativas ao combate a novos tipos de criminalidade em que os sinais, ou indícios, são factores essenciais para descodificar situações complexas nas quais surgem formas de actuação criminosa até agora quase desconhecidas.

A prova indiciária assume um papel essencial nestes novos domínios relativo a crimes complexos, e de difícil prova, como os que estão conexonados com a grande criminalidade económica. Falamos dum âmbito criminal em que é difícil a produção de prova, envolvendo a especificidade inerente a um universo multifacetado em que o crime económico, bem como o crime organizado, se entrecruzam em organizações herméticas que recorrem a operações labirínticas em que as práticas criminais surgem no seguimento de pactos de cumplicidade e auxílio mútuo.

A resistência à admissibilidade da prova indirecta, ou a sujeição da prova indiciária a critérios de exigência inultrapassáveis, pode conduzir a uma justiça formal, sem correspondência com a realidade.

Não surpreende, assim, que a secundarização da prova indiciária, ou a sua neutralização, assumam hoje um papel fundamental na tentativa de desresponsabilização dos agentes numa criminalidade económica, e financeira, de nível superior.

¹ Texto inicialmente publicado no e-book “Direito probatório, substantivo e processual penal – 2019” (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019. ISBN 978-989-8908-82-7. (Online em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/penal/eb_DrtProbatorio2019.pdf).

* Juiz Conselheiro, Supremo Tribunal de Justiça.

A relevância da prova indiciária como elemento fundamental na prova penal não é um mero acto de vontade desprovido de quaisquer regras, e derivado dum poder discricionário, mas, pelo contrário, depende de princípios, e regras, de natureza objectiva que se impõem ao julgador.

Por vezes, embora se reconheça a importância da prova indiciária em abstracto, não se consegue, em concreto, ultrapassar uma necessidade psicológica de comprovar exaustivamente que o indício apontado como premissa deve conduzir de forma inexorável a uma conclusão.

Directamente relacionada com tal incapacidade de superar tal dúvida metódica a questão que muitas vezes se coloca é do grau de conhecimento (*stock of knowledge* no dizer dos autores anglo-saxónicos) que o julgador deve estar apetrechado para afirmar, ou não, a existência duma relação de causa e efeito entre o indício e o facto indiciado, ou seja, o conhecimento que deve estar presente para afirmação duma inferência que leva ao conhecimento acima de qualquer dúvida^{2 3}.

Como referimos em anterior artigo dedicado a este tema⁴ maior parte das vezes a premissa maior integrante da prova indiciária é uma regra de probabilidade. Como refere Stein as regras da experiência quotidiana só podem levar a apreciações aproximativas.

Certamente que não é um grau de absoluta certeza que deve estar presente em cada inferência que se faz do facto indiciante ao facto indiciado. Como afirma Marieta⁵, corroborado pela totalidade dos Autores que se debruçaram sobre esta matéria, a prova indiciária é uma prova de probabilidades e é a soma das probabilidades que se verifica em relação a cada facto indiciado que determinará a certeza⁶. Todavia, a transposição da soma de probabilidades que dá a convergência dos factos indiciados para a certeza sobre o facto, ou factos probandos, que consubstanciam a responsabilidade criminal do agente é uma operação em que a lógica se interliga com o domínio da livre convicção do juiz.

² Como refere Patrícia Silva Pereira ("Prova indiciária no âmbito do Processo Penal", pág. 117 e seguintes), podemos reconduzir as várias referências a quatro diferentes níveis de convicção: *indícios para além da presunção de inocência, correspondente ao crivo do direito internacional criminal guilt beyond reasonable doubt; indícios fortes ou sinais claros correspondente ao crivo do clear evidence ou dringend tatverdacht; indícios suficientes ou prova bastante correspondente ao crivo da reasonable suspicion ou probable cause ou hinreichende tatverdacht; e, por fim, indícios fundados em suspeitas fundadas, fundado receio, e imputação do crime correspondente ao crivo boa fide suspicion ou anfangsverdacht.*

³ Para Renata Andrade (A Importância da prova indiciária em processo penal), *Quanto mais próximo de 100% for o standard estabelecido pelo julgador, mais culpados ficarão soltos e maiores serão os efeitos a impunidade danosos à sociedade, ainda mais em uma longa série de casos criminais. De outra parte, quanto mais baixo for o grau em que esse standard for estabelecido, maior será o número de inocentes condenados numa longa série de casos, ferindo-se gratuitamente o precioso direito fundamental, consistente na liberdade de inocente, que o Estado deve tutelar.* Disponível em <https://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/7076/1/renataalmadadeandrade.pdf>.

⁴ Prova indiciária e as novas formas de criminalidade José António Henriques dos Santos Cabral *JULGAR* n.º 17).

⁵ La Prueba em Processo Penal, pág. 59.

⁶ Acórdão do STJ de 27-05-2010.

Convicção sustentada, e motivada, mas que, nem por isso deixa de significar a passagem do domínio da possibilidade para a formatação de uma íntima convicção sobre a certeza do facto.⁷

Na verdade, a máxima da experiência, em que assenta a prova indiciária, é uma regra que exprime aquilo que sucede na maior parte dos casos, mais precisamente, é uma regra extraída de casos semelhantes.

A experiência permite formular um juízo de relação entre factos, ou seja, é uma inferência que permite a afirmação que uma determinada categoria de casos é normalmente acompanhada de uma outra categoria de factos. Parte-se do pressuposto de que “em casos semelhantes existe um idêntico comportamento humano” e este relacionamento permite afirmar um facto histórico, não com plena certeza, mas, como afirma Tonini⁸ como uma possibilidade mais ou menos ampla.⁹

A máxima da experiência é uma regra e, assim, não pertence ao mundo dos factos, consequentemente origina um juízo de probabilidade e não de certeza.

As inferências lógicas aptas a propiciar a prova indiciária podem, também, consistir em conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura media ou leis científicas aceites como válidas sem restrição.

Em matérias que impliquem especiais competências técnicas científicas ou artísticas, e que se fundamentam naquelas leis, é evidente que a margem de probabilidade será proporcional á certeza da afirmação científica.

Como refere Delleplane¹⁰ só quando a premissa maior é uma lei, que não admite excepções, a inferência que consubstancia a prova indiciária revestirá a natureza de uma dedução rigorosa.

A inferência só é certa, por excepção, quando se apoia numa lei geral e constante, ou seja, quando deixa de ser uma inferência analógica para passar a ser uma dedução rigorosa. Noutras circunstâncias estaremos sempre perante uma probabilidade, ou seja, na esteira de Moreno¹¹ a teoria dos indícios reduz-se á teoria das probabilidades e a prova indiciária resulta do concurso de vários factos que demonstram a existência de um terceiro que é precisamente aquele que se pretende averiguar.

Note-se que a concorrência de vários indícios numa mesma direcção, partindo de pontos diferentes, aumenta as probabilidades de cada um deles com uma nova probabilidade que resulta da união de todas as outras.

⁷ Acórdão do STJ de 23-02-2011.

⁸ La Prova Penale, pág. 16 e seguintes.

⁹ Acórdão STJ de 12-03-2009.

¹⁰ Nueva Teoria de la Prueba, pág. 56 e seguintes.

¹¹ La prueba de indícios, pág. 145.

No mesmo sentido se pronuncia Clement Duran quando refere que o princípio da normalidade se torna o fundamento de toda a presunção abstracta. Tal normalidade deriva da circunstância de a dinâmica das forças da natureza e, entre elas, das actividades humanas existir uma tendência constante para a repetição dos mesmos fenómenos.

O referido princípio está intimamente ligado com a causalidade: as mesmas causas produzem sempre os mesmos efeitos e tem justificação na existência de leis mais ou menos imutáveis que regulam de maneira uniforme o desenvolvimento do universo.

O princípio da causalidade significa formalmente que a todo o efeito precede uma causa determinada, ou seja, quando nos encontramos face a um efeito podemos presumir a presença da sua causa normal.

Dito por outra forma, aceite uma causa, normalmente deve produzir-se um determinado efeito e, na inversa, aceite um efeito deve considerar-se como verificada uma determinada causa. O princípio da normalidade fundamenta a eleição da concreta causa produtora do efeito para a hipótese de se apresentarem como abstractamente possíveis várias causas.

A análise das características próprias do facto permitirá excluir, normalmente a presença de um certo número de causas pelo que a investigação fica reduzida a uma só causa que poderá considerar-se normalmente como a única produtora do efeito. Provado no caso concreto tal efeito deverá considerar-se provada a existência da causa.

Do exposto resulta que o princípio da normalidade, como fundamento que é de toda a presunção abstracta, concede um conhecimento que não é pleno, mas sim provável.

Só quando a presunção abstracta se converte em concreta, após o sopesar das contraprovas em sentido contrário e da respectiva valoração judicial, se converterá o conhecimento provável em conhecimento certo ou pleno.

Só este convencimento, alicerçado numa sólida estrutura de presunção indiciária – quando é este tipo de prova que está em causa –, pode alicerçar a convicção do julgador.

Num hipotético conflito entre a convicção em consciência do julgador no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer.

Para que seja possível a condenação é imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com génese em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória.

A força da prova indiciária prende-se com a certeza do indício, a força do raciocínio inferencial, o grau de probabilidade da inferência efectuada e a gravidade da presunção resultante. De

todos esses factores há-de resultar a certeza possível num processo judicial, certeza que deverá ultrapassar a dúvida razoável^{12 13 14}.

A forma como se explana aquela prova, fundando a convicção do julgador, tem de estar bem patente o que se torna ainda mais evidente no caso da prova indiciária pois que aqui, e para além do funcionamento de factores ligados a um segmento de subjectividade que estão inerente aos principio da imediação e oralidade, está, também, presente um factor objectivo, de rigor lógico que se consubstancia na existência daquela relação de normalidade, de causa para efeito, entre o indício e a presunção que dele se extrai.¹⁵

Como tal, a enunciação da prova indiciária como fundamento da convicção do juiz tem de se expressar no catalogar dos factos base, ou indícios, que se considere provados e que vão servir de fundamento á dedução, ou inferência, e, ainda, que na sentença se explicita o raciocínio através do qual, e partindo de tais indícios, se concluiu pela verificação do facto punível e da participação do arguido no mesmo. Esta explicitação, ainda que sintética, é essencial para avaliar da racionalidade da inferência.

II

Como já oportunamente tivemos ocasião de afirmar,^{16 17} são dois os elementos da prova indiciária.

Em primeiro lugar o indício, que será todo o facto certo e provado com virtualidade para dar conhecer outro facto que com ele está relacionado.

Em segundo lugar é necessária a existência da presunção que é a inferência que, aliada ao indício, permite demonstrar um facto distinto.

A presunção é a conclusão do silogismo construído sobre uma premissa maior:

A lei baseada na experiência, na ciência ou no sentido comum que, apoiada no indício-premissa menor, permite a conclusão sobre o facto a demonstrar.

¹² Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-04-2011.

¹³ Como se refere no Acórdão do Tribunal Constitucional de 17-10-2018 *Ora, na prova por utilização de presunção judicial, a qual pode sempre ser infirmada por contraprova, na passagem do facto conhecido para a prova do facto desconhecido, intervêm juízos de avaliação através de procedimentos lógicos e intelectuais que permitem fundamentamente afirmar, segundo as regras da normalidade, que determinado facto, que não está directamente provado é a natural consequência, ou resulta com toda a probabilidade próxima da certeza, ou para além de toda a dúvida razoável, de um facto conhecido. Quando o valor da credibilidade do id quod e a consistência da conexão causal entre o que se conhece e o que não se apurou de uma forma directa atinge um determinado grau que permite ao julgador inferir este último elemento, com o grau de probabilidade exigível em processo penal, a presunção de inocência resulta ilidida por uma presunção de significado contrário, pelo que não é possível dizer que a utilização deste meio de prova atenta contra a presunção de inocência ou contra o princípio in dubio pro reo. O que sucede é que a presunção de inocência é superada por uma presunção de sinal oposto prevalecente, não havendo lugar a uma situação de dúvida que deva ser resolvida a favor do Réu.*

¹⁴ Acórdão da Relação do Porto de 14-01-2015.

¹⁵ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 26-10-2011.

¹⁶ Revista Julgar - N.º 17 – 2017, Coimbra Editora.

¹⁷ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-02-2012.

Não faz a nossa lei processual penal qualquer referência a requisitos especiais em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária. Por qualquer forma é incontornável a afirmação de que os mesmos devem ser graves e concordantes¹⁸, convergindo na direcção da mesma conclusão facto indiciante.

Na prova indiciária devem estar presentes condições relativas aos factos indiciadores, à combinação ou síntese dos indícios, à combinação das inferências indiciárias; e à conclusão das mesmas^{19 20 21}.

Assim, os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova directa, o que não obsta a que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito, provas directas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena^{22 23 24}.

Porém, estamos em crer que a exclusão de indícios contingentes e múltiplos, que não deixam dúvidas acerca do facto indiciante como prova de um facto judiciário, e pela simples circunstância de serem resultado de prova indirecta, é arbitrária e ilógica e constitui uma consequência de preconceitos considerando a prova indiciária como uma prova inferior.

Directamente relacionada com a questão da unidade, ou pluralidade de indícios situa-se a questão dos indícios periféricos, ou instrumentais, em relação ao facto probando. Significa o exposto que os factos indiciantes não têm de coincidir necessariamente com os que conformam o facto sujeito a julgamento, ou algum dos seus elementos ou bem a autoria material do facto ilícito, mas podem tratar-se de factos que estão em conexão, ou relação directa com aqueles, situando-se na sua periferia, sendo indicativos da realidade do facto que se pretende provar. Isto significa que devem ser concomitantes, ou seja, que devem acompanhar-se entre si por constituir diversos aspectos fácticas de um determinado facto penalmente relevante e que, em consequência têm uma existência comum e em paralelo^{25 26}.

É evidente que, consoante a génese do acto criminoso, assim, também, os indícios aparecem com uma densidade e formatação diversa.

Em crimes complexos, como é o caso da criminalidade económica, um dos instrumentos mais poderosos susceptível de ser utilizado pela investigação criminal é a denominada *intelligence*. A mesma assume uma natureza essencial numa área em que é cada vez mais evidente que a

¹⁸ Acórdão da Relação de Coimbra de 21-11-2011.

¹⁹ Dellepiene, obra citada pág. 93; André Martinez Arrieta, "La Prueba indiciaria" en La prueba en El proceso Penal.

²⁰ Para Mittermeier a força dos indícios determina-se pelo cumprimento em cada caso e para cada um dos indícios das condições exigidas; pelo seu número; pela sua natureza e concordância: pelas suas relações com as presunções informativas.

²¹ Acórdão do STJ de 9-10-2012.

²² Para Clement Duran, *La prueba Penal*, pág. 639, a prova indiciária pode realizar-se por qualquer meio probatório incluindo outra presunção (com recusa do velho aforismo *praesumptio de praesumptione non praesimitur*). No mesmo sentido, Echandia, Teoria General da Prueba judicial.

²³ MENDES PAIS.

²⁴ Confrontar Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-09-2011.

²⁵ Clement Duran, obra citada, pág. 640.

²⁶ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-09-2015.

investigação do caminho do dinheiro “sujo” é a forma mais eficaz para localizar determinados tipos de delinquência e, também, que a privação dos produtos da actividade criminosa constitui uma importante eficácia dissuasora.

A convicção sobre o valor da informação financeira como elemento de «intelligence» é relativamente nova e alterou o perfil das investigações nesta área. Abandonou-se a lógica de que as finanças seriam uma área a que seriam alheios os investigadores criminais e a ideia de que «intelligence» é só a informação adquirida secretamente ou através de fontes confidenciais. Hoje, a *intelligence* na área financeira é o conhecimento derivado de análises dos dados financeiros que oferece pistas à investigação, revelando indicadores que contribuem para a detecção e a prevenção do delito.

Os indícios oferecidos por tal actividade de *intelligence* apresentam-se múltiplos e de diferente natureza (documental, pericial, etc.) sendo necessária uma articulação e perspectiva global, sobre os mesmos e o seu significado.

Os indícios devem também ser independentes e, conseqüentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos, ou partes sucessivas, de um mesmo facto.

A exigência formulada por alguns autores no sentido de existência de um determinado número de indícios concordantes não se afigura de todo razoável e antes se reconduz a uma exigência matemática de algo que se situa no domínio da lógica.

Apenas se pode formular a exigência daquela pluralidade de indícios quando os mesmos considerados isoladamente não permitirem a certeza da inferência.

Quando o indício mesmo isolado é veemente, embora único, e, eventualmente, assente apenas na máxima da experiência, o mesmo será suficiente para formar a convicção sobre o facto.

Os indícios devem ser concordantes, ou seja, conjugar-se entre si, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada facto indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias²⁷.

As inferências devem ser convergentes, ou seja, não podem conduzir a conclusões diversas e a ligação entre o facto base e a consequência que dele se extrai deve ajustar-se às regras da lógica e às máximas da experiência.

Por igual forma deve estar afastada a existência de contra indícios pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária.

O contra-indício destina-se a infirmar a força da presunção produzida e, caso não tenha capacidade para tanto pela sua pouca credibilidade, mantém-se a presunção que se pretendia elidir.

²⁷ Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 21-11-2011.

Verificados os respectivos requisitos pode-se afirmar que o desenrolar da prova indiciária pressupõe três momentos distintos: a demonstração do facto base ou indício que, num segundo momento faz despoletar no raciocínio do julgador uma regra da experiência, ou da ciência, que permite, num terceiro momento, inferir outro facto que será o facto sob julgamento.

Assim, em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados.

Em seguida tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar é reconstrução do facto principal.

Esta síntese de factos indicadores constitui a pedra de toque para avaliar a exactidão e valor dos indícios assim como, também, releva para excluir a possibilidade de falsificação dos indícios.

Ao ocupar-se da prova por concurso de indícios, e estabelecer que condições devem estes reunir para fazer prova plena, os autores exigem, uniformemente, a concordância de todos os indícios²⁸ pois que, sendo estes factos acessórios de um facto principal, ou partes circunstâncias de um único facto, de um drama humano, devem – necessariamente – ligar-se na convergência das três unidades: o tempo, o lugar e acção, por forma a que cada indício esteja obrigado a combinar-se com os outros, ou seja, a tomar o seu lugar correspondente no tempo e espaço e todos a coordenar-se entre si, segundo a sua natureza e carácter, ou segundo relações de causa-efeito.

O terceiro momento reside no exame da relação entre facto indiciante e facto probando, ou seja, o funcionamento da presunção.

Como refere Duran a essência da prova indiciária reside na conexão entre o indício base e o facto presumido, fundamentada no princípio da normalidade conectado a uma máxima da experiência.

A máxima da experiência constitui a origem de toda a presunção, em combinação com o facto presumido que é o ponto de partido inverso e é o fundamento da mesma por aplicação do princípio da normalidade²⁹.

III

Aquele contra quem funciona a prova indiciária pode tentar infirmar a mesma por duas vias: ou através da contraprova que vise desvirtuar a força probatória do indício ou através da prova dum facto que se encontra em oposição com o potencial facto presumido³⁰.

²⁸ Deve afirmar-se que concordância e convergência são conceitos distintos. Como afirma Delleplane: a primeira refere-se aos indícios ou factos indicadores a segunda às deduções ou inferências judiciais.

²⁹ Vg a venda de objecto a preço muito abaixo do preço de custo ou a posse dos papelinhos de droga.

Importa distinguir entre contraprova dirigida a desvirtuar o indício e impedir a formação da presunção e a prova do contrário cujo objectivo é destruir a presunção formatada de acordo com o procedimento de inferência adequado.

Como refere Rosenberg³¹, a contra-prova pretende colocar em crise a realidade de um determinado indício. Através da mesma questiona-se a sua densidade e credibilidade, semeando a dúvida no espírito do julgador, abalando o seu valor probatório. Tenta-se provar que o fato indiciário não existiu, quer demonstrando que não ficou provado, quer invocando uma outra razão que coloque em dúvida a sua existência³².

A estratégia que vise anular o indício pode ser assumida em dois planos distintos: ou por contra-prova directa, visando demonstrar de forma imediata que o facto nunca existiu ou que a sua genética enferma de patologia processual que inviabiliza o seu aproveitamento, ou através de contraprova indirecta através da qual se pretende provar um facto que é incompatível com o indício, ou indícios, sobre os quais assenta a presunção, abalando a força probatória deste.

Como refere Clement Duran os "contra-indícios" são aqueles factos com cuja prova se pretende desvirtuar a realidade do facto indiciado, seja pela incompatibilidade entre ambos, seja pelo infirmar do indício.

Nos contra-indícios deverá o juiz recorrer "às regras de experiência e a afirmação de um processo lógico e linear". Ao aceitar a tese da defesa e os seus contra-indícios, tal como ocorre nos indícios, o juiz terá de verificar se os mesmos estão provados por prova directa (que, no caso, teria de ser apresentada pela defesa) tendo igualmente de verificar se os contra-indícios são concordantes entre si e enfraquecem ou afastam a utilização dos indícios condenatórios, o que o juiz deverá fazer recorrendo sempre às regras de experiência e da lógica, não podendo simplesmente aderir a uma tese apenas porque ela se mostra plausível e susceptível de abalar a tese da acusação³³.

Uma das questões suscitadas pela instrumentalização dos "contra-indícios" é a relevância que o tribunal lhes deve conceder quando se demonstra a sua inexactidão ou falsidade, ou seja se decidir na comprovação de tais circunstâncias qual a sua consequência.

A simples constatação de que a justificação avançada pelo arguido no sentido da exculpação é falsa ou até mesmo, a convicção de que não é crível ou é inconsistente, não pode ser usada como indicação da sua autoria do crime imputado.

³⁰ Vouga.

³¹ L Rosenberg, La carga de la Prueba, Buenos Aires, Edicion jurídica Europa America, 1956, pág. 69.

³² Gomez Colomer Derecho Jurisdiccional, Tomo II, volume I, Barcelona, Bosch, 1981, pág. 300.

³³ A utilização da prova indiciária no crime de abuso de informação privilegiada, Faculdade de Direito, Universidade Católica do Porto. Disponível em:

<https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/23802/1/M%C3%A1rcia%20Maria%20Teixeira%20Gomes.pdf>.

Importa, todavia, acentuar que, se a descoberta da falsidade da invocação, só por si, não pode fundamentar uma convicção de culpa, já terá um outro significado caso, paralelamente, existam outros indícios.

Efectivamente, se não é admissível ponderar as inexactidões e falsidades do arguido como ponto de partida conducente a uma convicção da autoria do crime praticado, tal não invalida que se valorize tal falsidade, caso a mesma logre a corroboração de outros indícios.

Como considerou o TC espanhol³⁴ "a futilidade da versão alternativa do arguido, ainda que não possa substituir a necessidade da prova da sua autoria dos factos, pode servir como elemento de corroboração dos indícios a partir dos quais se infere a sua culpa."³⁵

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/1ibchp6g7q/ipod.m4v?locale=pt>

³⁴ Acórdão 174/1985, 17 de Dezembro.

³⁵ Importa referir a inadmissibilidade legal de valorar o exercício do direito ao silêncio do arguido como indício pois que o exercício de um direito constitucional não pode, simultaneamente, constituir um indício de prova da culpa.



2. PROVA INDICIÁRIA

Alberto Ruço

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. PROVA INDICIÁRIA¹

Alberto Ruço*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

Os factos que o juiz declarará *provados* ou *não provados* na sentença penal respeitam a acontecimentos passados, a factos históricos, situados no tempo (hora, dia, mês e ano) e num certo espaço geográfico.

Como poderá o juiz convencer-se que tais factos afirmados na acusação ou na contestação ocorreram?

Responder-se-á que o convencimento resultará das provas apresentadas.

Mas o que são as provas, isto é, por que razão nos convencemos que A é uma prova de B? Deixarei a resposta, para já, em suspenso.

Apresentação *Power Point*



¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Direção da Audiência de Julgamento e Produção, Apreciação e Valoração da Prova em Processo Penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), a 21 de março de 2014.

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto.

Os factos que são descritos nas acusações ou nas contestações podem ser agrupados em dois tipos: factos regidos pelas leis causais da natureza e factos que são acções humanas, não submetidas àquelas leis causais.

Tipos de factos

Os factos que são descritos nas acusações ou nas contestações podem ser agrupados em dois tipos: **factos regidos pelas leis causais da natureza e factos que são acções humanas, não submetidas àquelas leis causais.**

21 de Março 2014

A ciência não tem conhecimento, até ao momento, de algum facto que tenha surgido do nada.

O julgador pode estar certo que os factos, caso tenham existido historicamente, não surgiram (misteriosamente) do nada.

Sendo assim, se os factos afirmados existiram e se estes não surgiram do nada, então temos de concluir que resultaram de um estado de coisas prévio.

Resultaram, por conseguinte, de um fundo ou contexto factual onde foram gerados.

Os factos não surgem do nada

Como os factos que existiram não surgiram do nada, temos de concluir que resultaram de um estado de coisas prévio.



Resultaram de um fundo ou contexto factual onde foram gerados.

21 de Março 2014

Por outro lado, além dos factos não terem resultado do nada, mas de um estado de coisas prévio, também é certo que esse estado de coisas prévio não se identifica com o caos.

Com efeito, o mundo não é caótico.

Antes pelo contrário, os cientistas estão convencidos que existe uma estrutura nomológica (governada por leis) da realidade que eles investigam continuamente.

E tanto é assim que a estrutura nomológica da realidade não é refutável.

Na verdade, se se descobre um facto que contraria a concepção vigente acerca da realidade, mudamos esta concepção, mas não mudamos a realidade, como é óbvio.

O mundo não é caótico

Os cientistas acreditam que existe uma estrutura nomológica (sujeita a leis) da realidade.

E tanto é assim que a estrutura nomológica da realidade não é refutável.

Se se descobre um facto que contraria a concepção vigente acerca da realidade, mudamos esta concepção, mas não mudamos a realidade, como é óbvio.

21 de Março 2014

E no que respeita às acções humanas, não existindo uma estrutura nomológica semelhante à da realidade física, existe todavia uma comunidade de crenças e comportamentos que dotam as acções dos outros de significado e compreensíveis para os demais, por forma a todos viverem em sociedade sem que esta seja um caos permanente.

As acções humanas não geram o caos

No que respeita às acções humanas, **não existindo uma estrutura nomológica** semelhante à da realidade física, existe todavia uma **comunidade de crenças e comportamentos** que dotam as acções dos outros de significado, sendo compreensíveis para os demais, por forma a todos viverem em sociedade, sem que esta seja um caos permanente.

21 de Março 2014

Sendo o mundo um contínuo devir, formado por um passado e um presente, e por futuros que em breve se convertem em passados, então, devido à estrutura nomológica da realidade, os factos são ao mesmo tempo causas e efeitos de estados de coisas que se sucedem no tempo, digamos, linearmente, uns a seguir aos outros.

Por outro lado, como os factos não existem isolados, mas partilham um fundo factual repleto de muitos outros factos, integrados em processos causais, como se fossem peças multifacetadas de um gigantesco puzzle vivo, em contínua mudança, dada a estrutura nomológica da realidade, todos os factos têm aptidão para se reflectirem e deixarem marcas nos restantes factos que os rodeiam e se situam lateralmente em relação aos processos causais lineares.

Passado – Presente – Futuro

Considerando o movimento do tempo em direcção ao futuro, os **estados de coisas factuais** são, ao mesmo tempo, causas e efeitos de estados de coisas que se sucedem, digamos, linearmente, uns aos outros.

21 de Março 2014

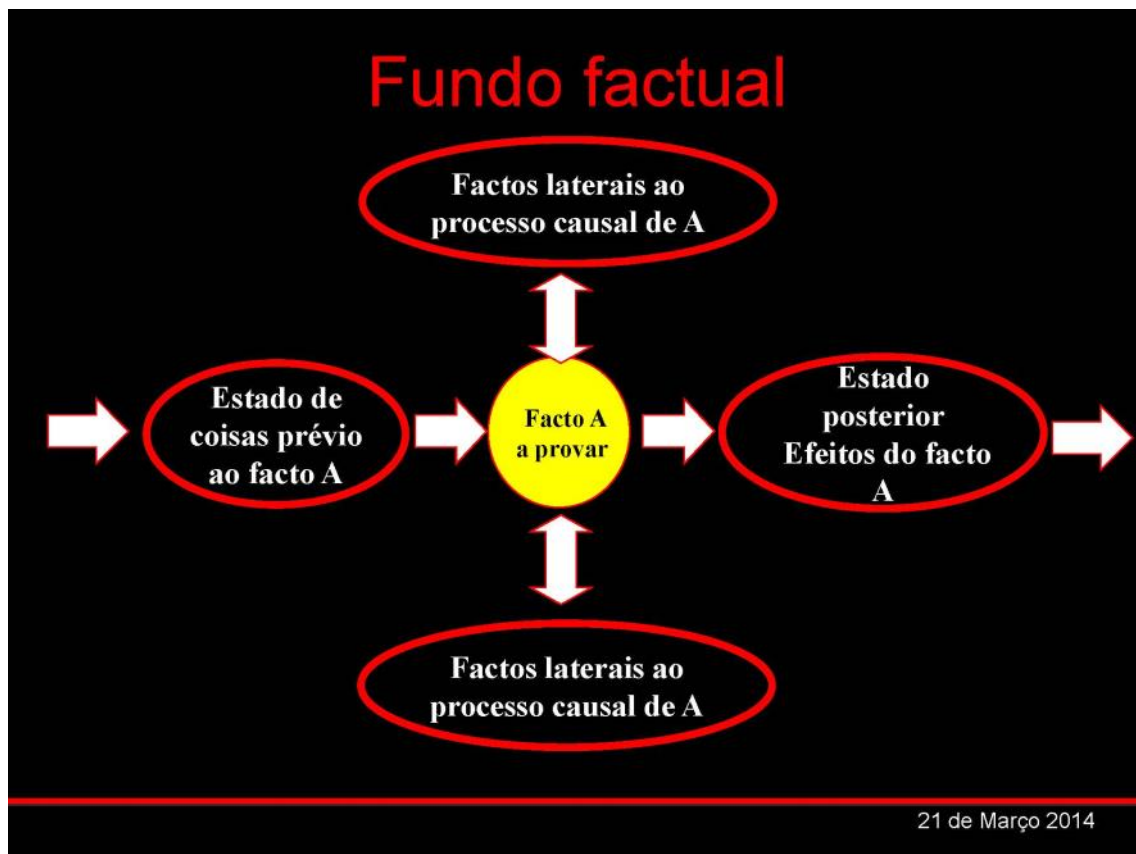
Reflexibilidade.

Reflexibilidade dos factos

Dada a **estrutura nomológica da realidade**, todos os factos têm aptidão para se reflectirem e deixarem marcas nos restantes factos que os rodeiam e se situam lateralmente em relação aos processos causais lineares.

21 de Março 2014

Esquema gráfico simples do fundo factual onde surgem os factos.



Ora, se os factos que existem são, como se afigura indubitável, um resultado de um estado de coisas prévio, então esse estado de coisas prévio contém em si a razão pela qual um facto existe, isto é, o estado de coisas prévio explica o facto posterior surgido no seu seio.

Todo o facto, se existiu, é explicável

O estado de coisas prévio contém em si a razão de ser ou a causa do facto posterior, isto é, o estado de coisas prévio explica o facto posterior surgido no seu seio.



Por isso, todo o facto, desde que tenha existido, é explicável a partir do estado de coisa anterior.

21 de Março 2014

Se a existência de um facto for controvertida ou incerta, mas verificarmos que existe um estado de coisas que, segundo as leis conhecidas, o produz com necessidade ou com probabilidade prática próxima da certeza, então convencemo-nos que o facto controvertido existiu.

Sendo assim, podemos concluir que a convicção passa pela explicação dos factos ou, dito de outra forma, a explicação gera a convicção.

Vejamos em que consiste a explicação dos factos.

Já se disse que os factos ou pertencem ao mundo da natureza ou são acções humanas governadas pela mente.

Se pertencem ao mundo natural, a explicação que lhes convém é a explicação causal, se se trata de uma acção humana a explicação adequada é de natureza teleológica.

Explicação e Convicção

Na prova indiciária a convicção passa pela explicação dos factos.



A explicação gera a convicção.

21 de Março 2014

Quanto à explicação causal, Karl Popper deu este exemplo de explicação causal, que aqui simplifico:

Premissa 1 – Leis (regras da experiência)

- (1) Para cada fio com uma certa estrutura E (determinada com base no material de que é feito, na sua espessura, etc.) existe um peso característico P a partir do qual o fio se partirá se for pendurado nele um peso superior.
- (2) Para fios com a estrutura $E1$, o peso característico P é igual a um quilo.

Premissa 2 – Condições iniciais singulares (factos históricos)

- (1) Este fio tem uma estrutura $E1$.
- (2) O peso pendurado neste fio foi de dois quilos.

Conclusão

O fio partiu.

Explicação causal – Nomológico-dedutiva

Premissa 1 – Leis (regras da experiência)

- (a) Para cada fio com uma certa estrutura E (determinada com base no material de que é feito, na sua espessura, etc.) existe um peso característico P a partir do qual o fio se partirá se for suspenso nele um peso superior.
- (b) Para fios com a estrutura $E1$, o peso característico P é igual a um quilo.

Premissa 2 – Condições iniciais singulares (factos históricos)

- (a) Este fio tem uma estrutura $E1$.
- (b) O peso pendurado neste fio foi de dois quilos.

Conclusão → O fio partiu.

KARL POPPER. *A Pobreza do Historicismo*. Lisboa: Esfera do Caos Editores, 2007, pág. 115.

21 de Março 2014

A explicação tem a forma de um silogismo em que a premissa maior é composta por leis (regras de experiência), a premissa menor por factos históricos e a conclusão resulta logicamente das premissas e, por isso, se designa este tipo de explicação como nomológico-dedutiva.

Para a acção humana a explicação apropriada é a explicação teleológica que conecta necessidades/motivos/razões/crenças → finalidades → intenções → acções e pode também adquirir a forma de um silogismo.

Premissa 1 – Leis (regras da experiência)

As cartas colocadas no marco dos correios são levadas pelo respectivo serviço e entregues na morada do destinatário.

Premissa 2 – Condições iniciais singulares (factos históricos)

Crença – José conhece a lei acabada de enunciar.

Motivo/finalidade – José tem o desejo e a intenção de remeter uma carta à sua mãe (que faz anos) e quer no momento T enviá-la.

Conclusão

José colocará a carta no marco dos correios, caso lhe seja possível, no momento T .

Explicação (teleológica) da acção

Necessidades/motivos/razões (inclusive deveres)/crenças → intenções
→ vontade → acções → finalidades.

Premissa 1

Lei – As cartas colocadas no marco dos correios são levadas pelo respectivo serviço e entregues na morada do destinatário.

Premissa 2

Crença - José conhece a lei acabada de enunciar.

Motivo/finalidade – José tem o desejo e a intenção de remeter uma carta à sua mãe (que faz anos) e quer no momento T enviá-la.

Conclusão

José colocará a carta no marco dos correios, caso lhe seja possível, no momento T .

Sobre a estrutura da acção ver com interesse, JOHN SEARLE, *Mente Cérebro e Ciência*. Lisboa: Edições 70, 2000, pág. 71 a 86.

21 de Março 2014

Dada a apontada estrutura nomológica da realidade, os factos-efeito são provas dos factos prévios, causais e esta afirmação torna-se mais clara se explicitarmos o mecanismo da explicação mostrando que é o mesmo mecanismo da previsão.

Que há uma simetria entre a previsão e a explicação. Vejamos o exemplo do fio.

Se conhecemos o resultado, isto é, o estado do fio partido, então explicamos o facto de ter partido usando a explicação causal antes referida.

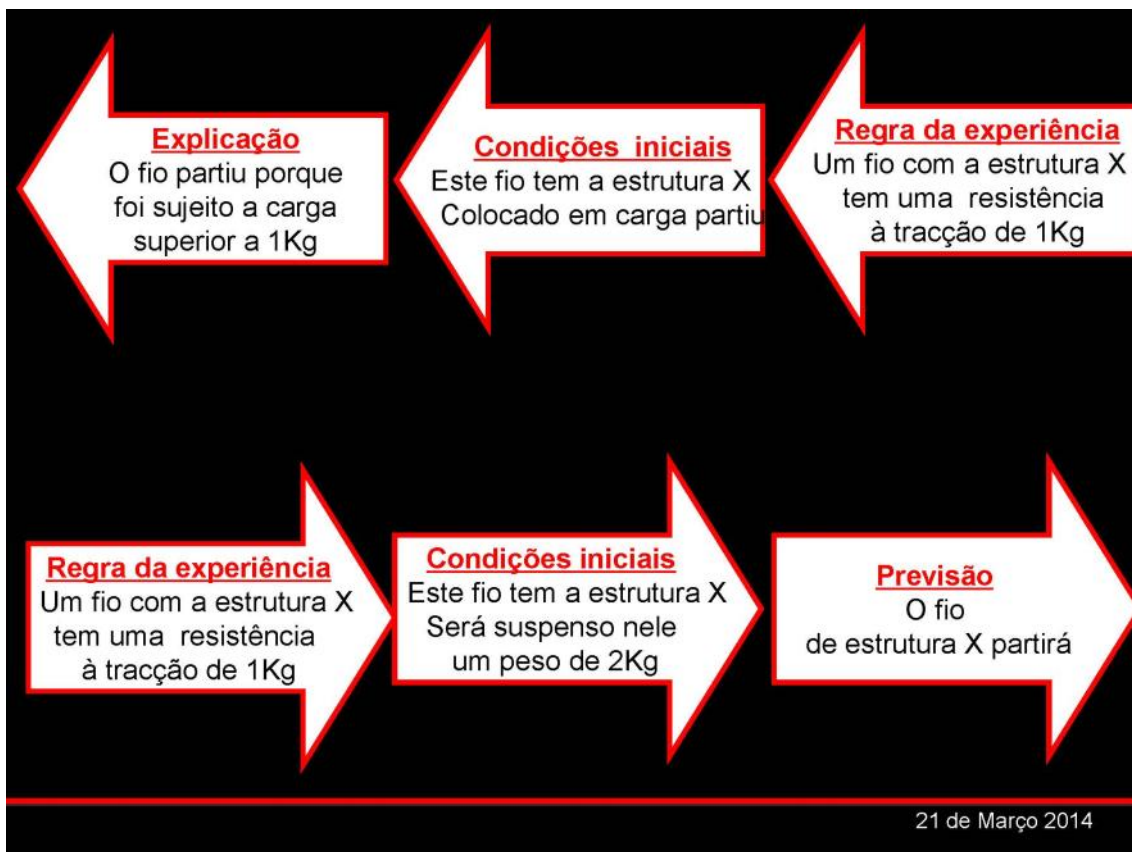
Se não conhecemos o facto, porque, por exemplo, ainda não ocorreu, podemos prevê-lo, ou seja, se colocarmos a hipótese de suspender um peso de dois quilos num fio que só possui resistência até um quilo, prevemos que o fio se partirá se for suspenso nele um peso de dois quilos.

Simetria entre a explicação e a previsão

Se explicarmos a rotura de um fio – efeito – afirmando, como «condições iniciais/causas», que o fio tinha uma resistência à tracção de um quilo e que foi suspenso no mesmo um peso de dois quilos – causa –, então também poderemos prever que o fio se partirá se suspendermos nele um peso de dois quilos.

21 de Março 2014

Esquema gráfico da simetria entre a previsão e a explicação.



Disse anteriormente e todos sabemos que assim é, que o juiz se convencia da existência dos factos através das provas.

Ora, se os factos a provar, no pressuposto de que existiram, resultaram de estados factuais anteriores, então os factos que compõem tal estado de coisas prévio são provas do facto subsequente.

E como este facto subsequente forma/faz parte também de um estado de coisas em relação a outros factos futuros que são seus efeitos, situados a jusante do facto a provar, então estes factos-efeito também são provas do facto cronologicamente anterior que funcionou como causa.

Já se poderá responder agora à pergunta sobre as provas. As provas são factos.

São provas os factos causais que explicam o facto a provar. São provas os factos que são efeitos do facto a provar.

E são provas os factos laterais que se reflectiram nos factos a provar ou sofreram os reflexos dos factos a provar.

Já se poderá responder agora à pergunta sobre as provas. As provas são factos.

São provas os factos causais que explicam o facto a provar. São provas os factos que são efeitos do facto a provar.

E são provas os factos laterais que se reflectiram nos factos a provar ou sofreram os reflexos dos factos a provar.

As provas indiciárias são factos

São provas indiciárias os factos causais que explicam o facto a provar

São provas indiciárias os factos que são efeitos do facto a provar

E são provas indiciárias os factos laterais que se reflectiram ou sofreram os reflexos dos factos a provar

21 de Março 2014

Estes factos que adquirem o estatuto de provas de outros factos são justamente os factos probatórios indiciários.

A valoração de um facto como indiciário exige uma certa forma de raciocínio, isto é, aquele raciocínio que ficou indicado relativamente à explicação causal e à explicação teleológica da acção humana.

É esse raciocínio que nos mostra que um facto é indício de outro facto.

Vejamos mais um exemplo conhecido de todos.

Raciocínio indiciário

Facto conhecido (provado): o pedaço de ferro A foi aquecido a uma temperatura de 100° célsius.

Regra (ponte): todos os metais dilatam com o calor.

Facto desconhecido (objecto de prova): o pedaço de ferro A dilatou.

21 de Março 2014

Sabemos desde os bancos da escola que os metais dilatam com o calor.

Sendo possuidores deste conhecimento, se verificarmos que um pedaço de ferro é aquecido por uma chama durante alguns minutos – facto conhecido –, concluiremos que esse objecto aumentou de volume – facto desconhecido –, ainda que não o tenhamos medido.

Ou, ao invés, dada a simetria entre explicação e previsão, se verificarmos que certo pedaço de ferro aumentou de volume – facto conhecido –, argumentaremos que o ferro esteve anteriormente em contacto com uma fonte de calor – facto desconhecido.

Verifica-se, pois, que a *ponte* entre o facto *conhecido* e o facto *desconhecido* se fez através de uma *regra* pré-existente, com carácter geral, como é típico das leis, a qual pode ser esquematizada, fazendo agora sobressair essa *ponte*, numa inferência como esta:

Facto conhecido (provado): o pedaço de ferro A foi aquecido a uma temperatura de 100° célsius.

Regra (ponte): todos os metais dilatam com o calor.

Facto desconhecido (objecto de prova): o pedaço de ferro A dilatou.

É a existência da regra ou lei geral que nos permite estabelecer a relação entre o facto conhecido *submissão do pedaço de ferro ao calor* e o facto desconhecido não observado, o seu *aumento de volume*.

Valor do raciocínio

O valor de certeza da conclusão depende, logicamente, do valor de certeza que a regra nos oferece, sabendo-se que uma regra é tanto mais certa, quanto menos excepções admitir.

21 de Março 2014

Facto indiciário

Queda para cave

Os únicos ferimentos consistiram em fracturas no pé esquerdo e na vértebra D12.

21 de Março 2014

O *valor de certeza* da conclusão depende, logicamente, do *valor de certeza que a regra nos oferece*, sabendo-se que uma regra é tanto mais certa, quanto menos excepções admitir.

As provas indiciárias são por isso provas indirectas, carecem da intervenção de uma regra que faça a ponte entre o facto conhecido e o facto desconhecido.

Factos indiciários

A menor passou a evitar despir-se à frente das colegas nos balneários da escola.

Recusava-se e não tomava banho juntamente com as outras raparigas, apesar da insistência da professora de ginástica.

Antes da data dos abusos, este tipo de comportamento era inexistente.

21 de Março 2014

As provas directas são aquelas que não carecem da intervenção de uma regra da experiência, como ocorre na prova testemunhal.

A testemunha está em contacto directo com o facto a provar e o facto a provar reflectiu-se no sistema sensorial e mental da testemunha e criou uma sua representação na memória da testemunha, diremos, por analogia, como se fosse uma fotografia.

Quando a testemunha descreve por palavras a representação do facto que guarda na sua memória, não intervém qualquer regra de experiência, nem se procede a qualquer explicação.

Tendo deixado uma ideia da natureza ou modo de ser da prova indiciária, passo à aplicação prática das ideias mencionadas, descrevendo dois casos simples retirados da prática judiciária.

Conceito de indício

Sendo as provas factos e as provas indiciárias factos que integram um processo explicativo ligado ao facto a provar, então poderá concluir-se que *um facto é um indício do facto a provar (ou base de uma presunção), quando é possível incorporá-lo no âmbito de uma relação explicativa de natureza causal, teleológica, quase-causal ou de qualquer outra espécie de explicação que seja válida para a matéria de facto submetida a prova, na qual o facto indiciário e o facto indiciado surgem reciprocamente ligados, de forma directa ou reflexa, por uma regra de experiência.*

21 de Março 2014

Sintomas de verdade

1. Relevância explicativa da hipótese
2. Susceptibilidade da hipótese explicativa ser confirmada ou refutada pelos dados empíricos
3. Sua confirmação por dados empíricos variados
4. Sua capacidade para explicar todos os factos conhecidos
5. Sua corroboração por novos elementos factuais (provas) inicialmente desconhecidos ou ignorados
6. Probabilidade forte da hipótese face aos factos já estabelecidos e às regras da experiência
7. Ser a hipótese com poder explicativo mais forte, que explica mais e melhor
8. Simplicidade
9. Coerência

21 de Março 2014

I. Queda para a cave

1. Em certa acção de responsabilidade civil não havia dúvidas que a autora, cliente de um estabelecimento comercial de utilidades domésticas, tinha caído para a respectiva cave através da abertura que existia no pavimento do estabelecimento, a qual respeitava a um sistema de monta-cargas que servia para descer as mercadorias que eram armazenadas nessa cave.

Na altura da queda a plataforma do monta-cargas estava a ser utilizada e, por essa razão, estava assente no piso da cave, deixando descoberta a respectiva abertura.

Não houve testemunhas da queda da autora, mas a queda era um facto certo, pois a autora foi retirada da cave.

A testemunha A, empregado da ré, pessoa que procedia às descargas, referiu que, na altura da queda tinha ido à rua buscar um novo carregamento, mas tinha colocado, na posição horizontal, a corrente metálica destinada a vedar o acesso de pessoas à abertura do monta-cargas.

A autora, ouvida em declarações, referiu que ia a olhar para os objectos colocados nas prateleiras e de repente «faltou-lhe o chão debaixo dos pés» e caiu para a cave, não admitindo que a corrente estivesse colocada, pois não tinha tocado em nada.

Foram ouvidas como testemunhas diversos funcionários do estabelecimento comercial, que sustentaram a tese da corrente se encontrar colocada horizontalmente, presa nos respectivos pilares.

A colocação da corrente na posição horizontal, que assim vedaria e impediria a passagem de clientes, tornava-se importante na medida em que poderia imputar à vítima alguma quota de responsabilidade na própria queda.

Não se atribuiu relevo ao depoimento da testemunha A com base na circunstância de ser empregado da ré e ser o eventual responsável pela não colocação da corrente a impedir a passagem.

Considerou-se que o emprego garante a sobrevivência das pessoas e que a falta ou perda de emprego é altamente prejudicial, pelo que, em regra, o empregado não terá, e não se sentirá, com a necessária liberdade para declarar o que viu, se porventura a verdade desfavorecer a sua entidade patronal.

Na análise acerca do que terá ocorrido, ponderou-se também a possibilidade de alguém ter colocado a corrente na posição horizontal antes de terem chegado ao local as testemunhas que afirmavam tê-la visto colocada nessa posição.

Tal colocação podia ter sido levada a cabo pela testemunha A, com o fim de apagar os vestígios da negligência havida, ou por alguém que instintivamente a tivesse colocado nessa posição com o fim de salvaguardar outras quedas, prevendo a afluência de pessoas ao local.

Quanto ao depoimento da autora, considerou-se que o mesmo não tinha, só por si, capacidade para formar a convicção no sentido de que os factos ocorreram como ela declarava terem ocorrido, pois era pessoa interessada, na medida em que era parte e, por outro lado, porque poderia ser objecto de alguma censura se admitisse que a corrente estava colocada horizontalmente, pois tal facto poderia levar a considerar-se que ela devia ter visto e não viu a referida corrente, sendo-lhe imputável, no mínimo, parte da culpa quanto à queda.

Apurou-se que esta corrente metálica se apoiava em dois suportes fixos; ficava a cerca de 70 centímetros de altura e a uns 20 centímetros da abertura do monta-cargas.

Como resulta do exposto, a questão que se colocava consistia em saber se a corrente estava ou não estava colocada horizontalmente, presa a ambos os suportes, quando ocorreu a queda.

2. O tribunal acolheu a versão da autora, mas não com base nas suas declarações.

Logicamente não atribuiu valor persuasivo ao teor dos depoimentos das testemunhas que afirmaram terem constatado a corrente colocada na posição horizontal, desde logo porque a corrente podia ter sido colocada nessa posição depois da queda.

A convicção do juiz baseou-se em dois tipos de indícios.

Com efeito, quando uma hipótese de facto ocorreu mesmo apresenta sintomas de verdade porque há identidade entre ela e a realidade e, sendo assim, tal hipótese, por ser real, obtém, em regra, confirmações variadas da sua existência nessa mesma realidade e esta não a refuta.

Isto é, a realidade acolhe-a no seu seio ao invés de a rejeitar, pois, tendo existido aí, nessa realidade, a hipótese real resulta do fundo factual onde ocorreu (foi fabricada aí), pelo que se reflectiu nele e recebeu dele influências variadas, tudo isto de acordo com a estrutura nomológica que existe no mundo natural e da lógica motivo-crença-intenção-finalidade que governa as acções humanas.

No caso havia dois tipos de indícios com aptidão para desfazer dúvidas quanto a saber se a corrente estava ou não colocada no momento da queda.

Primeiro conjunto de indícios – Considerou-se na motivação relativa à decisão da matéria de facto que acaso a corrente estivesse colocada na horizontal, amarrada aos respectivos suportes, então a autora teria chocado com a corrente antes de cair, como não podia deixar de ser.

Apurou-se no decurso da audiência que a autora media de altura 1,53 metros.

Nestas condições, a corrente ficaria sensivelmente a meio da altura da autora.

Por outro lado, se a corrente estivesse colocada, a autora, ao andar em direcção à corrente e ao embater nela, sensivelmente a meio do seu corpo, caso não parasse logo ao sentir o contacto e forçasse a corrente em direcção à abertura do monta-cargas, então a corrente teria impedido que o corpo da autora chegasse à abertura do monta-cargas, pois esta estava localizada ainda a cerca de 20 centímetros.

Nestas condições, a hipótese da autora ter caído, estando a corrente colocada horizontalmente, revelava-se improvável.

Segundo conjunto de indícios – Muito embora a autora não tivesse alertado para tal matéria, havia indícios que, aliados aos anteriores, apontavam com clareza para a hipótese da corrente não se encontrar colocada horizontalmente.

Com efeito, continuando a considerar a hipótese da corrente estar colocada horizontalmente, como a autora caiu para o interior da abertura do monta- cargas, este facto implicava que a autora tivesse passado por cima da corrente e implicava também que tivesse caído, digamos, de «cabeça para baixo», como quem mergulha, ou, pelo menos, numa posição «enrolada», mas nunca numa posição corporal vertical em relação ao piso da cave, pois a posição horizontal da corrente impedia uma queda com essas características.

Ora, verificava-se pelo teor do relatório do Instituto de Medicina Legal, onde se encontravam descritas as lesões sofridas pela autora em consequência da queda, que esta tinha sofrido fracturas no pé esquerdo e na vértebra D12 – trata-se da vértebra que faz a transição entre as vértebras dorsais e as lombares.

Estas lesões, e não havia outras, eram compatíveis com a hipótese da queda da autora numa posição corporal vertical, «de pé», posição em que todo o peso e pressão do corpo se concentra, ao embater no pavimento da cave, nos pés, pernas e coluna vertebral, ou seja, precisamente onde se registaram as lesões.

Estas lesões constituíam factos gerados pela queda, ou seja, indícios localizados causal e cronologicamente após os factos sob prova – colocação da corrente/queda para a abertura – e apenas se conciliavam com a hipótese da corrente não estar colocada.

Com efeito, se a corrente estivesse colocada horizontalmente, o corpo da autora como já se disse, tinha sido obrigado a passar por cima da corrente, mas como a corrente ficava sensivelmente a meio do seu corpo, isso significava o desequilíbrio e queda da autora em direcção à abertura, passando primeiramente sobre a corrente e entrando na abertura em primeiro lugar, a parte superior do corpo, ou seja, cabeça, braços e tronco, e só depois a parte inferior, isto é, pernas e pés.

Por conseguinte, era altamente improvável que a autora tivesse fracturado o pé esquerdo e a vértebra D12, se a corrente estivesse colocada, e era apropriado que tivesse sofrido tais lesões se tivesse caído numa posição corporal vertical a qual, por sua vez, era incompatível com a existência da corrente colocada em posição horizontal.

Nestas circunstâncias, a convicção não podia deixar de se formar no sentido da corrente não estar colocada².

II. Abuso sexual

1. Em certa comarca foi julgado um homem, com cerca de setenta anos, acusado de abuso sexual, tendo por vítima uma menina de dez anos de idade, sua vizinha.

Os actos consistiram em a menor se ter despido à frente do arguido, por diversas vezes, na casa deste, a troco de pequenas quantias de dinheiro e mais tarde também sob a ameaça, feita pelo arguido, de narrar o já sucedido a terceiros.

Face a renovadas e contínuas exigências do arguido, a menor acabou por contar o que se estava a passar com ela a uma colega da mesma idade, informação que acabou por chegar aos pais da menor.

O arguido negou peremptoriamente os factos, no que foi acompanhado por testemunhas que em audiência o consideraram incapaz de cometer acções como as que lhe eram imputadas pela menor e que constavam da acusação do Ministério Público.

As provas disponíveis consistiam essencialmente nas declarações da menor, no depoimento da colega com quem a menor tinha desabafado e dos pais, pessoas que não tinham, claro está, presenciado os factos.

Colocou-se a hipótese da menor estar a narrar factos inexistentes.

Porém, uma das testemunhas indicadas na acusação, professora de ginástica da menor, quando interrogada sobre o comportamento quotidiano da menor na escola declarou, entre outros factos, que a dada altura notou na menor uma alteração inexplicável no seu comportamento e que foi esta: subitamente, a menor passou a evitar despir-se à frente das colegas nos balneários da escola, e passou a recusar-se a tomar banho juntamente com as outras raparigas, apesar da insistência da testemunha, quando é certo que, anteriormente, este tipo de comportamento era inexistente.

2. Este facto foi valorado pelo tribunal como facto indiciário do abuso sexual.

Com efeito, verificou-se que este comportamento da menor coincidia com o período de abuso sexual referido na acusação.

Este comportamento da menor não constava dos factos descritos na acusação, muito embora constasse das declarações que a professora de ginástica tinha já prestado durante o inquérito e que reproduziu espontaneamente em audiência³.

² Dir-se-á, e é o caso, que se chegava a esta conclusão sem ouvir testemunhas, apenas com base nas lesões da autora descritas no relatório pericial, no conhecimento da altura da corrente quando colocada na posição horizontal e na distância desta à abertura do monta- cargas, factos estes que não eram objecto de controvérsia.

A alteração radical de um comportamento não pode deixar de surpreender e intrigar, por ser sabido que nada surge do nada, quer dizer, há-de ter existido algo que determinou este comportamento da menor que antes era inexistente, pelo que, mesmo desconhecendo de todo a possível causa, atribuímos-lhe uma causa genérica.

Pensamos desta forma, por esta razão: se algo não agir sobre uma coisa, essa coisa permanecerá a mesma; se essa coisa sofre uma alteração, então algo intrínseco ou extrínseco agiu sobre ela.

Por analogia aplicamos esta lei a situações que envolvem o comportamento das pessoas.

Se se verificar uma alteração abrupta no comportamento de alguém, sentimo-nos legitimados a inferir que algo terá ocorrido certamente e causado essa mudança.

No caso, a professora de ginástica, desconhecadora da situação de abuso sexual, ficou surpreendida com a alteração do comportamento da menor, que não compreendeu, mas nenhuma razão tinha, na altura, para colocar a hipótese de abuso sexual.

Mas, colocando-se esta hipótese, seja com base num qualquer indício, seja porque a menor denunciou o abuso sexual, então dada a simetria entre a explicação e a previsão atrás assinalada, a professora, ou qualquer outra pessoa, podia partir do efeito – a mencionada alteração do comportamento – para a sua causa explicativa.

Poderia inferir que um tal efeito podia ter como causa, entre outras causas adequadas, possíveis e concorrentes, uma situação de abuso sexual⁴.

Em sede de audiência de julgamento, este facto relativo ao comportamento da menor em relação ao banho, no contexto dos factos descritos na acusação, não podia ser considerado como fruto do acaso ou de uma causa irrelevante e, por isso, destituído de valor probatório.

Com efeito, uma possível causa para aquela alteração específica do comportamento da menor podia consistir, precisamente, no facto da menor ter sido ou estar a ser vítima de abuso sexual.

Efectivamente, é habitual que uma criança vítima de abuso sexual experimente um sentimento de vergonha que se pode reflectir no relacionamento interpessoal, evitando as situações de intimidade⁵.

³ Em situação de audiência de julgamento, a factualidade relativa à modificação do comportamento da menor constituiria um caso de alteração não substancial dos factos da acusação – al. f), do artigo 1.º, do Código de Processo Penal, a contrario –, podendo e devendo, se fosse o caso, ser introduzida na matéria factual atinente à acusação, nos termos previstos no artigo 358.º, n.º 1, do mesmo Código, com o fim de ser submetida a contraditório e a decisão por parte do tribunal.

⁴ Perante um facto surpreendente, procurar-se-á enquadrar o mesmo numa hipótese explicativa, a qual, se porventura se revelar verdadeira, mostrará que, afinal, o facto era algo de natural. Este tipo de raciocínio é denominado de abdução – Cfr. António Zilhão. *Pensar com Risco, 25 Lições de Lógica Indutiva*, 1.ª edição. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2010, pág. 45.

⁵ CHRISTIANE SANDERSON aludindo a esta problemática referiu que a criança «... também pode evitar situações em que o seu corpo se torne o foco da atenção, como nos esportes, na natação ou em actividades físicas que envolvam despir-se ou trocar-se na frente dos outros» – *Abuso Sexual em Crianças*. São Paulo: M. Books do Brasil Editora, Lda., 2005, pág. 207.

Neste caso, o comportamento da menor que fica relatado, aparecia como um efeito adequado e gerado pelas acções de abuso sexual.

No caso concreto em apreço este comportamento constituía, sem dúvida, um indício dos factos integradores do tipo legal de crime pelo qual o arguido vinha acusado, por se tratar de factos explicáveis tendo como causa geradora os concretos factos imputados ao arguido.

Também aqui, por virtude da simetria entre explicação e previsão, partimos de factos conhecidos – recusa da menor em despir-se e tomar banho à frente das colegas – para outros factos, desconhecidos situados a montante, os abusos sexuais imputados ao arguido.

Mas fazemos este percurso no âmbito de uma explicação⁶, na qual as alterações de comportamento ocupam o lugar do efeito, pelo que regredimos e inferimos a causa a partir dos efeitos.

3. Claro está que esta inferência não é acompanhada da certeza que encontramos numa explicação em que intervenham leis causais.

No domínio da acção humana, por não existir uniformidade no que respeita à reacção da cada pessoa a uma dada situação factual, uma situação factual em tudo idêntica a outra pode produzir ou não, num caso concreto, o mesmo tipo de reacção, pelo que esta inferência em regra carece de apoio, de confirmação, proveniente de outras provas.

Porém, verifica-se que este indício corrobora as declarações da menor e vice-versa e confere um alto grau de probabilidade à hipótese de facto constante da acusação, caso não se encontre uma explicação alternativa aos abusos sexuais, capaz de explicar a existência do mencionado comportamento da menor na escola.

Nestas condições, conjugando o depoimento da menor com este indício e com a ausência de explicação alternativa para a indicada alteração do comportamento da menor, bem como a ausência de quaisquer outros indícios com valor oposto à hipótese de facto constante da acusação, a convicção do juiz formar-se-á no sentido dos indicados abusos terem ocorrido.

4. Neste caso, o facto *indiciário*, o comportamento anómalo e reiterado da menor após a aula de ginástica, é um facto situado a jusante dos factos relativos ao abuso sexual submetidos ao veredicto do tribunal.

Tal comportamento é já uma consequência, um efeito, dos factos submetidos a prova, funcionando estes últimos como causa (*lato sensu*) de tal comportamento.

FRANCISCO ALEEN GOMES e TEREZA COELHO enumeram diversas alterações do comportamento de menores registadas na sequência de abusos sexuais – *A Sexualidade Traída (Abuso sexual infantil e pedofilia)*. Porto: Âmbar, 2003, pág. 52.

⁶ Afigura-se que a explicação será, neste caso, de natureza quase-causal, na medida em que não existirão aqui leis causais a conectar os abusos sexuais e o comportamento da menor, mas sim motivações da menor que a levaram a agir/reagir dessa forma; se intervierem leis causais, o que é potenciado pelo facto do comportamento em causa se inserir num padrão de comportamento, então a explicação revestirá, neste aspecto, natureza causal.

Por conseguinte, este indício não é directamente explicativo do abuso sexual, pois a explicação para ele reside nos motivos libidinosos específicos do agente.

Os actos de abuso sexual é que integram a explicação daquele comportamento da menor por ocasião da aula de ginástica.

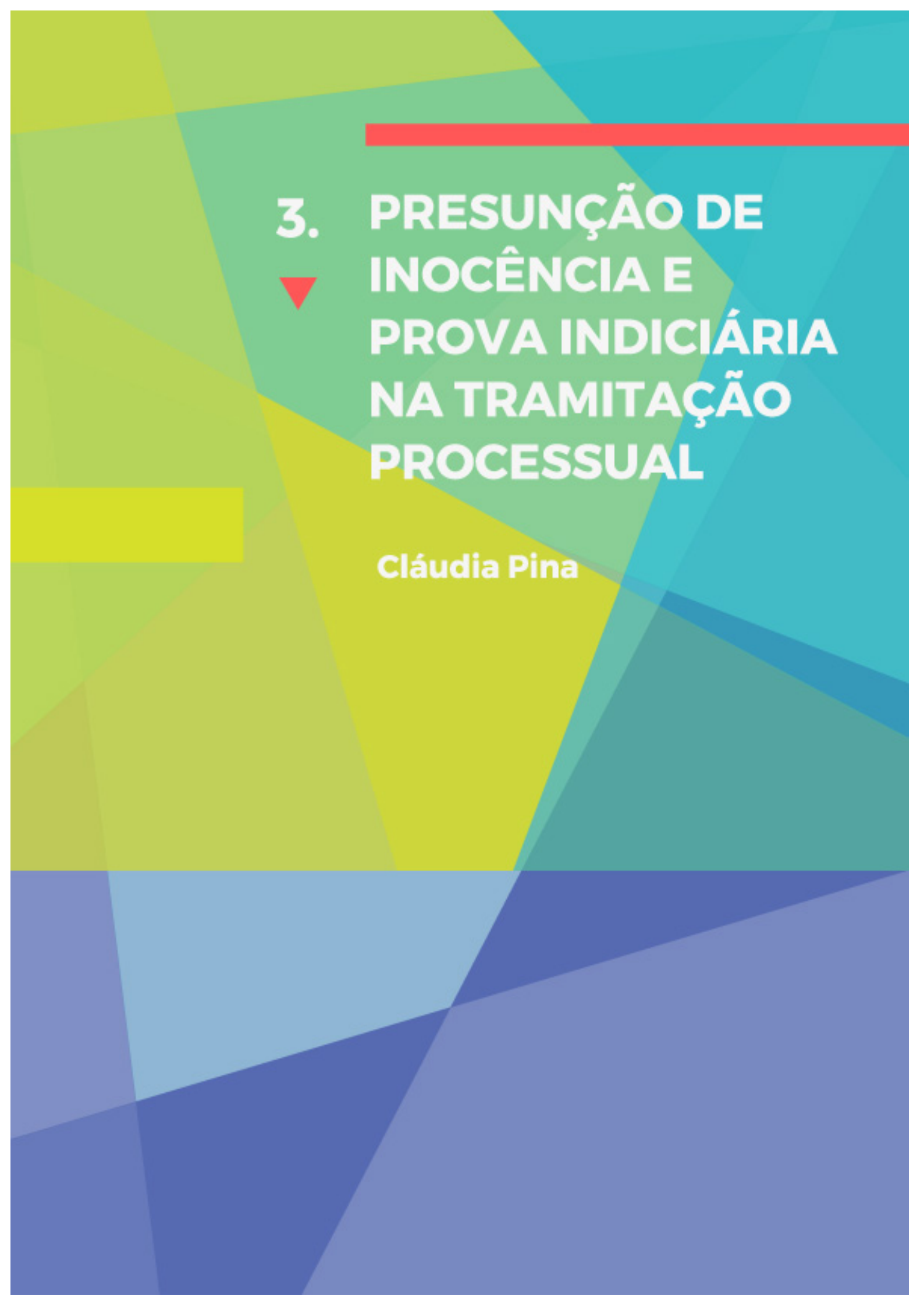
Mas quer os actos de abuso sexual, quer as motivações prévias do agente, quer o mencionado comportamento da menor, todos eles se inserem na mesma linha ou cadeia explicativa e é por isso que tal comportamento constitui um indício dos actos de abuso sexual, por surgir como um efeito típico destes.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/3mxyeb105/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**3. PRESUNÇÃO DE
▼ INOCÊNCIA E
PROVA INDICIÁRIA
NA TRAMITAÇÃO
PROCESSUAL**

Cláudia Pina

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E PROVA INDICIÁRIA NA TRAMITAÇÃO PROCESSUAL

Cláudia Pina*

RESUMO: Neste artigo são analisadas as consequências e manifestações do princípio da presunção de inocência nas decisões que encerram as fases de inquérito e instrução e a aplicação do princípio do *in dubio pro reo* no juízo de suficiência de indícios que as fundamenta. É abordada a questão da prova indiciária, a sua especial relevância na criminalidade económico-financeira e altamente organizada e a fundamentação do despacho de pronúncia em geral e quando a suficiência de indícios se baseia naquela prova.

Palavras-chave: *presunção de inocência/ in dubio pro reo/indícios suficientes/instrução criminal/prova indiciária*

A presunção de inocência trave-mestra transversal ao processo penal e direito fundamental do cidadão encontra-se estabelecido no sistema jurídico português sobre normas constitucionais e sobre normas que vinculam internacionalmente o Estado, devendo manifestar-se ao intérprete e ao aplicador do Direito, *ad initio*, desde o momento em que o indivíduo é percepcionado como infractor pelas autoridades que manifestam poder punitivo sobre o mesmo.

Tal significa que o suspeito e não apenas o arguido a constituir quando confrontado directamente pelas referidas autoridades nos termos do artigo 58.º do CPP, se encontram desde a sua sinalização pelas autoridades como agentes de um crime, abrangidos (ainda que em termos diversos) pelas garantias que decorrem do princípio da presunção de inocência.

Sem prejuízo da consideração da presunção de inocência enquanto regra de tratamento do suspeito/arguido no processo penal, conexas com o respeito pela sua intrínseca dignidade humana que dele faz um sujeito e não um objecto do processo, deve ser reconhecido ao princípio da presunção de inocência ainda no inquérito e instrução, uma aplicação plena no conteúdo dos despachos decisórios que afectam direitos fundamentais do arguido e definem a sua situação processual quer perante o Tribunal, quer extra-processualmente por decorrência da sociedade mediática de comunicação onde nos encontramos, perante os demais elementos da Comunidade¹.

Efectivamente esta manifestação extra-processual do direito a ser considerado inocente está ainda interligada àquelas decisões, as quais importam juridicamente um juízo ainda indiciário mas não deixam de ser percepcionadas como uma análise da culpa, por uma entidade sujeita

* Juíza de Direito.

¹ Sobre a tensão entre a Justiça e a Comunicação Social em relação ao princípio da presunção de inocência, escreve SANTOS CABRAL “*medias e justiça vigiam-se mutuamente. A missão da imprensa é informar de forma crítica e nesse exercício compreende-se a Justiça. Por seu turno a esta compete garantir a cada cidadão a presunção de inocência e o direito a um julgamento justo. (...) se, por um lado, o direito a uma informação livre e crítica é uma das condições de um regime democrático, por outro, o seu exercício pode comprometer um certo número de direitos fundamentais desses mesmos cidadãos como é a presunção de inocência*”, “Tribunais e Comunicação Social”: *Julgar*. N.º 22 (2014), p. 220.

a deveres de legalidade e objectividade, o Ministério Público e por outra que, revestida da imparcialidade e independência que caracterizam a magistratura judicial, emite um juízo distante de uma estrutura de direcção hierárquica ou direccionado a fins de política criminal, logo facilmente perceptível pela Comunidade como de valor reforçado quanto a essa culpabilidade.

- **Os despachos de encerramento do inquérito e da instrução e o *in dubio pro reo* enquanto decorrência do princípio da presunção de inocência**

O *in dubio pro reo*², corolário do princípio da presunção de inocência, constitui um critério de decisão apenas relativo à matéria de facto, que beneficiará o arguido, na parte que agora nos importa analisar, sempre que a autoridade judiciária se veja colocada perante uma dúvida razoável, objectiva e insanável.

Citando na doutrina portuguesa CASTANHEIRA NEVES, numa perspectiva que se entende abrangente nos sistemas jurídicos ocidentais, sobre o que se deve entender por *in dubio pro reo*:

*“É um princípio probatório, refere-se apenas à decisão sobre a prova dos factos, e não à interpretação e aplicação do Direito, quando a solução seja juridico-interpretativamente duvidosa, não há que aceitar a solução mais favorável ao réu, antes se deverá impor sempre a solução exacta (ou tida por exacta). O princípio não traduz qualquer favor rei, mas uma exigência probatória”.*³

Por sua vez, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO⁴ descreve-o como um critério de decisão que legitima a intervenção punitiva do Estado apenas quando se encontra afastada toda a dúvida razoável sobre a matéria de facto. Não se encontrando claro, no momento da decisão a proferir, que o arguido foi o autor de factos ilícitos e puníveis, tal dúvida insanável, perante a obrigação jurídica de ser emitida uma decisão, impõe que seja proferida decisão a favor do arguido, por não ser legítima a intervenção penal.

*O in dubio pro reo “funciona como limite de qualquer decisão condenatória, tornando efectivo no processo o princípio da presunção de inocência. Esta só é judicialmente afastada com a prova da responsabilidade do arguido para além de qualquer dúvida razoável. O princípio do in dubio pro reo constitui assim uma garantia processual de efectividade da presunção de inocência do arguido e do princípio da culpa, num Estado de Direito em sentido material”.*⁵

² Princípio que na doutrina europeia surge expressamente mencionado por SÜBEL, Christoph Carl: “Über das Kriminalverfahren in deutschen Gerichten mit besonderer Berücksichtigung Sachsens”, Apud BOLINA, Helena Magalhães, “Razão de Ser, Significado e Consequências do Princípio da Presunção de Inocência (Artigo 32.º, n.º 2, da CRP)”. Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º 70 (1994), p. 443.

³ NEVES, António Castanheira – Sumários de Processo Criminal (1967-1968). Coimbra: Ed. em offset, 1968, p. 56.

⁴ *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

⁵ PINTO, Frederico de Lacerda da Costa, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*. Coimbra: Almedina, 2013, vol. II, p. 1245.

Aceitando a doutrina que o *in dubio pro reo* se integra (ou até para alguns se confunde) com o princípio da presunção de inocência e sendo inquestionável que deverá ser aplicado à decisão final a proferir em julgamento, poderá na nossa perspectiva questionar-se se o mesmo não deverá ser igualmente aplicado às decisões finais a proferir nas fases preliminares do processo.

Recolhida a prova através das diligências que a autoridade judiciária que dirige a fase processual, inquérito ou instrução considerou pertinente e analisada a mesma, há que proferir despacho de encerramento da respectiva fase processual, o qual irá determinar o arquivamento do processo ou o seu prosseguimento, delimitando-o de acordo com o princípio do acusatório. Neste despacho será vertida uma conclusão que reconstrói os factos ocorridos, na medida em que o juízo humano os pode alcançar⁶, apresentando-se uma descrição histórica da actuação do agente que, não correspondendo necessariamente a uma verdade historicamente absoluta⁷ mas uma verdade judiciária, um juízo de certeza histórico-empírico “bastante para as necessidades práticas da vida (...), de probabilidade qualificada num grau tão elevado, que é quanto basta para as necessidades” da segurança jurídica comunitária.⁸

Este juízo de certeza histórico-empírico deve ainda debruçar-se sobre a culpa concreta, designadamente sobre a imputabilidade do agente e possibilidade razoável de a este vir a ser aplicada medida de segurança e abranger na sua formulação final não só as decisões de arquivamento/acusação ou não pronúncia/pronúncia mas também as soluções alternativas de acordo com o princípio da oportunidade – dispensa de pena e suspensão provisória do processo, as quais se encontram igualmente sujeitas à apreciação da suficiência de indícios.⁹

Será assim a apreciação crítica da prova por referência às normas aplicáveis que permitirá a formação da convicção, na autoridade judiciária quanto à existência de indícios que respeitem o critério de suficiência descrito nos artigos 283.º, n.º 2, e 308.º, n.º 1, do CPP, devendo fundar-se na apreciação de todas as provas recolhidas que não são proibidas ou que não são utilizáveis por não terem sido recolhidas de acordo com o procedimento aplicável, em conformidade com o princípio da livre apreciação da prova previsto no artigo 27.º do CPP, temperado por uma regra prudencial¹⁰ de experiência, razão e lógica¹¹, salvo no que resulta

⁶ CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Editora Danúbio, 1986, p. 204.

⁷ A verdade absoluta não pertence ao mundo das coisas humanas. A verdade para os efeitos que nesta discussão importam deve aliás distinguir-se da certeza, a qual é apenas um estado subjectivo do sujeito e que corresponde a um grau muito elevado de convencimento deste quanto à ocorrência dos factos, TARUFFO, Michele. *Simplymente la Verdad: el Juez y la Construcción de los Hechos*. Trad. de Daniela Accatino Scagliotti. Madrid: Marcial Pons, 2010, pp. 99 e 102.

⁸ ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985, vol. III, p. 246.

⁹ A suspensão provisória do processo pressupõe a existência de indícios suficientes da prática do crime. Tanto no inquérito como na instrução, a suspensão provisória do processo não pode ser uma saída ou expediente para situações de dúvida quanto aos indícios, caso em que deverá ocorrer arquivamento, Ac. RP, 18.11.2014, proc. n.º 18/13.3TAVFR-A.P1, [consult. 5.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

¹⁰ Idêntica ao *prudente apprezzamento* italiano, “*Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti*”, artigo 116.º, n.º 1, do CPC Italiano ou *sana crítica* espanhola.

¹¹ Na sequência da jurisprudência do Tribunal Constitucional, ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código de Processo Penal – à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 329.

da prova pericial ou documentos autênticos perante os quais a livre convicção se encontra limitada.

Adiantamos, porém, na construção do supra referido critério de suficiência, deverá a autoridade judiciária ponderar que a não submissão do arguido a julgamento, excepto perante a existência de indícios suficientes, particularmente qualificados, da prática de um crime é uma garantia de defesa que decorre do princípio da presunção de inocência¹² que abarca todo o processo penal.

É sobre esta perspectiva e tendo sempre no horizonte do pensamento crítico o princípio da presunção de inocência, que a autoridade judiciária deverá analisar a prova produzida¹³ e apreciar o conceito comum aos artigos 283.º, n.º 2, e 308.º, n.º 1, do CPP, concluindo ou não pela existência de indícios suficientes da prática pelo arguido de factos que preencham os pressupostos jurídicos “*de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança*”, abarcando-se assim uma suficiência não só em matéria de facto, mas também em matéria de Direito.

Assim é neste momento que a autoridade judiciária avalia a prova que contra o arguido foi trazida ao processo pelo Ministério Público, pelo assistente ou que foi recolhida a instâncias do Juiz de Instrução por força da aplicação do princípio da investigação, para concluir ou não, que a culpabilidade do agente será com alta probabilidade declarada em julgamento, por terem sido reunidos indícios suficientes que permitem concluir que o arguido preencheu com a sua conduta os elementos típicos da norma incriminadora, devendo ser alvo de uma pena ou medida de segurança.

Indício para os efeitos das normas relativas ao inquérito e instrução distingue-se do conceito de prova ou elemento de prova¹⁴, devendo ser considerado como o facto distinto do facto a provar, mas que o revela directa ou indirectamente, correspondendo aos sinais ou vestígios da sua ocorrência, que analisados com recurso a regras de experiência ou de leis científicas permitem a certeza judiciária da sua verificação¹⁵. Descrito o conceito e apesar de já se ter adiantado a nossa posição, há a referir que quanto à suficiência de indícios, são classicamente, nesta matéria, referidas três posições:

- Probabilidade mínima de condenação, desde que a acusação ou pronúncia não sejam manifestamente infundadas, critério que actualmente não tem acolhimento jurisprudencial.

¹² Quanto ao direito do arguido a não ser julgado sem que o Juiz de Instrução aprecie a suficiência de indícios, Ac. TC n.º 226/97, de 12.03.1997, [consult. 2.02.2016], URL: www.tribunalconstitucional.pt.

¹³ Ainda que no caso do Ministério Público e ao contrário do que sucede com o Juiz de Instrução, este não esteja obrigado a expor este raciocínio crítico na acusação. Em sentido contrário, no que concerne à prova indiciária, Ac. RL, 22.03.2006, proc. n.º 1124/2006-3, (consult. 6.02.2016), URL: www.dgsi.pt.

¹⁴ Prova pode significar fonte de prova, tudo o que é idóneo a formar um resultado na decisão judicial, meio de prova instrumento a partir do qual se adquire para o processo um elemento chave para a decisão, elemento de prova é o dado bruto obtido a partir da fonte de prova a utilizar na decisão antes de ser valorado pelo Juiz e por último resultado probatório, análise da credibilidade da fonte e atendibilidade do elemento obtido, TONINI, Paolo, *La Prova Penale*. (s.l.): Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 32.

¹⁵ *Ibidem*, p. 33. Ac. RP 14.01.2015, proc. n.º 2039/14.0JAPRT-A.P1, [consult. 6.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

- Probabilidade maior de condenação do que de absolvição, teoria da probabilidade dominante, que as probabilidades de condenação sejam superiores a 50%. De acordo com este critério, por indícios suficientes “entende-se a possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, em razão dos meios de prova já admitidos no processo, uma pena ou medida de segurança”.¹⁶
- Probabilidade forte, qualificada ou por outras palavras, especialmente elevada de condenação do arguido, segundo a qual os indícios apenas se podem qualificar de suficientes para fundar a acusação ou a pronúncia “quando, já em face deles, seja de considerar altamente provável a futura condenação do arguido ou quando esta seja mais provável do que a absolvição”.¹⁷

Ainda que se admita que o segundo critério referido tenha apoio na letra da Lei, a opção pelo mesmo enquanto basilar à opção pela acusação ou pronúncia, não é a adequada à concepção do princípio da presunção de inocência como basilar ao processo penal.

Com efeito, apenas a opção pelo último destes critérios, que não se afasta da letra da norma, é a conforme à Constituição no seu artigo 32.º, n.º 2, porquanto é aquela que assegura com maior rigor o direito do arguido a não ser submetido injustificadamente ao julgamento.

Assim, na nossa perspectiva, este juízo sobre a probabilidade qualificada de condenação, aproxima-se quanto ao grau de convicção da autoridade judiciária, da convicção a obtida pelo juiz de julgamento, distingue-se, no entanto, da certeza judiciária que funda a condenação pela natureza das suas conclusões e pelo seu carácter provisório no âmbito do processo.

Cumpram então questionar se esta opção por um grau de convicção qualificado quanto à suficiência de indícios admite a aplicação às decisões que encerram a fase de inquérito de instrução do princípio do *in dubio pro reo*, importando que a convicção da autoridade judiciária que as profere ultrapasse o critério da dúvida razoável.¹⁸

Erguer a fasquia da apreciação da prova nas fases preliminares do processo a este nível não é unânime, encontrando oposição doutrinal relevante. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO¹⁹ afasta o *in dubio pro reo* das decisões finais do inquérito e instrução, referindo que o legislador nas decisões finais do inquérito e da instrução se satisfaz no prosseguimento da acção penal, por si mesma nascida da dúvida e gravosa para o suspeito visado, com os meros indícios, com a probabilidade razoável da condenação, sendo esta suficiente para legitimar a intervenção penal subsequente do Estado.

¹⁶ SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*. Lisboa: Verbo, 2010, vol. II, p. 147.

¹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo, *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 133.

¹⁸ Sobre o conceito de dúvida razoável, LAUDAN, Larry, *Truth, Error and Criminal Law: An Essay in Legal Epistemology*. Chapel Hill – North Carolina: Cambridge University Press, 2006, p. 36 e seguintes.

¹⁹ Ob. cit., p. 72.

Igualmente PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE²⁰ considera que o *in dubio pro reo* não se aplica às referidas decisões dado que a autoridade judiciária que as profere não se encontra obrigada a fundá-las numa convicção para além da dúvida razoável.

No entanto e apesar da pertinência das objecções que afastam a aplicação do *in dubio pro reo* àquelas decisões e à maior proximidade que as mesmas possuem à letra da lei, consideramos, porém, que a solução que melhor se compatibiliza com a amplitude constitucional do princípio da presunção de inocência e que tem amplo acolhimento jurisprudencial²¹, na esteira do Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 439/2009²², o qual refere a necessidade de uma “*específica exigência de fundamentação do despacho de pronúncia orientada pelo princípio in dubio pro reo*”, será aquela que admite o crivo do *in dubio pro reo* à acusação/arquivamento e à pronúncia/não pronúncia. Efectivamente, a não restrição do princípio do *in dubio pro reo* à fase de julgamento, a partir da qual se pode inferir a afirmação de que a convicção das diversas autoridades judiciárias quanto à culpabilidade do arguido não deve sofrer alterações ao longo do processo, já era a florada por CASTANHEIRA NEVES ao referir que na suficiência de indícios está contida “*a mesma exigência de verdade requerida pelo julgamento final*”²³, negando-se assim a perspectiva que os indícios que são insuficientes para a condenação são ainda suficientes para fundamentar a acusação ou a pronúncia.²⁴

O juízo crítico formulado pelo Ministério Público ou pelo Juiz de Instrução Criminal que reaprecia a adequação do primeiro à prova produzida, abrange todos os pontos relevantes da determinação da ilicitude e culpa, bem como as causas da sua exclusão ou da exclusão da punibilidade relevantes e apenas poderá resultar na acusação ou pronúncia quando, a autoridade judiciária hipoteticamente colocada na posição do juiz de julgamento que aprecia a mesma prova, possa concluir pela condenação do arguido.

Em sentido idêntico se pronuncia CARLOS ADÉRITO TEIXEIRA²⁵, que fixando a indicição suficiente para acusar sobre o critério da elevada probabilidade de condenação, assenta sobre a convicção da autoridade judiciária para além da dúvida razoável, equiparada à que resulta do julgamento, valorando-se o *non liquet* relativo à prova recolhida no inquérito a favor do arguido e concluindo-se pelo arquivamento do processo.

²⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de – *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, p. 340.

²¹ Ac. RL, de 31.10.2013, proc. n.º 351/09.9TAPNI.L1-9 e 13.11.2014, proc. n.º 912/12.7TDLSB.L1-9, Ac. RE, 2.06.2015, proc. n.º 1083/13.9GDSTB, Ac. RG, 18.03.2013, proc. n.º 2123/09.1TAGMR.G2, Ac. RP, de 12.02.2014, proc. n.º 253/12.1GAVLC.P1 e 30.04.2014, proc. n.º 1645/08.6PIPRT.P2, [consult. 7.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

²² Datado de 3.09.2009, [consult. 7.02.2016], URL: www.tribunalconstitucional.pt.

²³ Ob. cit., p. 39, apesar de se reconhecer que nas fases preliminares do processo ainda não estão mobilizados todos os elementos probatórios que estarão disponíveis em julgamento e poderão ainda alterar o juízo formulado.

²⁴ Em sentido contrário, BELEZA Teresa Pizarro, “Tão Amigos que Nós Éramos: O Valor Probatório do Depoimento de co-arguido no Processo Penal Português”. *RMP*. Lisboa, ano 19, n.º 74, p. 47.

²⁵ TEIXEIRA, Carlos Adérito, “Indícios Suficientes: Parâmetro de Racionalidade e “Instância” de Legitimação Concreta do Poder-dever de Acusar”. *Revista do CEJ*, n.º 1 (2004), pp. 187 e seguintes. Saliencia, o autor que a aplicação deste critério não pode servir para colmatar as deficiências da investigação, dado que a dúvida terá de ser insanável, objectivável e razoável.

Igualmente, JORGE NORONHA e SILVEIRA²⁶, apoiando a sua posição no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 439/2009, refere que o princípio da presunção de inocência deve inspirar as várias soluções com reflexo sobre a situação do arguido ao longo do processo e por isso mesmo deve ter influência sobre o juízo de probabilidade a formular na acusação e pronúncia, não devendo o arguido ser sujeito ao vexame público do julgamento se não tiverem sido ultrapassadas todas as dúvidas razoáveis sobre a sua culpabilidade. Outra solução, segundo este autor, excluindo o “*princípio da presunção de inocência da valoração da prova indiciária reduz desproporcionada e injustamente as garantias de defesa do arguido em processo penal*”.²⁷

Concordando-se com o referido por estes autores e pelo Tribunal Constitucional no acórdão supra citado, considera-se assim que o juízo de prognose em que se baseia a acusação ou a pronúncia, apenas poderá resultar em desfavor do arguido, submetendo-o ao julgamento público como autor de um crime²⁸, quando a autoridade judiciária se encontra certa da sua culpabilidade e afastou na apreciação da prova produzida todas as dúvidas razoáveis que quanto a esta, num sentido lato, em qualquer dos seus pontos possíveis possam ocorrer.

Tal significa que não só não devem restar dúvidas à autoridade judiciária de que foi o arguido o autor dos factos, mas também que quanto às circunstâncias qualificativas, valor patrimonial associado ao crime, relação com a vítima, causas de punibilidade, imputabilidade do agente em razão da idade²⁹, causas de exclusão da ilicitude ou culpa, todas as dúvidas razoáveis foram afastadas e que a perdurarem, determinam a opção pelo arquivamento do processo ou não pronúncia.

A dúvida sobre quaisquer elementos fácticos (mas salienta-se apenas sobre factos e não sobre o Direito aplicável), finda a produção de prova essencial à descoberta da verdade, deve ser decidida a favor do arguido pelo Ministério Público e pelo Juiz de Instrução.

A ideia de que a prova apreciada no inquérito e instrução é meramente indiciária não significa que tenha um valor probatório inferior, significa apenas que os indícios qualificados que apontam para uma condenação, embora em tal seja pouco provável, podem ainda ser afastados por novos elementos probatórios que resultam da plenitude do exercício dos direitos de defesa em julgamento, onde poderão inesperadamente ser trazidas novas provas ou poderão de forma súbita serem perdidas outras que foram entretanto destruídas ou já não podem ser valoradas naquela fase processual.

A conclusão do inquérito ou instrução em desfavor do arguido, a sua exposição pública perante a Comunidade como provável autor de um crime, apenas pode ocorrer perante uma

²⁶ SILVEIRA, Jorge Noronha, “O Conceito de Indícios Suficientes no Processo Penal Português”. *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Livraria Almedina, 2004, pp. 155-181.

²⁷ *Ibidem*, p. 171.

²⁸ Ou até meramente sujeito a ser apresentado, em decisão que poderá ser pública, a ser apresentado como autor de um crime a quem foi aplicada a suspensão provisória do processo mediante injunção ou dispensa de pena.

²⁹ Aqui distinguimos a imputabilidade em razão da anomalia psíquica porquanto esta, em si mesma, não determina o arquivamento ou não pronúncia, porquanto o agente poderá ser ainda sujeito a medida de segurança.

convicção que afastou o *in dubio pro reo*, utilizando a terminologia anglo-saxónica *beyond a reasonable doubt*, evitando submetê-lo à exposição pública da sua eventual culpa se esta, para a autoridade que o submete nesses termos ao poder do Estado, essa culpa não é certa.

Se nas fases processuais em que não vigora ainda o contraditório pleno e onde a defesa poderá apresentar livremente todas as suas armas, a prova dos factos não é certa, não o será certamente em julgamento, encontrando-se o juízo de prognose a realizar limitado por esta conclusão pois qualquer outra diminui injustificadamente o direito fundamental à presunção de inocência que resulta do artigo 32.º, n.º 2, da CRP.

Assim, pese embora esta opinião não seja aquela que imediatamente resulta da letra da lei, consideramos com os fundamentos acima descritos, que a interpretação mais correcta da suficiência de indícios que subjaz às decisões finais do inquérito e instrução³⁰ passa considerar que estes devem ultrapassar a barreira do *in dubio pro reo*, num juízo de prognose sobre o que se irá passar na fase de julgamento.

Em suma, nesta perspectiva, a distinção dos juízos formulados pelos despachos que encerram o inquérito/instrução e a sentença não se verifica no grau ou intensidade da convicção que os funda, nem na extensão que deve ser dada ao princípio da presunção da inocência na sua vertente do *in dubio pro reo* mas sim na sua diferente abrangência.

Enquanto que no julgamento o Tribunal valora a prova, reconstruindo a verdade histórica possível de acordo com a mesma e dela retira uma consequência penal que decorre de normas substantivas, no inquérito e na instrução a prova é valorada para reconstruir o facto histórico ainda sem consequências punitivas, importando antes perspectivar a forma como irá decorrer o julgamento com a prova que nele puder ser apreciada e desta análise retirar uma consequência meramente processual, o prosseguimento ou não para aquela fase de acordo com um juízo segundo o qual todo o cidadão é sujeito de um direito fundamental a não ser apresentado em audiência pública como possível culpado de um facto ilícito do qual existem indícios ou para o público, em termos não jurídicos, provas que justificam tal exposição.³¹

Devemos assim concluir, em conformidade com uma aplicação ampla do princípio da presunção de inocência, que a submissão de alguém a julgamento não é um acto neutro, antes sendo no mínimo um incómodo e no limite um vexame, a evitar sempre que se perspectivem dúvidas quanto à prática dos factos que redundam naturalmente em algo menos do que a elevada probabilidade de condenação.

A “possibilidade razoável” a que se reporta o artigo 283.º, n.º 2, do CPP e assenta num juízo de prognose quanto ao que sucederá em julgamento de acordo com a racionalidade específica do mesmo mas também se refere a um juízo retrospectivo sobre a prova produzida em inquérito e/ou instrução “*que não se compadece com dúvidas insanáveis, razoáveis e*

³⁰ Ambas constituindo um pré-juízo sobre a responsabilidade jurídico-penal fundado na mesma teleologia e cujo percurso metodológico foi idêntico, CLUNY, António, *Pensar o Ministério Público Hoje*. Lisboa: Edições Cosmos, 1997, p. 49.

³¹ MESQUITA, Paulo Dá, *Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 91, 92.

*objectivas face ao princípio do in dubio pro reo*³², as quais de acordo com uma tendência natural decorrente do exercício do contraditório, não serão afastadas em julgamento.

- **Presunção de inocência e prova indiciária**

Apesar das conclusões que acima se retiraram quanto à aplicação do princípio da presunção de inocência na sua vertente *in dubio pro reo* às fases preliminares do processo, estas não redundam em critérios de prova mais ou menos exigentes, mas antes resultam não só num reforço da reserva de exposição pública do arguido ao julgamento, mas também numa maior eficácia do processo como um todo, evitando ao sistema judicial julgamentos que não deveriam ter existido, com a inerente maximização dos recursos judiciais. Porém, sendo sempre exigível a todos os magistrados objectividade e rigor na apreciação da prova, no âmbito do princípio da sua livre apreciação descrito no artigo 127.º do CPP, na busca do que deve ser o fim do processo penal – a verdade material judicialmente possível, “histórico-prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço, mas processualmente válida”³³, apenas as dúvidas que ultrapassem o parâmetro da razoabilidade nas fases preliminares, que se possam manter mesmo após uma exaustiva recolha de prova, análise criteriosa da mesma de acordo com regras de lógica, experiência ou ciência no espírito de qualquer cidadão colocado na posição da concreta autoridade judiciária, permitem a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

A suficiência de indícios, sempre aferida de acordo com a regra da livre apreciação da prova, que ultrapassa a barreira do *in dubio pro reo* com os fundamentos que já assinalámos, não prescinde da análise de todas as provas disponíveis à autoridade judiciária e não pode ser entendida como uma forma de determinar, por força da exigência de um grau especialmente elevado de certeza quanto à culpabilidade do arguido, numa quase certa impossibilidade de levar a julgamento aqueles crimes relativamente aos quais não seja possível obter alternativa ou cumulativamente confissão, prova testemunhal ou perícia que inequivocamente determine a autoria dos factos. Mas de igual modo, não podem as dificuldades probatórias de certos ilícitos presentes na sociedade moderna, praticados em isolamento pelos seus participantes, por vezes num contexto transnacional e naturalmente causadores de forte alarme social, sejam o terrorismo ou a criminalidade económica³⁴, funcionar como forma de atenuar as exigências probatórias, permitindo a exposição do visado como “criminoso” perante a opinião pública com a finalidade de demonstrar que o sistema de Justiça funciona eficazmente, ainda que ulteriormente se venha a absolver o arguido.

Como lapidarmente salienta PASTOR ALCOY³⁵:

³² Ac. RP 12.02.2014, cit. nota 21.

³³ DIAS, Figueiredo, *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1981, p. 194

³⁴ Neste sentido, Ac. TEDH Saunders v. The United Kingdom de 17.12.1996, [consult. 7.02.2016], URL: <http://hudoc.echr.coe.int/>.

³⁵ *Prueba Indiciaria y Presuncion de Inocencia: Análisis Jurisprudencial: Requisitos y Casuística*. Valencia: Editorial Práctica de Derecho, 1995, p. 58.

“La prueba indiciaria no puede degenerar en un recurso cómodo que atempere la gravosidad de la carga probatoria (...) el uso de la prueba indirecta debe conllevar un plus probatorio pues no solo se debe exigir probar el enlace entre el indicio y la conclusión incriminatoria, sino también se deberá probar que no son posibles otras conclusiones exculpatorias”.

O elevado critério probatório que se definiu para a suficiência de indícios não pode, pois, resultar numa prova diabólica a cargo da acusação, sob pena de total ineficácia do sistema judicial, em certo tipo de criminalidade, que adiante em concreto iremos referir.

É assim neste delicado equilíbrio entre a prova apresentada, a objectividade da sua análise, a segurança da Comunidade e a presunção de inocência do arguido em todas as suas vertentes, que se formam os juízos indiciários que resultam na acusação ou pronúncia.

Tal juízo será linear, sempre que a suficiência de indícios resulte de uma simples observação dos factos, obtida através de prova directa. A título exemplificativo podemos afirmar que assim será, quando a autoridade policial surpreende o agente a abandonar o local do furto, procede à sua detenção e revista do suspeito, apreendendo na sua posse a gazua utilizada no arrombamento e numa mochila que este transporta, objectos que o proprietário do espaço, inquirido como testemunha, identifica como seus.

Neste exemplo, o percurso lógico que nos permite formular um juízo de suficiência indiciária quanto à prática dos factos pelo agente, que hipoteticamente poderia ter exercido o direito ao silêncio, o que é feito entre os meios de prova, prova testemunhal e apreensões realizadas e os indícios que deles resultam quanto à acção do agente, é imediato, apreensível, sem recurso a um processo intelectual complexo e descritivo.

Noutros casos, a prova dos elementos típicos do crime, designadamente do seu elemento subjectivo, não pode ser obtida directamente nestes termos por não existirem meios de prova que nos permitam imediatamente reconhecer ou visualizar o dolo do agente.

Nestas situações é admissível que a prova seja feita por presunções, que não se confundem com presunções legais de culpa de consagração inadmissível de acordo com o artigo 32.º, n.º 2, da CRP, mas sim presunções judiciais, nas quais a autoridade judiciária, com recurso a regras de experiência e lógica, retira conclusões em matéria de facto, apoiadas em elementos concretos apurados nos autos, mediante o seu desenvolvimento dedutivo, possuindo a prova indiciária resultante valor idêntico aos meios de prova clássicos.³⁶

³⁶ Sobre esta matéria, expondo extensa doutrina e jurisprudência anterior, Ac. STJ 11.06.2014, proc. n.º 14/07.OTRLSB.S1 (no âmbito do qual se aprecia o crime de branqueamento), pp. 2584 a 2603 e de 12.09.2007 de Setembro de 2007, proc. n.º 07P4588, [consult. 7.02.2016], URL: www.dgsi.pt. No acórdão de 12.09.2007, refere-se expressamente que *“Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra”.*

Deste modo, a suficiência de indícios pode ser validamente atingida, sem recurso a um critério probatório inferior ao que atrás expusemos, quando na análise de determinados factos obtidos por prova directa, com recurso a regras de experiência e lógica, se obtém outro facto, consequência dos primeiros, que nos permite formular conclusões sobre o preenchimento dos elementos típicos do crime pelo agente, sendo que nestes casos nos encontramos perante a prova indirecta ou indiciária.

Como refere SANTOS CABRAL³⁷, classicamente distingue-se a prova directa da prova indirecta, referindo-se a primeira aos “*factos probandos, ao tema da prova enquanto que a prova indirecta, ou indiciária se refere a factos diversos do tema de prova, mas que permitem, com o auxílio de regras de experiência, uma ilação quanto ao tema da prova*”. Dito de outro modo, a prova indiciária, permite a “*passagem do facto conhecido para o facto desconhecido*”.³⁸

Apesar da similitude de termos, prova indiciária, no sentido que agora pretendemos explanar, não se confunde com o conceito de indícios suficientes que fundamentam a acusação ou pronúncia nem é um conceito conexo com um grau probatório inferior.

A prova indiciária que fundamenta a convicção da autoridade judiciária não é uma prova menor, deve antes ser vista como uma prova sujeita a verificação³⁹, segundo o critério racional da probabilidade altamente qualificada de condenação.

Ao contrário do que sucede no Direito italiano⁴⁰, nos ordenamentos jurídicos português e espanhol⁴¹ a prova indirecta não se encontra expressamente prevista e a sua admissibilidade é resultado de uma construção doutrinária e jurisprudencial, agregada em torno da ideia de corroboração lógica de todos os factos recolhidos directamente obtidos através dos diversos meios de prova entre si de acordo com um critério que apesar da ausência de norma expressa não deixa de ser semelhante ao que resulta do processo penal italiano, o qual exige na prova por presunções, a existência de indícios que devem ser graves, precisos e concordantes.⁴²

No âmbito do artigo 192.º do CPP italiano, é grave o indício que resiste às objecções e possui elevada capacidade de persuasão, porquanto a regra de experiência utilizada na sua formação tem por base um elevado grau de probabilidade. É preciso o indício que não é susceptível de outra interpretação e onde a circunstância indiciante se encontra amplamente provada e são concordantes os indícios que convergem todos para a mesma conclusão, que não apresentam entre si contradições e para os quais não se encontram outras explicações alternativas ou contra-indícios.⁴³

A utilização destes critérios, ainda que, como se referiu, sem norma expressa idêntica à acima citada, tem sido jurisprudencialmente aceite quer nas fases preliminares quer na fase de

³⁷ “Prova Indiciária e as Novas Formas de Criminalidade”. *Julgar*, n.º 17 (2012), pp. 13-33.

³⁸ ADÉRITO TEIXEIRA, ob. cit., p. 184.

³⁹ TONINI, ob. cit., nota 101, p. 39.

⁴⁰ Artigo 192.º do CPP italiano, segundo o qual os indícios devem ser graves, precisos e concordantes.

⁴¹ Sobre a prova indiciária e presunção de inocência no Direito espanhol, PASTOR ALCOY, Francisco, ob. cit..

⁴² Critério seguido no Acórdão do STJ 11.06.2014, cit., nota 36 e por SANTOS CABRAL.

⁴³ TONINI, ob. cit., pp. 40-41.

juízo, com recurso ao princípio da livre apreciação da prova, numa análise crítica global da prova, em que se dá relevo para a obtenção do facto desconhecido à concordância dos indícios obtidos, seu carácter de complementaridade entre si⁴⁴, que possa permitir o afastamento da dúvida razoável sobre a culpabilidade do arguido, ponderando-se, a par das circunstâncias indiciadoras da responsabilidade criminal deste também os indícios da sua inocência, ou seja, os factos que impedem ou dificultam seriamente a ligação entre o arguido e o crime, quer os “contra-indícios”, isto é, os indícios de cariz negativo que a partir de máximas de experiência, exaurem ou eliminam a conclusão de responsabilização criminal extraída do indício positivo.⁴⁵ Sobre esta matéria e em concreto quanto à fase de instrução, pronunciou-se, citando extensa jurisprudência anterior, o Tribunal da Relação de Lisboa⁴⁶, no Acórdão de 13 de Novembro de 2014:

“(...) na ausência de prova directa dos factos e seus autores, não estando em causa critérios de natureza científica, há que recorrer aos critérios da prova de probabilidades, indirecta ou indiciária, bastante para infirmar a presunção de inocência, recorrendo a factos plurais, concomitantes e interrelacionados, com ligação precisa aos factos a provar, segundo as regras do critério e experiência humanos e um raciocínio intelectual de inferência analógica elaborado de forma racional e lógica, que indiquem a existência de uma conduta penalmente relevante – podendo os indícios referir-se, apenas, a factos acessórios. (...) a prova indiciária, devidamente valorada de acordo com o princípio da livre convicção probatória e assente em fundamentação motivada, objectiva e racional, permite fundamentar uma condenação, com virtualidade incriminatória para afastar a presunção de inocência. Isto desde que salvaguardadas as garantias constitucionais de defesa”.

No seguimento deste raciocínio e desde que respeitados os requisitos do que consideramos ser a admissibilidade da prova indirecta no Direito português: demonstração dos factos base por prova directa, pluralidade dos mesmos com natureza inequivocamente acusatória, que estes sejam contemporâneos do facto a provar, que conexos entre si permitam reforçar um juízo sobre a culpabilidade e punibilidade do arguido, que é razoável, lógico de acordo com regras de experiência, normalidade e não afastado por explicação alternativa⁴⁷, concluímos que reunidos os mesmos, a prova indiciária é passível de fundamentar tais decisões, com integral respeito pelos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

Sempre que não seja possível formular e fundamentar um juízo indiciário de acordo com tais critérios, quando subsiste mais do que uma causa provável para o percurso histórico apresentado perante a autoridade judiciária e os indícios recolhidos não permitem excluir todas as hipóteses válidas que possam apontar para a inocência do arguido, permanece um estado de dúvida razoável, que impõe que seja proferido um despacho de arquivamento ou

⁴⁴ PINTO, Marta, “A Prova Indiciária no Processo Penal”. *RMP*. N.º 128 (2011), p. 205.

⁴⁵ Ac. RL, 4.07.2012, proc. n.º 679/06.0GDVTVD.L1-3, [consult. 7.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

⁴⁶ O qual acolhe igualmente a aplicação do *in dubio pro reo* à pronúncia. Ainda sobre a prova indirecta na fase de instrução, Ac. RL, 15.11.2011, proc. n.º 504/04.6JFLSB.L1-5T, [consult. 6.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

⁴⁷ Como se retira das obras já citadas de SANTOS CABRAL e MARTA PINTO e designadamente dos Ac. STJ, 26.09.2012, proc. n.º 101/11.OPAVNO.S1 (citando jurisprudência anterior do mesmo Tribunal e do Supremo Tribunal espanhol) e de 23.02.2011, proc. n.º 241/08.2GAMTR.P1.S2, [consult. 6.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

não pronúncia, não sendo legítimo remeter a discussão sobre as várias hipóteses alvitadas para a fase de julgamento.

O recurso à prova indiciária e emissão de um juízo de acusação e pronúncia, com respeito pelos critérios já citados não viola o princípio da presunção de inocência, o qual não impõe quando conjugado com o princípio da livre apreciação da prova, que a convicção sobre a elevada probabilidade de condenação em julgamento sustentada para além da dúvida razoável, se fundamente apenas na prova directa. Esta convicção fundamenta-se, como aliás já anteriormente referimos, em todas as provas que não sejam proibidas, criticamente conjugadas entre si.

Concluimos assim que na fundamentação do juízo que preside à acusação ou pronúncia, ainda que este seja especialmente exigente como já mencionamos, é admissível o recurso à prova indirecta, tal como o será noutras decisões interlocutórias das fases preliminares ou na fase de julgamento, uma vez tanto o princípio da presunção de inocência como o princípio da livre apreciação da prova são transversais a todas as fases do processo penal.

- **Especial dever de fundamentação da pronúncia com recurso à prova indiciária**

Como se refere na decisão supra citada, cujo raciocínio é inteiramente aplicável na ordem jurídica portuguesa a todas as decisões com reflexos sobre a situação do arguido perante o Estado, o dever de fundamentação é uma exigência do princípio da presunção de inocência que se impõe com especial acuidade quanto à prova indiciária.

Interligando esta questão com o princípio da livre apreciação da prova, HELENA BOLINA⁴⁸ refere que:

“A livre apreciação da prova é uma garantia do princípio da presunção de inocência, mas só o é na medida em que não traduza um poder arbitrário e insindicável, mas um poder vinculado a critérios lógicos, passíveis de apreciação e controlo (...)”.

Justamente no caso de a autoridade judiciária ter recorrido à prova indiciária, há que permitir a clara identificação dos motivos que levaram ao prosseguimento do processo para a fase de julgamento, expondo o arguido como provável culpado à Comunidade.

E dir-se-á que neste sentido é um provável culpado e não um presumido inocente como decorre do artigo 32.º, n.º 2, da CRP porque, apesar de todas as garantias formais que continua a beneficiar até ao trânsito em julgado da decisão condenatória, é assim que será visto pelo cidadão comum, leigo em matéria de processo penal. Como alguém que o sistema penal identificou como autor de um crime, que como tal será julgado e se for feita Justiça, condenado com a severidade que se espera.

⁴⁸ Ob. cit., p. 450.

Não sendo exigível ao sistema judicial o controle de meios e poderes que que lhe são alheios, reconhecendo-se a dificuldade do visado em combater eficazmente a sua estigmatização e em tornar a presunção de inocência perante a Comunidade num conceito efectivo e não num cliché formal⁴⁹, o que lhe pode e deve ser exigido é que fundamente as suas decisões, em especial quando estas não são evidentes e directamente apreciáveis, permitindo um controle do processo decisório pelo arguido (que melhor garante a sua defesa em julgamento) e pela sociedade.

Secundariamente, o sistema judicial obtém desta exposição uma legitimação perante uma postura de vitimização pública injustificada do arguido e pode retirar ainda um sentido útil da fundamentação utilizada na pronúncia que sendo irrecurável, encontra-se submetida à análise do Tribunal de Julgamento, que dela pode retirar elementos sobre os motivos que não sendo auto-evidentes, levaram a que o arguido esteja perante si. No entanto, no processo penal português, o dever acrescido de fundamentação que se impõe ante a prova indiciária que suporta o juízo de suficiência de indícios, apenas tem de ser exercido na decisão de pronúncia.

No que concerne ao despacho acusatório e ao contrário do que sucede noutros ordenamentos jurídicos⁵⁰, o artigo 283.º, n.º 3, do CPP não faz qualquer menção à necessidade de fundamentação desta peça processual, no que diz respeito ao juízo indiciário que a fundamenta, ainda que baseado na prova indirecta, apenas se impondo que o Ministério Público indique as provas concretas que pretende apresentar em julgamento, nos termos das alíneas d) a f) da referida norma.

Perante o texto desta norma e não possuindo outra interpretação apoio na letra da Lei, que não comina sequer a ausência de distinção entre prova directa e prova indiciária no rol probatório, com a nulidade prevista no artigo 283.º, n.º 3, do CPP, nem devendo esta ser considerada acto formalmente obrigatório cuja omissão resulte em irregularidade nos termos do artigo 123.º do CPP, consideramos que não pretendeu o legislador acolher na apresentação da acusação, peça processual que se pretende simples, directa e minimalista, a interpretação segundo a qual o Ministério Público se encontra obrigado, por força dos princípios da presunção de inocência e do acusatório, a fundamentar a sua opção de acusar, tanto mais que será obrigado a tal nas fases processuais ulteriores.

Este dever de fundamentação não resulta directamente da Lei quanto à acusação pelo que o Ministério Público não se encontra obrigado a expor o raciocínio que levou à acusação⁵¹ ou a explicitar que a fundamenta em prova indirecta, expondo o respectivo raciocínio dedutivo.

⁴⁹ Como refere FERNANDA PALMA, "O Problema Penal do Processo Penal". *Jornadas de Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 45.

⁵⁰ Designadamente no § 200 (2) do Código de Processo Penal Alemão: "In der Anklageschrift wird auch das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen dargestellt. Davon kann abgesehen werden, wenn Anklage beim Strafrichter erhoben wird" (A acusação deve apresentar os resultados essenciais do inquérito. Tal pode ser dispensado se a acusação for apresentada perante o tribunal criminal).

⁵¹ Em sentido contrário, Ac. RL, 22.03.2006, proc. n.º 1124/2006-3, embora não comine a ausência de fundamentação com nulidade, mas com mera irregularidade.

Tal opção do legislador ordinário, na delimitação do acusatório e da presunção de inocência ainda é conforme à Constituição, reservando-se o dever de fundamentação da prova indirecta para as decisões judiciais emitidas por autoridade sujeita a deveres de imparcialidade e independência e não apenas aos deveres de legalidade e objectividade que cabem ao Ministério Público. Quanto ao despacho de encerramento da instrução, este é necessariamente fundamentado nos termos dos artigos 307.º, n.º 1, e 308.º, n.º 2, do CPP e importa uma apreciação crítica da decisão do Ministério Público com a formulação de um juízo autónomo quanto à suficiência de indícios.

Há ainda a salientar que esta fase processual é integralmente pública, artigo 86.º, n.º 2, do CPP e que o juízo indiciário a proferir poderá por todos ser escrutinado.

Também por esta razão, o juízo quanto à suficiência de indícios, facilmente perceptível quando fundamentado na prova directa, mas que se exige pelos fundamentos que atrás se expuseram, especialmente fundamentado relativamente à prova indirecta, tem ser muito claramente conhecido por todos os sujeitos processuais e pela Comunidade, cominando-se a falta de fundamentação de tal despacho com a nulidade sanável do mesmo, artigos 307.º, n.º 1, e 308.º, n.º 2, do CPP. Caso se considere os indícios recolhidos como insuficientes, o despacho de não pronúncia deve claramente explicitar a matéria relativa aos elementos do tipo que considerou e não considerou indiciada.⁵²

O dever de fundamentação que resulta destas normas apenas se considera com perfeição satisfeito com a apresentação, discriminada e autónoma, de cada um dos factos que se consideram indiciados e de cada um dos que não se consideram, com referência aos respectivos meios de prova. Porém, será adequado para satisfazer a exigência que resulta destas normas, evitando a nulidade, que o Tribunal indique genericamente os factos que considerou suficientemente indiciados e aqueles que assim não o foram⁵³, desde que seja perceptível ao destinatário do despacho as distintas razões, quer de facto quer de ordem lógica que justificam aquele desfecho da fase de instrução. No caso de o despacho ser de pronúncia e fundamentando-se a suficiência de indícios na prova indirecta, o dever de fundamentação que se impõe à pronúncia apenas será integralmente satisfeito, quando cumpridos os pressupostos de fundamentação acima referidos, se distinga os factos base obtidos por prova directa das ilações que por razões de lógica e experiência deles se retiram, permitindo-se ao destinatário deste despacho, seja ele o Tribunal de Julgamento, de recurso, sujeitos processuais ou outros, compreender porque aquele arguido viu o seu direito à presunção de inocência afastado, justificando-se a sua exposição pública ao Julgamento.

Este especial dever de fundamentação do despacho de pronúncia ou não pronúncia impõe assim que se determine em concreto quais os factos provados que se individualizam como indícios e que se explicita a relação entre os indícios e o delito, demonstrando que a conclusão

⁵² Ac. RP, 21.01.2015, proc. n.º 9304/13.1TDPRT.P1. Ambos os acórdãos [consult. 1.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

⁵³ Neste sentido, Ac. RL 11.07.2013, proc. n.º 1863/10.7TDLSB.L1-3, [consult. 1.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

que se retira não é arbitrária, caprichosa ou passível de explicação válida alternativa favorável ao arguido.⁵⁴

O despacho de pronúncia não fundamentado nestes termos será nulo conforme acima referido, conclusão que se nos afigura ser a solução que resulta de uma interpretação conforme à Constituição dos artigos 307.º, n.º 1, e 308.º, n.º 2, do CPP, com respeito pelo princípio da presunção de inocência previsto no artigo 32.º, n.º 2, da CRP.

- **A necessidade de recurso à prova indiciária: a criminalidade altamente organizada, económico-financeira e a presunção de inocência**

Ainda que a prova indiciária tenha sido recorrentemente utilizada na prova do elemento subjectivo do tipo, actualmente e como já salientava EUCLIDES SIMÕES em especial quanto ao crime de branqueamento constante do artigo 368.º-A do CP⁵⁵, a sua relevância assume-se de forma veemente na criminalidade altamente organizada definida no artigo 1.º, al. f), do CPP e na criminalidade económico-financeira⁵⁶, conceito normativamente abordado na Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro e Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, que se reporta designadamente aos crimes de corrupção, fraude e outros crimes que têm em comum uma forma organizada de actuação dos agentes, recurso à tecnologia informática e dimensão internacional ou transnacional. Alargando o conceito, mas não esquecendo que este tem uma componente organizativa que o distingue da generalidade dos crimes contra o património, constituirá criminalidade económico-financeira, a actuação não violenta tipificada na lei penal, contrária às normas ou boas práticas económicas vigentes, que importe uma perda económica relevante da pessoa física ou jurídica que atingida na sua esfera patrimonial pela actuação do agente ou de terceiro participante.⁵⁷

Consideramos que para efeitos deste estudo, a acuidade da prova indiciária e as suas limitações impostas pelo princípio da presunção de inocência, se revelam de forma evidente nos crimes que integram o supra descrito conceito e o conceito de criminalidade altamente organizada, em particular nos crimes de associação criminosa (artigo 299.º do CP), branqueamento (artigo 368.º-A, n.ºs 1 e 2, do CP), prevaricação (artigo 369.º, n.º 1, do CP e 11.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), recebimento indevido (artigo 372.º, n.ºs 1 e 2, do CP e 16.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), corrupção (artigos 373.º, n.º 1, 374.º, n.º 1, do CP, 17.º, n.º 1, 18.º, n.ºs 1 e 3, da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), participação económica em negócio, (artigo 377.º do CP e 23.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho), abuso de informação privilegiada e

⁵⁴ Posição defendida por PASTOR ALCOY, Francisco, ob. cit., p. 60, ainda que por referência à sentença, salientando este autor que a prova indiciária deve ser identificada como tal ao longo do processo: *“Mantenemos que la prueba de indicios debe aparecer como tal durante el proceso, y cuando más clara aparezca mejor”*.

⁵⁵ “Prova Indiciária, (Contributos para o seu Estudo e Desenvolvimento em Dez Sumários e um Apelo Premente)”. *Julgar*, n.º 2 (2007), pp. 203-215.

⁵⁶ Conceitos com pontos de contacto, mas nem sempre coincidentes.

⁵⁷ No seguimento do conceito referidos por HASSAMER, Winifred, “Limites del Estado de Derecho para el Combate Contra la Criminalidad Organizada”, *apud* BRAVO, Jorge dos Reis, “Para um Modelo de Segurança e Controlo da Criminalidade Económico-financeira – Um Contributo Judiciário”, [consult. 2.02.2016], URL: www.gestaodefraude.eu.

manipulação do mercado (artigos 378.º, n.ºs 1 e 2, e 379.º, n.ºs 1 e 3, do Código de Valores Mobiliários).⁵⁸

Tais ilícitos, pela sua novidade no quadro social e judiciário, pelo carácter imaterial dos seus elementos típicos, caso do conceito de “grupo, organização ou associação” a que alude o artigo 299.º do Código Penal ou do conceito de gerente de facto relativo aos crimes tributários e pela naturalmente sigilosa do seu *modus operandi*, exigem das autoridades judiciárias “*um movimento de ultrapassagem dos rígidos cânones de apreciação da prova, que leve descomplexadamente à assunção dos critérios da prova indirecta, indiciária ou por presunções (...) como factores válidos de superação do princípio da presunção de inocência*”.⁵⁹

Pensamos que nesta busca da verdade material, na prossecução da justa punição dos culpados, mas apenas destes enquanto finalidade do processo penal capaz de garantir os valores protegidos da segurança comunitária e paz social, nas fases preliminares do processo, que nunca devem perder de vista aquele fim último a manifestar no julgamento, diferentes perspectivas deverão ser abordadas.

Há que relembrar que em ambientes de dissimulação e de códigos específicos de actuação, seja no âmbito de uma associação criminosa que se dedica ao tráfico de estupefacientes, seja numa entidade empresarial ou partidária de acesso restrito “*é imperiosa uma atenção específica para o reconhecimento dos comportamentos delituosos, temperada pelo saber da experiência a usar na interpretação das conjugações de indícios subliminares e ténues (...). Haverá, então, que ir em busca dos indícios e, sustentados que estejam, fazer actuar sobre eles presunções que, no caso concreto, sejam admissíveis, actividade que determinará o grau de convicção possível de sustentar quanto à efectiva ocorrência dos factos criminosos*”.⁶⁰

Considerando especificamente a fase de inquérito e de acordo com o princípio da presunção de inocência numa vertente processual, cabe ao Ministério Público a recolha de indícios suficientes do ilícito em investigação com base nas diligências que entenda praticar ou promover junto do Juiz de Instrução, com vista à acusação, artigos 262.º e 267.º do CPP, bastando ao arguido remeter-se ao silêncio ou abster-se da realização de quaisquer diligências, para que caso o Ministério Público não obtenha tais indícios ou não os obtenha de forma passível de afastar a dúvida razoável sobre a autoria dos factos, o destino do inquérito seja o arquivamento.

Nos crimes em apreço, mas de igual modo em todos os que se possam integrar no conceito de criminalidade altamente organizada ou económico-financeira, não será provável encontrar testemunhas que tenham visionado os factos ou arguidos que os confessem, devendo o Ministério Público dirigir a recolha probatória a factos instrumentais, obtidos por prova

⁵⁸ Elenco que não se pretende exaustivo mas exemplificativo quanto às questões mais prementes, aproximando-se do elenco que também já era exemplificativamente explanado por JORGE BRAVO, ob. cit..

⁵⁹ SIMÕES, Euclides, ob. cit., p. 204.

⁶⁰ CORDEIRO, Artur, “Os Crimes de Responsabilidade, em Particular a Prevaricação de Titulares de Cargos Políticos”, *Caderno do Centro de Estudos Judiciários, Criminalidade Económico-Financeira: Crimes em Especial*, Tomo II, [consult. 2.02.2016], URL: www.cej.mj.pt.

directa, plurais e que conjugados entre si permitam obter uma imagem global da conduta criminosa, passível de fundamentar a suficiência de indícios, como a descrevemos.

Afigura-se que nesta matéria será de distinguir aqueles crimes que pelos seus elementos típicos se relacionam como outros ilícitos, como sejam a associação criminosa e o branqueamento daqueles que importam um *modus operandi* que se caracteriza pelo secretismo das relações entre os intervenientes e isolamento na prática delituosa, como sejam os crimes cometidos no exercício de funções públicas, por titulares de cargos políticos, de abuso de informação privilegiada e manipulação do mercado.

O crime de associação criminosa⁶¹ importa um elemento organizativo, um elemento de estabilidade associativa e um elemento de finalidade criminosa⁶², cabendo ao Ministério Público demonstrar que a associação praticou ou visava praticar crimes. Nesta matéria, recolhidos indícios da prática desses crimes, pelos mesmos agentes e não se esperando que confessem pertencer a uma associação criminosa, importa recolher prova indiciária de que os agentes do crime se aglutinam em algo mais do que a mera participação, numa estrutura mais complexa do que a do simples bando, assumindo uma estrutura organizativa, que perdura no tempo e tem um fim comum, matéria na qual a prova indiciária tem um papel relevante.

A prova testemunhal e a prova que resulte de vigilâncias e interceptações telefónicas, poderá demonstrar uma relação pessoal entre as pessoas envolvidas, identidade de *modus operandi*, identidade dos objectos visados pelos crimes que todos executam, extensão temporal dos crimes praticados pelos agentes, que na sua análise permitirá obter prova indiciária de que alguns dos arguidos são subordinados de outros e que há uma estrutura perene que ultrapassa a mera co-autoria.⁶³

Quanto ao crime de branqueamento⁶⁴, este é um fenómeno que só recentemente tem vindo a ser colocado à apreciação dos Tribunais, consequência da globalização económica, cuja prova é um dos campos de aplicação por excelência da prova indiciária.

Na verdade, *“O crime organizado, universal e cientificamente organizado, enquadra-se no fenómeno da globalização, sendo organizado verticalmente, e com todas as vantagens de uma sociedade secreta. O grande patrão do crime pode ser um cidadão respeitável, de peito medalhado, amigo do rei. Manda meter cheques na conta bancária e sereias na cama de nababos e poderosos. Chantageia e corrompe o mais Catão”*⁶⁵,⁶⁶

⁶¹ Ac. STJ, 27.05.2010, proc. n.º 18/07.2GAAMT.P1.S1, [consult. 2.02.2016], URL: www.dgsi.pt, contendo extensas referências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o crime de associação criminosa e sua distinção da figura do bando.

⁶² Ac. RC, 27.11.2013, proc. n.º 274/10.9JALRA-B.C1 [consult. 2.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

⁶³ Ac. STJ, 26.09.2012, cit. nota 47, ainda que relativo à figura do bando, que com referência à prova indiciária, suporta o conceito no facto de todos os arguidos serem da mesma nacionalidade e se dedicarem à prática de furtos de um tipo de bens determinado (produtos de higiene e cosmética). Este e acórdãos citados *ibidem* disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁴ Analisando extensamente este crime e com referência à prova indiciária, Ac. STJ, 11.06.2014, cit. nota 36.

⁶⁵ Referência ao militar, côsul e autor romano Marcus Porcius Cato, combatente das Guerras Púnicas, conhecido pela sua defesa da modéstia e austeridade.

⁶⁶ Acórdão citado *ibidem*.

É esta capa de respeitabilidade dos agentes do crime e a estrutura complexa da sua acção e tipificação normativa que se impõe desconstruir *ad initio* na fase de inquérito mediante a prova quer do crime precedente⁶⁷ ao branqueamento nos termos gerais, quer do conhecimento por parte do agente do branqueamento desse mesmo crime base e que a acção por este desenvolvida, sob a aparência da licitude se destina a ocultar o seu produto. Não sendo de prever que os agentes do crime base ou os agentes do branqueamento (caso sejam diversos⁶⁸) admitam a verdadeira natureza da relação que mantêm entre si, que a acção do agente do branqueamento se destina a ocultar a origem ilícita dos bens objecto deste, a verdade material terá de ser estabelecida através de ténues sinais, que apenas na sua pluralidade e interconexão podem ser valorizados.

Nesta matéria, a prova documental, em suportes tradicionais ou em ambiente digital e a prova pericial de natureza económica ou contabilística serão de crucial importância, revelando designadamente que os bens registados a favor do arguido ou de terceiros com ele relacionados através de ligações afectivas ou familiares são incompatíveis com os seus rendimentos lícitos declarados⁶⁹, que as estruturas empresariais conexas com os arguidos são vazias de conteúdo, apresentam uma teia de conexões transnacionais que permitem a circulação de capitais por espaços económicos identificados como “paraísos fiscais” e atreitos à cooperação judiciária internacional e um suporte anómalo da actividade do agente em numerário.

Em suma, no inquérito importa a recolha de indícios plurais, que de forma coerente e consistente entre si, demonstrem que determinado acervo patrimonial teve origem no produto do crime base, sendo a sua colocação no circuito económico, acção do agente do branqueamento.

No que concerne aos crimes de corrupção e participação económica em negócio, sejam praticados por funcionário ou por titular de cargo político no âmbito da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho, o cerne da prova indiciária coloca-se num ponto imaterial, interligado com o elemento subjectivo dos tipos respectivos. A prova da vantagem patrimonial ou não patrimonial, quando esta última integra o elemento típico como é o caso da corrupção estará com alguma facilidade demonstrada documentalmente.

Exemplificativamente, o agente do crime de corrupção activa obteve a adjudicação de determinada obra pública, eventualmente até de acordo com as normas procedimentais de Direito Administrativo aplicáveis (embora a sua violação seja mais um indício). No entanto, quanto ao agente da corrupção passiva, a suficiência de indícios quanto à obtenção por este de uma vantagem patrimonial deverá ser encontrada numa abrangência mais vasta das relações dos sujeitos da acção entre si e que poderá ir até aos seus familiares directos ou amigos íntimos e na necessidade objectiva e quantificável, esta passível de ser obtida através

⁶⁷ Ou pelo menos a prova de um facto ilícito-típico, dado que a punição do branqueamento não depende de efectiva punição pelo facto precedente ou sequer que este ocorra na jurisdição portuguesa.

⁶⁸ Sendo inequívoca actualmente a punição do auto-branqueamento, artigo 368.º-A, n.º 2, do CP.

⁶⁹ Critério utilizado na jurisprudência do Supremo Tribunal espanhol, Acórdãos n.º 190/2006, de 1 de Março de 2006 e 560/2006, de 19 de Maio de 2006, citados por Euclides Simões, ob. cit., pp. 207 e 209 e igualmente nos Ac. STJ, de 11.06.2014 e de 2.10.2008, proc. n.º 08P1608, este [consult. 7.02.2016], URL: www.dgsi.pt.

de prova testemunhal ou pericial, da actuação do funcionário ou titular de cargo político em determinado sentido.

Assim, reunidos indícios, mediante prova documental, de que determinada sociedade, obteve a adjudicação de uma obra pública por concurso, objecto de reclamações várias de outros intervenientes por irregularidades do mesmo e que num espaço temporal próximo uma outra sociedade do mesmo grupo empresarial contratou, por um valor muito superior ao valor médio de mercado os serviços de terceira sociedade, cujo capital social integra a esfera patrimonial de um amigo íntimo do titular de cargo político interveniente na adjudicação, temos vários indícios obtidos por prova directa que reunidos e conjugados entre si permitirão concluir pela conclusão, mediante prova indiciária, da suficiência de indícios dos crimes de corrupção e branqueamento, artigos 17.º, 18.º da Lei n.º 34/87, de 16 de Julho e 368.º-A, n.º 2, do CP.

Afigura-se deste modo, que os indícios que o Ministério Público deve buscar no decurso do inquérito para fundar a acusação não será a prova testemunhal de que o agente que oferece a vantagem ao funcionário ou a terceiro que o substitui formalmente pretendeu obter benefício indevido, nem que a vantagem obtida por aquele funcionário era um pagamento, pela simples razão que tal será na maior parte dos casos inviável. O que será necessário obter é a prova documental relativa ao recebimento de benefícios patrimoniais e forma da sua obtenção. A intenção ligada a estes benefícios, o fim visado pelo agente com a sua conduta, terá na generalidade dos casos de ser objecto de prova indirecta.

Em conformidade com um raciocínio inteiramente aplicável ao ordenamento jurídico português validado e enquanto projecção para o desenrolar do processo, à fase de inquérito, pode afirmar-se que:

*“la prueba de los elementos subjetivos del delito, como se lo ha expresado en numerosos precedentes jurisprudenciales no requiere necesariamente basarse en declaraciones testimoniales o en pruebas periciales. En realidad, en la medida en que el dolo o los restantes elementos del tipo penal no pueden ser percibidos directamente por los sentidos, ni requiere para su comprobación conocimientos científicos o técnicos especiales, se trata de elementos que se sustraen a las pruebas testimoniales y periciales en sentido estricto. Por lo tanto, el Tribunal de los hechos debe establecerlos a partir de la forma exterior del comportamiento y sus circunstancias mediante un procedimiento inductivo, que, por lo tanto, se basa en los principios de la experiencia general”.*⁷⁰

Em relação aos crimes contra o mercado⁷¹, praticados na solidão de um escritório em frente ao ecrã do computador ou por um grupo restrito de pessoas, normalmente sem uma vítima concreta e por agentes conhecedores do funcionamento do mercado de capitais, a obtenção de prova capaz de permitir um juízo de prognose qualificado quanto à futura condenação, encontra naturais dificuldades de ser atingida apenas pelos meios tradicionais. Mais uma vez

⁷⁰ Ac. Supremo Tribunal de Espanha, 20.07.1990, [consult. 7.02.2016], URL: www.poderjudicial.es.

⁷¹ Especificamente sobre o tema da prova indiciária no crime de abuso de informação, Ac. RL, 5.11.2008, [consult. 7.02.2016], URL: www.cmvm.pt.

será possível obter prova directa de um aumento do património do agente, que não correspondendo a elemento do tipo terá sido o móbil da acção e dos movimentos financeiros por este realizados com vista à utilização da informação privilegiada que obteve ou mediante os quais produziu alteração sensível no funcionamento do mercado, por força da existência de registos bancários das transacções respectivas. Porém, não será provável que se obtenha prova testemunhal da transmissão da informação privilegiada, dado que tal facto seria comprometedor para a reputação da testemunha, ainda que esta não fosse participante do crime, nem prova da intenção do agente que norteou a acção.

A obtenção da prova quanto a estes crimes deverá focar-se na recolha de prova documental, em suporte físico mas com grande relevância para a prova em suporte digital a obter nos termos dos artigos 15.º a 18.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de Setembro e 385.º do Código dos Valores Mobiliários, importando analisar designadamente as comunicações entre o agente e detentores da informação privilegiada, as relações pessoais e profissionais que os colocam em contacto⁷², o perfil de investimento do agente e a sua comparação, quer com a conduta média dos demais intervenientes no mercado, quer com a sua conduta anterior em período homólogo, demonstrando-se ainda que ocorreu um benefício económico a favor o arguido, que não integrando a conduta típica evidencia o dolo.

A obtenção plural de prova directa, designadamente documental, que demonstre os referidos factos, permitirá a obtenção de indícios, precisos, graves e plurais que o agente recebeu uma informação privilegiada, actuou movido pela mesma, apesar de saber que esta era confidencial e restrita ou que pretendeu alterar sensivelmente do regular funcionamento do mercado, não existindo explicação alternativa plausível para a sua conduta.

Tais factos que se enquadram no domínio do elemento subjectivo do tipo, serão com maior probabilidade, pelas razões que atrás se expôs, obtidos mediante prova indirecta.

Na matéria que expusemos até este momento, procurámos demonstrar como deve ser orientada a obtenção da prova indiciária na fase de inquérito, a caracterizar pela sua intensidade, precisão e pluralidade mas não nos debruçámos, por opção orientada, sob o que consideramos ser também requisito da prova indiciária apta a fundamentar o juízo de indiciação suficiente: a ausência de explicação alternativa para a conduta do arguido ou sobre a inexistência de contra-indícios.

Pese embora por força do princípio da presunção de inocência caiba ao Ministério Público reunir os indícios que fundamentem a acusação, demonstrando a inexistência de explicação alternativa para a conduta do arguido, por força do minimalismo da peça acusatória e porque este requisito tem uma natureza negativa, o mesmo não será patente na fase de inquérito e será discutido apenas em instrução ou julgamento.

Não cabendo ao arguido apresentar a explicação alternativa para a sua acção, antes se exigindo ao Ministério Público a demonstração que a mesma não existe, a sua apresentação

⁷² Caso estejamos perante agente que é um *outsider*.

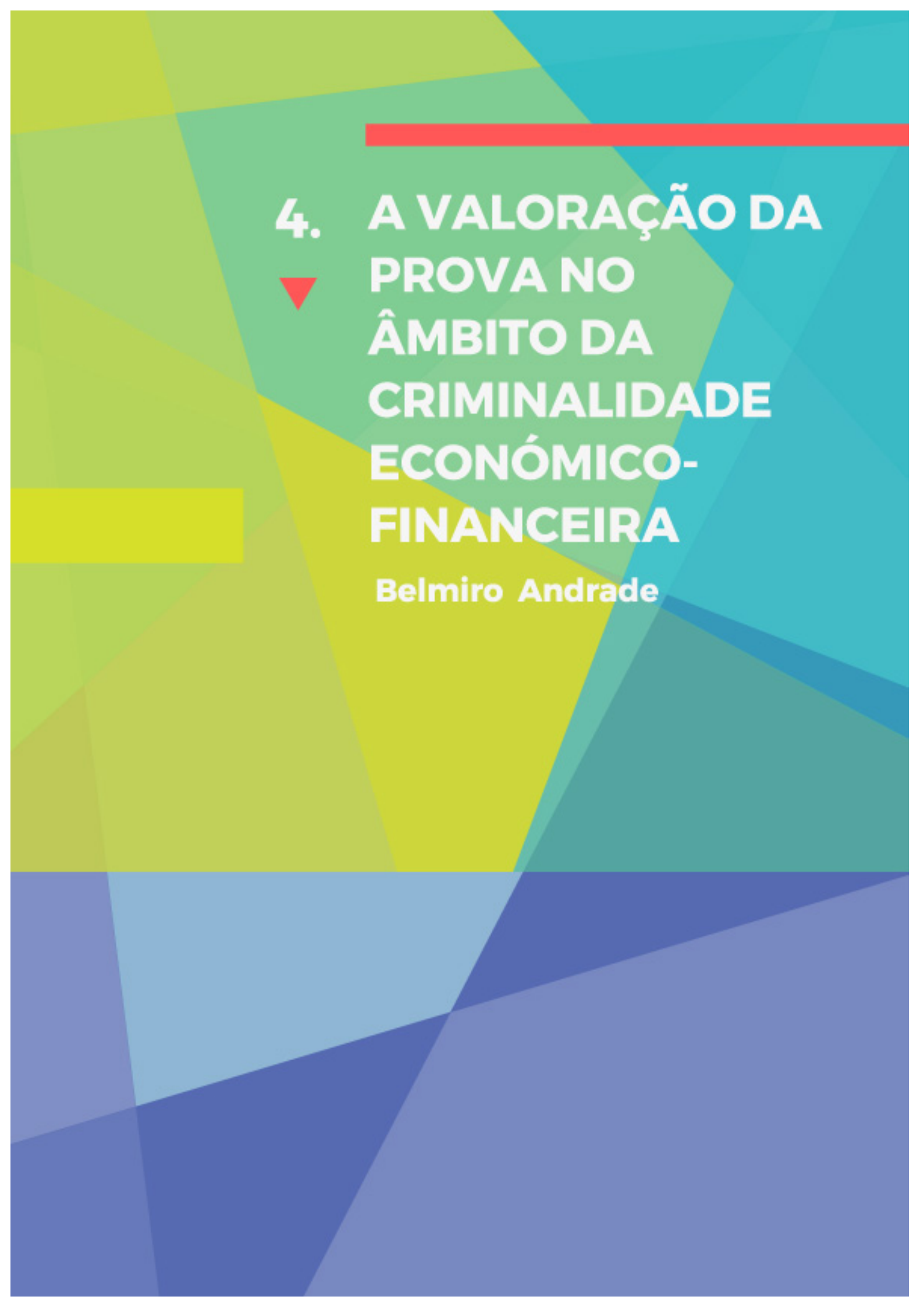
tem, no entanto, todo o interesse na óptica da apresentação de uma defesa eficaz e surgirá, se não antes, nas fases posteriores ao inquérito.

O arguido, ainda que não se encontre obrigado a provar a sua inocência, procurará fazê-lo justificando as suas acções, demonstrando designadamente que obteve o património exposto no âmbito dos crimes de branqueamento ou corrupção legitimamente ou que actuou orientado por artigos existentes em publicações especializadas ou técnicos conhecedores (no caso dos crimes contra o mercado) cujo depoimento apresentará, procurando alcançar ainda no âmbito da instrução o padrão da dúvida razoável.

Importa, pois, salientar que quanto a todos os crimes que se referiram, que a mera existência de uma explicação alternativa exposta no requerimento de abertura de instrução, ainda que venha a ser suportada pelo depoimento de testemunhas isentas, com conhecimento específico sobre a matéria em causa mas que não presenciaram os factos em discussão e apenas podem relatar o normalmente sucedido, fruto da sua experiência pessoal ou profissional, não é por si suficiente para gerar no Tribunal uma dúvida insanável sobre os factos, que imponha uma não pronúncia (ou na fase de inquérito o arquivamento).

A versão do arguido e os meios de prova por apresentados em instrução terá de ser, tal como em qualquer outro crime sob apreciação, analisada em contraposição com os demais elementos de prova constantes do processo e terá de possuir um grau de plausibilidade pelo menos igual à versão exposta pelo Ministério Público para que verdadeiramente estejamos perante uma explicação alternativa ou contra-indícios com relevância sobre a prova indirecta.

Caso o Ministério Público tenha recolhido indícios que na sua globalidade apontam no sentido do preenchimento da conduta típica, apresentando uma versão dos factos que seja passível de construir a verdade processual, ou seja, que de acordo com regras de experiência e lógica é o único caminho sólido possível, deve considerar-se validada a acusação com fundamento na prova indirecta e proferido despacho de pronúncia, afastando-se a dúvida razoável que o arguido procurou fundar no requerimento de abertura de instrução.



**4. A VALORAÇÃO DA
PROVA NO
ÂMBITO DA
CRIMINALIDADE
ECONÓMICO-
FINANCEIRA**

Belmiro Andrade

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. A VALORAÇÃO DA PROVA NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA¹

Belmiro Andrade*

1. Introdução.
2. O princípio da presunção da inocência.
3. Prova por presunções.
4. Apreciação e valoração da prova:
 - a) O Princípio da livre apreciação da prova;
 - b) O princípio do *in dubio pro reo*.
5. Presunção da inocência vs. prova por presunções
6. Requisitos da prova por presunções.
7. Conclusões.

1. Muito boa-tarde a todos. Antes de entrar no tema proposto, permitam-me um agradecimento ao CEJ pelo convite, que é uma honra, para aqui estar presente. E uma saudação cordial a todos os presentes que se interessam pelos temas em debate, numa perspectiva universitária, onde todos os juristas se irmanam na aprendizagem da cultura do direito.

2. Cumpre-nos partilhar convosco algumas reflexões, no âmbito da valoração da prova em processo penal, subordinadas ao tema “presunção de inocência” do arguido/ “prova por presunções”.

Trata-se de considerações direccionadas para a apreciação da prova em geral, apenas com efeito reflexo no âmbito específico da criminalidade económica e financeira, tendo em vista, nomeadamente, a consagração legal de presunções relacionadas com a prática de crimes daquela natureza.

Procuraremos fazê-lo com as limitações de quem ocupa o dia-a-dia com a aplicação da Lei ao caso concreto, no respeito da lei e dos direitos dos cidadãos, mas também em tempo razoável. Duplicidade de objectivos nem sempre fácil de alcançar, numa época em que, enquanto o processo civil tem caminhado (veja-se a reforma de 1995), no sentido da adequação da forma ao conteúdo, o processo penal tem vindo, em nossa opinião, a produzir demasiadas decisões por vícios de forma, em detrimento do mérito. Entre outras causas, por efeito da preocupação regulamentar do Código de Processo Penal, cominando um amplo regime de nulidades, enfim porque, por efeito de o direito processual penal constituir verdadeiro direito constitucional aplicado (nos termos do artigo 18.º, n.º 1 da CRP), tendo em vista a “vocaçao regulamentar” da nossa Constituição (cfr. Marcelo de

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Coimbra.

¹ Texto inicialmente publicado no *e-book* Jurisdição Penal e Processual Penal. Jurisdição do Trabalho e da Empresa. Ações de formação – 2011-2012. Textos dispersos (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. ISBN 978-972-9122-43-9. (Online em:

http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Jurisdiacao_Penal_Trabalho.pdf?id=9&username=guest).

Sousa, Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar Anotada, Ed. Aequitas, texto de capa), o Tribunal Constitucional acaba por funcionar na prática como 4ª instância da jurisdição comum, podendo determinar, num mesmo processo, sucessivas anulações sem dirimir o objecto do processo.

Lembramos sobretudo a lição de um juiz negro americano (interpretado no cinema por Morgan Freeman) que, no julgamento do homicídio de um jovem negro, perante uma falha da investigação, invocando o princípio dos sistemas anglo-saxónicos equivalente ao nosso princípio *in dubio pro reo*, absolveu o arguido – um branco (interpretado por Tom Hanks) visto no local do crime, a uma hora compatível com o mesmo e conhecido, além do mais, pelas suas atitudes xenófobas e racistas assumidas. Depois do veredicto, que ninguém esperava, ante a aparente clareza das provas, a comunidade negra, inconformada, explodiu em violência, tanto que os seus líderes, reunidos de emergência, decidiram ir “pedir explicações ao juiz” que, sendo da sua comunidade, dele esperavam a “Devida Justiça”. O juiz recebeu-os no gabinete, mas, na discussão violenta que se segue, a sua voz, apoiada na lei, fica submersa pela força da maioria, pretendendo “ajustar contas” porque “não fez Justiça” ao Nazi. Então, em desespero, desafia os inquisidores: – “Vocês que são líderes da comunidade e têm tanta certeza sobre “A Justiça”, digam-me... o que é a Justiça? O que é a Justiça? Respondam-me, se têm tanta certeza!” Mas como a pergunta fica a pairar no ar, sem resposta, o juiz adianta, como que resumindo a aprendizagem da sua vida: – “A melhor definição da justiça é a Lei. Porque a Lei constitui o produto do melhor esforço da comunidade para, de uma forma racional e organizada, se afastar da pura arbitrariedade e da barbárie na resolução dos seus problemas”.

3. O tema – presunção de inocência/prova por presunções – move-se entre dois pólos aparentemente inconciliáveis.

Com efeito, numa perspectiva linear, no limite, toda actividade processual de investigação e submissão a julgamento de um inocente parece inconstitucional – porque já de si interfere na esfera jurídica do investigado, afrontando a aludida presunção de inocência com assento na Constituição da República – artigo 32.º, n.º 2. A própria prolação da sentença viola a presunção de inocência, que apenas cessa com o trânsito em julgado daquela. O que nos reconduz a um raciocínio em círculo: a presunção apenas cessa com o trânsito em julgado da sentença; mas nunca poderemos chegar ao trânsito em julgado da sentença porque toda a actividade processual afronta, já de si, a presunção de inocência.

Daí que autores insignes como Bettiol se manifestem impressionados pela contradição entre a presunção de inocência do arguido e o facto de se estar a proceder criminalmente contra ele.

Talvez por isso, como observa Carlos Climent Durán (La Prueba Penal, Doctrina e Jurisprudência, ed. Tirant Blanch, Barcelona, p. 575) *“Os tribunais sejam avessos a reconhecer expressamente que nas suas valorações e nas suas motivações probatórias utilizam constantemente presunções, como se estivessem impedidos de o fazer, por crer*

erroneamente que tal maneira de proceder não é propriamente jurídica e que supõe a introdução de alguma dose de arbitrariedade no conteúdo das suas decisões”. Constatação que é evidente, por exemplo, na prova dos factos do foro subjectivo, quando não confessados pelo arguido, normalmente dados como provados pela mera constatação de que quem pratica determinado facto, em seu juízo e em liberdade de movimentos, quis praticá-lo e aceitou as consequências normais dele advenientes.

Na perspectiva de superação desta antinomia, teceremos algumas considerações de síntese sobre os conceitos da presunção de inocência, da prova por presunções, da livre apreciação da prova e do princípio *in dubio pro reo* – todos eles situados no âmbito da apreciação da prova e da aplicação das referidas presunções judiciais/naturais.

O princípio da presunção de inocência do arguido, consagrado pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1789, por contraposição ao processo de cariz inquisitório em que o acusado muitas vezes, confrontado com provas formais, tinha que provar a sua inocência, aparece hoje consagrado, *urbi et orbi*, em todas as grandes Convenções Internacionais, directamente ou no quadro do direito ao processo justo equitativo – *due process, fair process* – cfr., nomeadamente, nas compilações que nos são mais próximas, o artigo 6.º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o já citado artigo 32.º, n.º 2 da Constituição.

Entre nós, ao ser constitucionalizado e de aplicação directa, a sua restrição apenas poderá ser legítima se for exigida pela salvaguarda de outro direito fundamental.

Não constituindo uma mera ficção jurídica, mas antes um critério normativo de aplicação da lei do qual decorrem consequências práticas efectivas com aplicação ao longo de todo o processo.

Ainda que não constitua uma presunção em sentido técnico.

Na formulação do Congresso da Association Internationale de Droit Penal, ocorrido em Roma em 1953, decorre do aludido princípio:

- Ninguém pode ser perseguido a não ser nos casos e de acordo com a forma prevista na lei; – ninguém pode ser julgado sem que tenha sido devidamente citado e chamado a pronunciar-se; – enquanto o arguido não seja declarado culpado por uma decisão com força de caso julgado considera-se inocente; – o acusado tem o direito de apresentar a sua defesa livremente e de discutir os elementos de prova contra si reunidos; – a prova incumbe à parte que acusa; em matéria de repressão deve ser usada a contenção; – a dúvida beneficia o acusado.

Numa perspectiva mais recente (cfr. Alexandra Vilela, Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal, Coimbra Editora, reimpressão, 2005, pág. 58-60) dele resulta:

- O princípio da proibição do excesso, da proporcionalidade em sentido amplo, subdividido no princípio da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito;
- O acusado não tem que provar a sua inocência nem que “colaborar” na sua condenação;
- A proibição da execução provisória da sentença de condenação;
- A sanção penal apenas pode aparecer depois da condenação, devendo a culpabilidade ser provada de acordo com a lei;
- Em matéria de medidas de coacção, proíbe qualquer efeito de antecipação da pena e confere às medidas de coacção natureza estritamente preventiva e cautelar, obrigando à sua redução ao estritamente necessário;
- Por último, trata-se de um princípio fortemente ligado ao direito probatório, dele decorrendo que, em situação de dúvida o tribunal deve absolver o arguido (princípio *in dubio pro reo*) sem que para este sobrevenha qualquer consequência negativa.

4. Por sua vez, a prova por presunções constitui um meio de prova legalmente previsto no artigo 349.º do Código Civil.

Nos termos do citado preceito “Presunções são as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para afirmar um facto desconhecido”.

Esclarecendo o artigo 351.º do mesmo Diploma que “As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal”.

As presunções legais ou de direito resultam da própria lei. Enquanto as presunções de facto – judiciais, naturais ou *hominis* – fundam-se nas regras da experiência comum. Na expressão de Antunes Varela (Manual de Processo Civil, 1985, pág. 502) “é no saber de experiência feito que mergulham as suas raízes as presunções continuamente usadas pelo juiz na apreciação de muitas situações de facto”.

Não sendo afastada a sua relevância no processo penal, por qualquer disposição legal, constituirá meios de prova permitido, dentro do princípio geral do artigo 125.º do CPP: São admissíveis todas as provas que não forem proibidas por lei.

5. Em termos de apreciação e valoração da prova, apesar da minuciosa regulamentação das provas efectuada pelo Código de Processo Penal vigente, salvos os casos em que a lei define critérios legais de apreciação vinculada (vg. prova documental, prova pericial), vigora o princípio geral enunciado artigo 127.º: a prova é apreciada de acordo com as regras da experiência e a livre convicção do julgador.

Não deixando de causar alguma estranheza que o legislador processual penal, tão metucioso na regulamentação das provas, nada tenha consignado acerca de meios de prova aparentemente mais falíveis e “voláteis” como a prova testemunhal ou a prova por presunções.

O princípio da livre apreciação da prova, conjugado com o dever de fundamentação das decisões dos tribunais (artigo 205.º, n.º 1 da Constituição da República na redacção saída da revisão de 1997 e artigo 97.º, n.º 4 do CPP, redacção dada pela Lei 59/98), exige uma apreciação crítica, exaustiva, motivada racionalmente, de acordo com os critérios legais de produção e valoração da prova, e na falta deles nas regras da ciência, da lógica e da experiência comum. Devendo a aludida apreciação crítica resultar na motivação da sentença. Pois que a objectividade e a motivação constituem as únicas características que lhe permitem impor-se a terceiros.

A livre apreciação não constitui uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas antes na conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis). Para ela concorrendo as regras impostas pela lei, como sejam as da experiência, da percepção da personalidade do depoente – aqui relevando, de forma especialíssima, os princípios da oralidade e da imediação – e da dúvida inultrapassável que conduz ao princípio “*in dubio pro reo*” – cfr. Ac. do T. Constitucional de 24/03/2003, DR. II, n.º 129, de 02/06/2004, 8544 e ss.

Por sua vez o princípio *in dubio pro reo* constitui um princípio geral de direito (processual penal) relativo à apreciação da prova/matéria de facto.

Daí que a sua violação (como princípio de direito, ainda que relativo à apreciação da questão de facto) conforme uma autêntica questão-de-direito – Cfr. Medina Seíça, *Liber Discipulorum*, pág. 1420; Figueiredo Dias (*Direito Processual Penal*, 1974, pág. 217 e segs., criticando o entendimento contrário do STJ), não podendo o juiz, reconvertendo a presunção legal de inocência do arguido em presunção de verdade da mera negação dos factos, atribuir-lhe força probatória plena (de confissão) de factos que o favorecem.

Não tendo a presunção de inocência do arguido – presunção abstracta – o alcance de presunção de verdade das suas declarações no que se refere a factos praticados por terceiros ou desfavoráveis ao arguido.

Com efeito o CPP (artigo 344.º, n.º 1, corpo do preceito) reporta-se à confissão do arguido quanto a “*factos que lhe são imputados*”. O mesmo é dizer, factos descritos na acusação, como tal constitutivos do crime ou crimes imputados na acusação, como tais “*desfavoráveis*” ao arguido, a quem assiste o direito à não auto-incriminação.

Em conformidade não só com elementares regras da experiência (por princípio ninguém confessa aquilo que o prejudica, salvo se estiver convencido da existência de outras provas e pretender beneficiar da atenuação) mas ainda com o princípio geral sobre a confissão enunciado pelo artigo 353.º do C. Civil: Confissão é o reconhecimento que a parte faz da realidade de um *facto que lhe é desfavorável* e favorece a parte contrária.

A dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um facto, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a

dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável – neste sentido, Jean-Denis Bredin, *Le Doute et L'intime Conviction*, *Revue Française de Théorie, de Philosophie e de Culture Juridique*, Vol. 23, (1996), pág. 25.

Assim, a livre apreciação exige a convicção para lá da dúvida razoável; enquanto o princípio *in dubio pro reo* impede (limita) a formação da convicção em caso de dúvida razoável. Constituindo, pois, como que a face e o verso da realidade: a livre convicção cessa perante a dúvida razoável e a dúvida não pode aceitar-se quando não for razoável.

Ora, a certeza judicial não se exime do vício da humana imperfeição, que sempre pode ser suponível o contrário do que admitimos como verdadeiro. Sempre, enfim, a imaginação fecunda do céptico, lançando-se nos caminhos do possível, inventará cem motivos de dúvida. Com efeito em qualquer caso pode imaginar-se tal combinação extraordinária de circunstâncias que venha a destruir a certeza adquirida. Mas apesar desta combinação possível, não deixará de ficar satisfeito o entendimento quando motivos suficientes estabelecem a certeza, quando todas as hipóteses razoáveis tenham desaparecido e sido rechaçadas depois de um maduro exame. A certeza judicial não se confunde com a certeza absoluta, física ou matemática, sendo antes uma certeza empírica, moral, histórica – crf. Climent Durán, *ob, cit*, pág. 615.

O julgamento da matéria de facto constitui não apenas um esforço de razoabilidade (Cfr. Cristina Libano Monteiro, in *Perigosidade de Inimputáveis e "in dubio pro reo"*, Coimbra, 1997, pág. 13). Mas ainda um acto de humildade do juiz, na medida em que, por um lado tem que decidir – apenas – com base nas provas resultantes da discussão da causa em audiência (artigo 355.º do CPP). Correndo, pois, o risco de “ir para o inferno a cavalo nas provas”, desde que proceda à sua valoração e apreciação crítica de acordo com a lei, conformada com os princípios superiores da Constituição. E por outro tem que se mover sempre dentro dos critérios legais de apreciação da prova, procurando, através do julgamento, superar a presunção de inocência do arguido ou, depois de esgotado todo o manancial probatório, vendo-se confrontado com mais do que uma solução probatória razoável, assumir aquela que favorece o arguido.

Sem que possa – sob pena, em última instância, de denegação de justiça – assumir o papel do céptico que em nada acredita nem, tão-pouco, “inventar” dúvidas abstractas que não resultem da apreciação crítica minuciosa e exaustiva de todos os meios de prova validamente produzidos em conformidade com os critérios legais.

6. Na busca de critérios de superação da apontada antinomia entre presunção de inocência/prova por presunções, aponta o caminho Carlos Climent Durán (*La Prueba*, cit., pág. 575) – que seguiremos de perto na exposição subsequente: “As razões que podem ter contribuído para tal crença encontram-se antes de tudo, na lamentável confusão – muito generalizada – entre o conceito vulgar e o conceito jurídico de presunção, e também na razão de que vulgarmente se considera que o uso das presunções incrementa desproporcionadamente o risco de erro judicial”.

Ora, continua o mesmo autor, “a presunção abstracta é constituída por uma norma ou regra de presunção, susceptível da prova em contrário, que pode ter sido estabelecida pela lei ou por decisão judicial, apoiando-se, em ambos os casos, em alguma máxima da experiência. Apresenta uma estrutura em que os factos básicos estão conexiados através de um juízo de probabilidade, que por sua vez se apoia na experiência, de maneira tal que a prova de um envolve a prova de outro. Enquanto a presunção concreta supõe a projecção da presunção abstracta sobre o caso ajuizado ou, se se preferir, a subsunção do caso concreto dentro da presunção abstracta, uma vez que se tenha praticado ou podido praticar a correspondente contraprova e se tenha comprovado judicialmente a existência de uma ligação racional entre os indícios e o facto presumido, com descarte de qualquer outro possível facto presumido. Em rigor já não cabe falar de facto presumido, mas antes de facto provado. O seu fundamento já não assenta no juízo de probabilidade, mas antes no juízo de certeza (certeza moral), como qualquer outro meio probatório ao qual a presunção se parifica. (...) Toda a presunção consiste, dizendo em poucas palavras, em obter a prova de um determinado facto (facto presumido) partindo de um outro ou outros factos básicos (indícios) que se provam através de qualquer meio probatório e que estão estreitamente ligados com o facto presumido, de maneira tal que se pode afirmar que, provado o facto ou factos básicos, também resulta provado o facto consequência ou facto presumido” – ob. cit. , pág. 578-579.

Diga-se até que a associação entre elementos de prova objectivos e regras objectivas da experiência leva alguns autores a afirmarem a sua superioridade perante outros tipos de provas, nomeadamente a prova directa testemunhal, onde também intervém um elemento que ultrapassa a racionalidade e que será mais perigoso de determinar, qual seja a credibilidade do testemunho – cfr. Mittermaier, Tratado de Prueba em Processo Penal, pág. 389.

A utilização de presunções exige, todavia, da parte do tribunal, um particular esforço de fundamentação. Desde logo porque estas apresentam uma estrutura mais complexa que os restantes meios de prova.

Com efeito, não só há-de resultar provado o ou os factos básicos, mas há-de determinar-se, ainda, a existência ou conexão racional entre esses factos e o facto consequência. Além de se permitir, em concreto, a análise de toda a prova produzida em sentido contrário com vista a desvirtuar quer os indícios quer a conexão racional entre esses indícios e o facto consequência.

Daí que, para a valoração de tal meio de prova (também chamada circunstancial ou indiciária), devam exigir-se, os seguintes requisitos:

- Pluralidade de factos-base ou indícios;
- Precisão de tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo;
- Que sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto;
- Racionalidade da inferência;
- Expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência.

Neste sentido, cfr. Francisco Alcoy, Prueba de Indicios, Credibilidad del Acusado y Presuncion de Inocencia, Editora Tirant Blanch, Valencia 2003 ob. cit., pág. 39, fazendo a síntese da doutrina e jurisprudência sobre o tema. No mesmo sentido, desenvolvidamente, cfr. Carlos Climent Durán, ob. cit., pág. 626 e segs., em especial pág. 633.

No mesmo sentido vai a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Espanha (citada por Climent Durán, ob. cit. pág. 580) que “considerou admissível a prova indiciária, equivalente da prova circunstancial no âmbito penal, sempre que com base num facto plenamente acreditado e demonstrado, também possa inferir-se a existência de um outro, por haver entre ambos um enlace preciso e directo segundo as regras do critério humano mediante um processo mental racional. Em definitivo trata-se de uma operação lógica, consistente num raciocínio indutivo cujo discurso há-de reflectir-se na sentença”.

No mesmo sentido, em matéria de crimes fiscais, a jurisprudência constitucional italiana (cfr. Nuno Sá Gomes, in Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e processo Penal Fiscal, Ed. Rei dos Livros, 2ª ed ob. cit., pág. 62) tem entendido que a presunção legal deve assentar numa “facto normal” ou num “facto comum da experiência” que permita fazer um juízo de probabilidade da existência da base contributiva”.

Doutrina também acolhida pelo Tribunal Constitucional português, que se pronunciou designadamente sobre a constitucionalidade da tributação por meio de presunções de riqueza no Ac. TC n.º 26/92.

Assim, radicando o meio de prova por presunção numa presunção concreta no sentido explanado, assente em dados objectivos concretos, ou em “factos indiciários típicos”, aceites como tais no ramo da actividade em que se inserem, devidamente explicitados, com efectiva possibilidade de serem contraditados, nada impede, legalmente, mesmo em processo penal, a sua utilização como meio de prova legal que é.

Dentro deste entendimento, que se sufraga, conclui-se que a ponderação da legitimidade constitucional dependerá da consistência técnico-científica ou material da base da presunção e da efectiva possibilidade de exercício do contraditório e da demonstração de que a base da presunção é infundada.

Na perspectiva vai também, por ex., a Lei Geral Tributária, na criação de presunções legais – definindo o respectivo âmbito no artigo 81.º; os respectivos pressupostos, no artigo 87.º; os critérios (artigo 90.º); e os procedimentos, no artigo 91.º). Bem como, por último, a efectiva possibilidade da prova em contrário – artigos 73.º e 74.º.

O mesmo sucede com a Lei 5/2002, de 11/01, relativa à criminalidade económico-financeira, aplicável ao leque de crimes definidos no seu artigo 1.º. Com efeito, dispõe o artigo 7.º, n.º 1 da Lei 5/2002:

- Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade

criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

Consagrando o n.º 2 os critérios de precisão da presunção:

- Para efeitos desta lei, **entende-se** por património do arguido o conjunto dos bens:
 - a) Que estejam na titularidade do arguido, ou em relação aos quais ele tenha o domínio e o benefício, à data da constituição como arguido ou posteriormente;
 - b) Transferidos para terceiros a título gratuito ou mediante contraprestação irrisória, nos cinco anos anteriores à constituição como arguido;
 - c) Recebidos pelo arguido nos cinco anos anteriores à constituição como arguido, ainda que não se consiga determinar o seu destino.

Prevendo ainda o artigo 8.º da mesma Lei a possibilidade da prova em contrário:

- Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, **pode o arguido provar a origem lícita dos bens** referidos no n.º 2 do artigo 7.º.
Precisando o n.º 2 que para o efeito é admissível “qualquer meio de prova válido em processo penal”.
- Prevendo, por último, o n.º 3, critérios específicos de elisão da presunção (**A presunção** estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º **é ilidida** se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior).

7. A terminar diríamos, em jeito de conclusões:

- A presunção de inocência, situando-se no plano abstracto (presunção abstracta) não interfere (não proíbe) com a produção e valoração, em concreto, dos meios de prova legalmente previstos, cumpridos que sejam os requisitos legais de obtenção e produção da prova e assegurado o contraditório.
- Não proíbe, assim, a prova por presunções judiciais ou naturais (além do mais por incorporação nas regras da experiência comum a que se reporta o artigo 127.º do CPP), a partir de factos concretos, objectivos, de onde o facto presumido possa ser inferido, com segurança, em termos de objectividade e normalidade, dentro das regras da especificidade da actividade em que se inserem e da “*lege artis*” ali vigente.
- A valoração da prova por presunções exige a efectiva possibilidade, em concreto, da prova do contrário;
- Decorre da presunção de inocência, em matéria de prova, o princípio *in dubio pro reo*.

Daí que quer as presunções legais quer as presunções judiciais ou naturais devam ceder quando, em concreto, depois da produção exaustiva de todos os meios de prova relevantes e da sua discussão e análise em conformidade com os critérios legais, resultar um estado de dúvida razoável, fundamentado, não só sobre o facto-base da presunção, como ainda sobre a racionalidade da inferência entre a sua origem/relação com o facto típico.

Devendo sempre o tribunal, na motivação da sua decisão, explicitar todo esse processo valorativo pelo qual chegou à sua conclusão.

Muito obrigado a todos pela atenção dispensada.

**5. A VALORAÇÃO DA
▼ PROVA NO
ÂMBITO DA
CRIMINALIDADE
ECONÓMICO-
FINANCEIRA, EM
ESPECIAL A PROVA
INDIRETA E AS
REGRAS DA
EXPERIÊNCIA
COMUM**

José António dos Santos Cabral

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. A VALORAÇÃO DA PROVA NO ÂMBITO DA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA, EM ESPECIAL A PROVA INDIRETA E AS REGRAS DA EXPERIÊNCIA COMUM

José António dos Santos Cabral*

1. Elementos da prova indiciária.
2. Requisitos dos indícios.
3. Juízo de inferência.
4. Requisitos da prova indiciária.
5. Indicação de jurisprudência nacional e internacional.

A prova indiciária e as novas formas de criminalidade

Estudo da autoria do Conselheiro José António dos Santos Cabral publicado no sítio da internet do Supremo Tribunal de Justiça¹

I.

A² actividade probatória é constituída pelo complexo de actos que tendem a formar a convicção da entidade decidente sobre a existência, ou inexistência, de uma determinada situação factual. Na formação da convicção judicial intervêm provas e presunções, sendo certo que as primeiras são instrumentos de verificação directa dos factos ocorridos e as segundas permitem estabelecer a ligação entre o que temos por adquirido e aquilo que as regras da experiência nos ensinam poder inferir.

É clássica a distinção entre prova directa e prova indiciária. Aquela refere-se aos factos probandos, ao tema da prova, enquanto a prova indirecta, ou indiciária, se refere a factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com o auxílio de regras da experiência, uma ligação quanto ao tema da prova (*v.g.*, uma coisa é ver homicídio e outra encontrar o suspeito com a arma do crime).

Na prova indiciária, mais do que em qualquer outra, intervêm a inteligência e a lógica do juiz. A prova indiciária pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica (*v.g.*, a prova directa – impressão digital – colocada no objecto furtado permite presumir que o seu autor está relacionado com o furto; da mesma forma, o sêmen do suspeito na vítima de violação).

Aliás, é importante que se refira que a prova indiciária, ou o funcionamento da lógica e das presunções, bem como das máximas da experiência, é transversal a toda a teoria da prova, começando pela averiguação do elemento subjectivo de crime, que só deste modo pode ser

* Juiz Conselheiro do STJ.

¹ <http://www.stj.pt/documentação/estudos/penal>

O CEJ agradece a autorização concedida pelo autor para publicação no presente *e-book*.

² Intervenção no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau em 30 de Novembro de 2011.

alcançado, até à própria creditação da prova directa constante do testemunho (a intenção de matar infere-se da zona atingida; da arma empregada; da forma de utilização).

A primeira tentativa de regulação formal da prova indiciária verificou-se com a Constituição Criminal Carolina da Alemanha, considerada como o primeiro código penal da Idade Média, a qual regulou em detalhe a prova por indícios, ainda que negando-lhe a capacidade para fundamentar uma condenação. A mesma prova por indícios justificava que, com base na sua existência, o juiz recorresse à tortura do suspeito para provocar a confissão, que, na época, era considerada a rainha de todas as provas (*regina probatorum*) e, uma vez obtida, constituía prova plena. Sem embargo, foi a supressão da tortura como método de prova que atribuiu à prova indiciária o seu valor como meio de convicção autónomo. Foi longo o percurso ensaiado pela prova indiciária até atingir a sua maioridade e lograr obter um lugar de relevo entre os meios de prova, nomeadamente em processo penal. Na verdade, uma visão transversal ao longo da História imprime a ideia de que os indícios têm sido o elemento essencial nalguns dos grandes processos criminais e os casos Dreyfus³, Lokerbie⁴, O. J. Simpson⁵ são exemplos dessa afirmação.

³ Caso Dreyfus – foi um escândalo político que dividiu a França por muitos anos, durante o final do século XIX. Centrava-se na condenação por alta traição de Alfred Dreyfus em 1894, um oficial de artilharia do exército francês, de origem judaica. O acusado sofreu um processo fraudulento conduzido a portas fechadas. Dreyfus era, em verdade, inocente: a condenação baseava-se em documentos falsos. Quando os oficiais de alta patente franceses se aperceberam disto, tentaram ocultar o erro judicial. A farsa foi acobertada por uma onda de nacionalismo e xenofobia que invadiu a Europa no final do século XIX.

⁴ A importância dos indícios foi fundamental no caso Lokerbie pelo que, para uma melhor compreensão se transcreve Informação constante da Wikipedia “The initial investigation into the crash site by Dumfries and Galloway Constabulary involved many helicopter surveys, satellite imaging, and a fingertip search of the area by police and soldiers. More than 10,000 pieces of debris were retrieved, tagged and entered into a computer tracking system. The perpetrators had apparently initially intended the plane to crash into the sea, destroying any traceable evidence, but the late departure time of the aircraft meant that its explosion over land left a veritable trail of evidence.

The fuselage of the aircraft was reconstructed by air accident investigators, revealing a 20-inch (510 mm) hole consistent with an explosion in the forward cargo hold. Examination of the baggage containers revealed that the container nearest the hole had blackening, pitting, and severe damage indicating a "high-energy event" had taken place inside it. A series of test explosions were carried out to confirm the precise location and quantity of explosive used.

Cassette player similar to the one allegedly used in the disaster fragments of a Samsonite suitcase believed to have contained the bomb were recovered, together with parts and pieces of circuit board identified as part of a Toshiba Bombeat radio cassette player, similar to that used to conceal a Semtex bomb seized by West German police from the Palestinian militant group Popular Front for the Liberation of Palestine - General Command two months earlier. Items of baby clothing, which were subsequently proven to have been made in Malta, were also thought to have come from the same suitcase.

The clothes were traced to a Maltese merchant, Tony Gauci, who became a key prosecution witness, testifying that he sold the clothes to a man of Libyan appearance. Gauci was interviewed 23 times, giving contradictory evidence about who had bought the clothes, that person's age, appearance and the date of purchase but later identified Abdelbaset al-Megrahi. As Megrahi had only been in Malta on 7 December, that date was assumed to be the purchase date. An official report, providing information not made available to the defence during the original trial, stated that, four days before identifying al-Megrahi for the first time, Gauci had seen a picture of al-Megrahi in a magazine which connected him to the bombing, a fact which could have distorted his judgment. The date is also in doubt as Gauci had testified that Malta's Christmas lights had not been on when the clothes had been purchased, it has since been found they had been switched on 6 December. Scottish police had also failed to inform the defence that another witness had testified seeing Libyan men making a similar purchase on a different day.

A circuit board fragment, allegedly found embedded in a piece of charred material, was identified as part of an electronic timer similar to that found on a Libyan intelligence agent who had been arrested 10 months previously, carrying materials for a Semtex bomb. The timer allegedly was traced through its Swiss manufacturer, Mebo, to the Libyan military, and Mebo employee Ulrich Lumpert identified the fragment at al-Megrahi's trial. Mebo's owner, Edwin Bollier testified at the trial that the Scottish police had originally shown him a fragment of a brown 8-ply

Diversos factores se conjugam nesse voltar de página, em que convergem as imposições de novos tipos de criminalidade, como é o caso da criminalidade económica e financeira, em que os sinais, ou indícios, são factores essenciais para descodificar situações ambíguas, ou, numa outra perspectiva, derivam da espantosa evolução que se verificou na área da investigação criminal, e que vão desde o ADN até às mais elaboradas tecnologias (v.g., *profiling*⁶ ou *Rasterfahndung*⁷).

circuit board, of a prototype timer which had never been supplied to Libya. Yet the sample he was asked to identify at the trial was a green 9-ply circuit board that Mebo had indeed supplied to Libya. Bollier wanted to pursue this discrepancy, but was told by trial Judge, Lord Sutherland, that he could not do so. [Bollier later revealed that in 1991 he had declined an offer from the FBI of \$4 million to testify that the timer fragment was part of a Mebo MST-13 timer supplied to Libya. On 18 July 2007, Ulrich Lumpert admitted he had lied at the trial. In a sworn affidavit before a Zurich notary public, Lumpert stated that he had stolen a prototype MST-13 timer printed circuit board from Mebo and gave it without permission on 22 June 1989, to "an official person investigating the Lockerbie case". Dr Hans Köchler, UN observer at the Lockerbie trial, who was sent a copy of Lumpert's affidavit, said: "The Scottish authorities are now obliged to investigate this situation. Not only has Mr Lumpert admitted to stealing a sample of the timer, but to the fact he gave it to an official and then lied in court". Traces of high explosives RDX and pentaerythritol tetranitrate (PETN) were found in close proximity to the explosion.

Investigators discovered that a bag had been routed onto PA 103, via the interline baggage system at Frankfurt, from the station and approximate time at which bags were unloaded from flight KM180 from Malta. Although documentation for flight KM180 indicated that all bags on that flight were accounted for, the court inferred that the bag came from that flight and that it contained the bomb. In 2009, it was revealed that security guard Ray Manley had reported that Heathrow's Pan Am baggage area had been broken into 17 hours before flight 103 took off. Police lost the report and it was never investigated or brought up at trial".

⁵ No qual a análise de ADN assumiu um papel fundamental.

⁶ O *profiling* refere-se à aplicação das concepções da psicologia na investigação criminal, aceite no domínio da psicologia forense, já desenvolvida e utilizada por numerosos psicólogos forenses em vários países. De acordo com Spitzer, o *profiling* consiste numa competência de perícia forense pluridisciplinar que se consolida com o desenvolvimento de outras áreas, designadamente: a criminologia, a psicologia, a psiquiatria, a criminalística e qualquer outra ciência humana necessária na investigação criminal (antropologia, geografia, sociologia). O processo de inferência das características de indivíduos responsáveis por actos criminais diz respeito à noção de *profiling*, que é uma das subcategorias das técnicas de investigação criminal e que faz a correspondência entre a personalidade e o comportamento criminal. Embora se trate de um modelo de predição recente e em desenvolvimento, o objecto e a função desta técnica supõe a compreensão do criminoso e do crime. O *profiling* consiste num processo de análise criminal que associa as competências do investigador criminal e do especialista em comportamento humano. Trata-se de uma perícia pluridisciplinar, logo, dificilmente um só indivíduo pode pretender reunir tais características. O *profiling* é uma das componentes da análise criminal, mas também funciona como seu prolongamento. Enquanto componente é, muitas vezes, conceptualizada pelo termo *Criminal Investigative Analysis* (CIA) e definida como a tentativa para estabelecer hipóteses acerca de um criminoso, com base na análise da cena do crime, da vitimologia e do estado actual dos conhecimentos sobre os agressores. Enquanto prolongamento da análise criminal, o *profiling* visa elaborar o perfil criminal, pelo que recorre a análises mais específicas, tais como: *criminal profiling*, *offender profiling*, *psychological profiling*, *investigative profiling*, *crime scene profiling*, *criminal behaviour profiling*. Numa tentativa de definição mais lata, o *profiling* consiste em deduzir e/ou induzir a imagem psicossocial, o mais rigorosa possível, de um indivíduo, a partir da análise de um conjunto de informações relativas às circunstâncias criminais verificadas na cena de crime e reunidas em *dossier* de instrução. A recolha e a inferência de dados pretendem fornecer informação específica sobre potenciais criminosos. McCrary reforça a ideia de que *profiling* é a descrição de traços e características de um agressor desconhecido, já que se considera que qualquer comportamento reflecte a personalidade de um indivíduo. Faz questão de salientar, ainda, que as características do criminoso devem ser consideradas factores de predição, meramente indicativos, na tentativa de identificar o agressor: Em síntese, constata-se que os principais objectivos do *profiling* são orientar as investigações, com o auxílio das ciências humanas e das ciências criminais, ligar os casos, identificar crimes com as mesmas características, ajustar as estratégias ao perfil do criminoso e emitir recomendações em vários domínios da criminologia (Cf. Elisabete Correia, Susana Lucas, Alicia Lamia, "Profiling: Uma técnica auxiliar de investigação criminal", *Análise Psicológica* (2007), 4 (XXV): 595-601).

⁷ O método de investigação policial regulado no processo penal alemão (StPO) e conhecido com o nome de *Rasterfahndung* consiste numa análise computadorizada de dados pessoais, os quais estão recolhidos e armazenados em arquivos pertencentes a instâncias alheias à administração de justiça penal para uma finalidade distinta de perseguição de delitos. A análise dos ditos dados produz-se a partir da elaboração, por parte das instâncias policiais, de determinados critérios criminológicos (denominados *Rastern*), ajustados tanto ao delito que é objecto de perseguição como ao presumido autor do mesmo. Afectados pela medida do *Rasterfahndung* estão, em princípio,

Porém, mais importante do que a constatação da evolução histórica, é a procura de denominadores comuns que nos permitam elencar aqueles que devem ser os requisitos gerais de tal tipo de prova. Com tal intuito, procuremos, em termos de direito comparado, algumas pistas que nos possam orientar nesse percurso, incidindo a nossa atenção sobre duas jurisdições de perfil distinto, em que a jurisprudência relativa à criminalidade económica e a prova indiciária são particularmente férteis.

Assim, nos Estados Unidos, na condenação pelo crime de branqueamento de capitais, nomeadamente provenientes da droga, a prova fundamenta-se, muitas vezes, em elementos circunstanciais, ou seja, em prova indirecta. Enumeremos alguns exemplos:

- a) **Em United States v. Abbel, 271 F3d 1286 (11 Cir. 1001)**, decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir que as transacções do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados;
- b) **Em United States v. Calb, 69 F3d 1417 (9th Cr. 1995)**, entendeu-se que, quando o acusado por crime de lavagem faz declarações de que o adquirente de um avião é um traficante, e quando o avião é modificado para acomodar estupefacientes, pode-se concluir que o dinheiro utilizado na aquisição era proveniente de tráfico de estupefacientes;
- c) **Em United States v. Reiss, 186 f. 3d 149 (2nd Cir. 1999)**, a utilização de subterfúgios para o pagamento de um avião envolvendo conhecido traficante foi considerada suficiente para estabelecer a procedência ilícita dos recursos empregados na compra;
- d) **Em casos como United States v. Hardwell, 80 F. 3d 1471 (10th Cir. 1996), e United States v. King, 169 F.ed 1035 (6th Cir. 1999)**, decidiu-se que a falta de prova de proveniência dos fundos empregados era prova suficiente da origem criminosa dos recursos empregados.

De forma semelhante, o Supremo Tribunal espanhol tem vindo a pronunciar-se sucessivamente, enumerando-se quatro decisões paradigmáticas:

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 190/2006, de 1 de Março de 2006

1 – 1 – Para que o juízo de inferência resulte em verdade convincente é necessário que a base indiciária, plenamente reconhecida mediante prova directa:

- a) Seja constituída por uma pluralidade de indícios (embora excepcionalmente possa admitir-se um só se o seu significado for determinante),*
- b) Que não percam força creditória pela presença de outros possíveis contra indícios que neutralizem a sua eficácia probatória,*
- c) E que a argumentação sobre que assente a conclusão probatória resulte inteiramente razoável face a critérios lógicos do discernimento humano.*

todas as pessoas cujos dados estão recolhidos no arquivo em questão, ou seja, incluindo pessoas em princípio não suspeitas. Neste sentido, este método de investigação policial apresenta-se, em princípio, como uma ingerência de carácter processual no direito fundamental de todo cidadão a decidir por si mesmo sobre a transmissão de dados de carácter pessoal.

II – São indícios que permitem superar o princípio da presunção de inocência:

- 1 – O aumento desusado do património do acusado, traduzido na aquisição de bens (embarcação, motociclo e outros),*
- 2 – A inexistência de negócio lícitos, devidamente justificados, que justifiquem tal aumento,*
- 3 – As características da referida embarcação, semelhante às que são frequentemente utilizadas para o transporte de drogas através do Estreito de Gibraltar, zona em que reside,*
- 4 – O seu relacionamento com actividades e pessoas ligadas ao tráfico de drogas,*
- 5 – As viagens realizadas pela sua embarcação através do Estreito de Gibraltar, transportando haxixe,*
- 6 – E a própria inverosimilhança da versão exculpatória que apresentou.*

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 392/2006, de 6 de Abril de 2006

1 – A prova indiciária, circunstancial ou indirecta é suficiente para determinar a participação no facto punível sempre que se reúnam os requisitos seguintes:

1.1 – De carácter formal:

- a) Que na sentença se expressem os factos – base ou indícios que se considerem plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência;*
- b) Que na sentença se explicite o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da verificação do facto punível e da participação do acusado no mesmo. Essa explicitação, que pode ser sucinta ou enxuta, é imprescindível no caso de prova indiciária, precisamente para possibilitar o controlo, em sede de recurso, da racionalidade da inferência.*

1.2 – De carácter material:

- a) Os indícios devem estar plenamente comprovados, através de prova directa,*
- b) Devem ser de natureza inequivocamente acusatória,*
- c) Devem ser plurais ou, sendo único, deve possuir especial força probatória,*
- d) Devem ser contemporâneos do facto que se pretenda provar,*
- e) Sendo vários devem estar inter-relacionados, de modo a que se reforcem mutuamente.*

2 – Requisitos do juízo de inferência:

- a) Que seja razoável, isto é, que não seja arbitrário, absurdo ou infundado e que responda às regras da lógica e da experiência;*
- b) Que dos factos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexos preciso e directo, segundo as regras do critério humano.*

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 557/2006, de 22 de Maio de 2006

1 – *A prova por indícios, indirecta, mediata, circunstancial, por inferências, por presunção ou por conjecturas tem valor como prova de acusação em processo penal e, por isso, há-de considerar-se apta para infirmar a presunção de inocência do art. 24.º, n.º 2, da Constituição.*

2 – *Pressupostos para a correcta aplicação deste tipo de prova:*

a) *A existência de “factos básicos” plenamente provados que, em regra, hão-de ser plurais, concomitantes e inter-relacionados (art. 386.º, n.º 1, do Cod. Proc. Civil);*

(i) *É necessário que os “factos básicos” sejam plurais e que todos eles, apreciados globalmente (e não um a um ou separadamente) nos conduzam ao “facto consequência”, por serem concomitantes e por estarem relacionados entre si na perspectiva da acreditação de um dado factual que de outro modo não ficaria provado.*

b) *O estabelecimento, entre esses “factos básicos” e o facto que se pretende provar (“facto consequência”) de uma ligação precisa e directa segundo as regras do critério e experiência humanos.*

(i) *Essa ligação directa existe quando, confirmados os factos básicos, possa afirmar-se que se produziu o facto consequência porque as coisas usualmente ocorrem assim e assim o pode entender quem proceda a um exame detido da questão.*

3 – *O órgão judicial que utilize esse tipo de prova deve expressar na sua decisão os fundamentos da prova dos “factos básicos” e da sua conexão com o “facto consequência”, assim como analisar as explicações que o arguido tenha oferecido, para admiti-las como creíveis ou refutá-las.*

4 – *Respeitou o direito à presunção de inocência a decisão condenatória que assentou nos seguintes “factos básicos”.*

(i) *Aumento desusado do património do arguido, revelado pela aquisição das embarcações X (no valor de 15 000 euros) e Y (no valor de 28 200 euros);*

(ii) *Inexistência de ocupação laboral, negócios ou outras actividades por parte do arguido, que possam justificar os ganhos necessários para tais aquisições;*

(iii) *Existência de vínculo ou conexão do acusado com actividades de tráfico de estupefacientes.*

Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 1133/2006, de 21 de Novembro de 2006

1 – *Constitui branqueamento o câmbio de pesetas por dólares, quando o dinheiro seja procedente do tráfico de drogas.*

2 – *A prova da procedência do dinheiro cambiado, elemento essencial para a condenação por branqueamento, exige que se explanem devidamente os indícios em que assenta, isto é, que se descrevam os “factos básicos” que por via da prova indiciária (inferência ou dedução) nos possam conduzir à afirmação de que esse dinheiro provinha do tráfico de drogas.*

3 – Não se faz prova da origem ilícita desse dinheiro se apenas se podem estabelecer como factos básicos:

- (i) Que foram feitas muitas operações de câmbio de moeda pelos arguidos;
- (ii) Que na posse de um deles foi encontrada uma agenda de onde constava o número de telefone de um indivíduo arguido num processo por tráfico de estupefacientes.

Igualmente com o mesmo intuito, refira-se, a título de exemplo, o Acórdão de 2 de Abril de 2011 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal (estava em causa a presunção do tráfico de armas, em relação com a diversidade e qualidade do armamento apreendido, e a forma que deve apresentar a prova que pretende colocar em causa os indícios, ou seja, os contra-indícios):

I – A avaliação dos indícios pelo juiz implica uma especial atenção que devem merecer os factos que se alinham num sentido oposto ao dos indícios culpabilizantes, pois que a sua comparação é que torna possível a decisão sobre a existência, e gravidade, das provas.

II – Os factos que visam o enfraquecimento da responsabilidade do arguido, sustentada na prova indiciária, são de duas ordens – uns impedem absolutamente, ou pelo menos dificilmente permitem que se atribua ao acusado o crime (estes factos recebem muitas vezes o nome de indícios da inocência ou contra presunções); os outros debilitam os indícios probatórios, e consubstanciam a possibilidade de afirmação, a favor do acusado, de uma explicação inteiramente favorável sobre os factos que pareciam correlativos do delito, e davam importância a uma convicção de responsabilidade criminal. Denominam-se de contra indícios e emergem em função da necessidade de contrapor aos indícios culpabilizantes outros factos indício que aniquilem a sua força à face das regras de experiência.

III – Tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contra indícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que, sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto contra indiciante infirmando a conclusão que se tinha extraído do facto indício. Dito por outras palavras, o funcionamento do contra indício, ou do indício de teor negativo, tem como pressuposto básico a afirmação de uma regra de experiência que permita, perante um determinado facto, a afirmação de que está debilitada a conclusão que se extraiu dos indícios de teor positivo.

Refira-se, também, a título de exemplo, o Acórdão de 11 de Julho de 2007 (estava em causa um crime de homicídio em que o arguido apresentou para desconto um cheque emitido pela vítima, sem qualquer justificação para tal, e o principal indício era constituído por uma mancha de sangue da vítima no sapato do arguido), que refere:

IV – A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

V – Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro

facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

VI – A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar inter-relacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.

VII – O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexó preciso, directo, segundo as regras da experiência.

II.

Face a tais decisões, procuremos agora detectar algumas linhas de força que nos guiem na construção das regras da prova indiciária. Assim, e em primeiro lugar, tal como refere Marieta⁸ são dois os elementos da prova indiciária:

a) Em primeiro lugar o indício que será todo o facto certo e provado com virtualidade para dar conhecer outro facto que com ele está relacionado. (Dellepiane define-o como todo o rasto vestígio, circunstancia e em geral todo o facto conhecido, ou melhor devidamente comprovado, susceptível de levar, por via da inferência ao conhecimento de outro facto desconhecido).

O indício constitui a premissa menor do silogismo que, associado a um princípio empírico, ou a uma regra da experiência, vai permitir alcançar uma convicção sobre o facto a provar. Este elemento de prova requer em primeiro lugar que o indício esteja plenamente demonstrado, nomeadamente através de prova directa (v.g. prova testemunhal no sentido de que o arguido detinha em seu poder objecto furtado ou no sentido de que no local foi deixado um rasto de travagem de dezenas de metros).

b) Em segundo lugar é necessária a existência da presunção que é a inferência que, aliada ao indício, permite demonstrar um facto distinto. A presunção é a conclusão do silogismo construído sobre uma premissa maior:-a lei baseada na experiência; na ciência ou no sentido comum que apoiada no indício-premissa menor- permite a conclusão sobre o facto a demonstrar.

A inferência realizada deve apoiar-se numa regra geral e constante e permite passar do estado de ignorância sobre a existência de um facto para a certeza, ultrapassando o estado de dúvida e probabilidade.

⁸ La Prueba em Processo Penal p. 59.

Sufragando nós tal entendimento, expresso por Marieta, não podemos deixar de aprofundar algumas das questões suscitadas pela elaboração do juízo de inferência que justifica o salto entre o facto básico ou indício e o facto consequência.

Na verdade, como refere Ragués i Vallès⁹ ao pronunciar-se sobre a **prova do dolo** em processo penal na prova indiciária intervêm dois tipos de enunciados distintos que se empregam num juízo de inferência: as chamadas regras da lógica formal e as regras da experiência. Para se poder afirmar que a conclusão obtida através da prova de indícios coincide com a realidade afirma o mesmo Autor que são necessários dois pressupostos básicos e irrenunciáveis: as regras da experiência que se apliquem em termos de premissa maior devem ser enunciados por forma a que transmitam declarações seguras, e irrefutáveis, sobre o conteúdo da referida realidade e, em segundo lugar, é necessário também que os factos provados, que se conjugam em termos de premissa menor do silogismo judiciário correspondam inteiramente á realidade.

Dentro das regras da experiência que vigoram na nossa sociedade podem identificar-se dois grandes grupos: por um lado as leis científicas e, por outro, todas aquelas ilações que não são mais do que as regras de experiência quotidiana. As primeiras formam-se a partir dos resultados obtidos pelas investigações das ciências, a que se atribui o carácter de empíricas, enquanto que as outras assentam na denominada experiência quotidiana que surge através da observação, ainda que não exclusivamente científica, de determinados fenómenos ou práticas e a respeito das quais se podem estabelecer consenso¹⁰.

Partindo do pressuposto da necessidade de uma afirmação certa e segura da inferência, consubstanciada na regra de experiência, adianta aquele mesmo Autor (referindo-se ás condições de legitimidade que uma concepção psicológica de determinação do dolo exige em termos de indícios) que, para que se afirme uma determinada realidade como consequência do facto indiciante é necessária a existência de regras que afirmem que é segura a existência dessa realidade (a água passa do estado liquido a sólido aos zero graus de temperatura; ninguém pode estar em dois lados distintos ao mesmo tempo). Nesta perspectiva as regras que afirmam sob que condições é provável um determinado conhecimento não respeitam as condições para afirmação de uma concepção psicológica do dolo pois não permitem afastar que, no caso concreto, se verifique a hipótese excluída da probabilidade, ou seja, a

⁹ El dolo y su prueba en el proceso penal p. 243.

¹⁰ Como refere Jaime Torres importa distinguir dois tipos diferentes de regra de experiência: as regras de experiência de conhecimento geral ou, dito por outra forma, as regras gerais empíricas cujo conhecimento se pressupõe existente em qualquer pessoa que tenha um determinado nível de formação geral e, por outro lado, as máximas de experiência especializada cujo conhecimento só se pode supor em sujeitos que tenham uma formação específica num determinado ramo de ciência, técnica ou arte. Usando tais regras de experiência entendemos que o juiz pode utilizar livremente, sem necessidade de prova sobre elas, as regras de experiência cujo conhecimento se pode supor numa pessoa com a sua formação (concretamente formação universitária no campo das ciências sociais). O próprio ordenamento jurídico parte da liberdade do juiz para utilizar estas máximas da experiência de conhecimento geral sem que as mesmas se inscrevam no processo através da produção de prova.

As razões que fundamentam a liberdade do juiz para a utilização dos seus conhecimentos de máxima da experiência são as mesmas que impõem a desnecessidade de fixação de factos notórios. Em qualquer um destes casos o que se pede ao juiz é que utilize os seus conhecimentos sobre máximas da experiência comum sem que importe a forma como os adquiriu.

admissibilidade do juízo de probabilidade¹¹ como base do indício implica a aceitação da possibilidade de que a conclusão não corresponda com a realidade.

Tal concepção é, quanto a nós, seguramente de rejeitar pois que, como bem refere Marker¹², a maior parte das vezes a premissa maior é uma regra de probabilidade que, frequentemente, nem sequer é segura. Stein por sua vez entende que as regras da experiência quotidiana só podem levar a apreciações aproximativas. Aliás, o entendimento de que a actual sociedade só atribui capacidade de transmitir conhecimento certos sobre a realidade às regras obtidas mediante conhecimento únicas que seriam as únicas susceptíveis de uma afirmação de incontida certeza sobre a realidade que atesta- implicaria a negação da possibilidade de existência de regras de experiência do quotidiano como suporte de conhecimento e de prova indiciária¹³.

Certamente que não é esse grau de absoluta certeza que deve estar presente em cada inferência que se faz do facto indiciante como ligação ao facto indiciado. Como afirma Marieta, corroborado pela totalidade dos Autores que se debruçaram sobre esta matéria, a prova indiciária é uma prova de probabilidades e é a soma das probabilidades que se verifica em relação a cada facto indiciado que determinará a certeza. Todavia, a transposição da soma de probabilidades que dá a convergência dos factos indiciados para a certeza sobre o facto, ou factos probandos, que consubstanciam a responsabilidade criminal do agente é uma operação em que a lógica se interliga com o domínio da livre convicção do juiz. Convicção sustentada, e motivada, mas que, nem por isso deixa de significar a passagem do Rubicão, ou seja, do domínio da possibilidade para a formatação de uma íntima convicção sobre a certeza do facto.

Na verdade, a máxima da experiência é uma regra que exprime aquilo que sucede na maior parte dos casos, mais precisamente é uma regra extraída de casos semelhantes. A experiência permite formular um juízo de relação entre factos, ou seja, é uma inferência que permite a afirmação que uma determinada categoria de casos é normalmente acompanhada de uma outra categoria de factos. Parte-se do pressuposto de que “em casos semelhantes existe um idêntico comportamento humano” e este relacionamento permite afirmar um facto histórico não com plena certeza mas, como afirma Tonini¹⁴, como uma possibilidade mais ou menos ampla.

A máxima da experiência é uma regra e, assim, não pertence ao mundo dos factos, consequentemente origina um juízo de probabilidade e não de certeza.

As inferências lógicas aptas a propiciar a prova indiciária podem, também, consistir em conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura media ou leis científicas aceites como

¹¹ Da sua exigência de uma regra certa como base de inferência parte Vallés para uma situação de quase aporia dificilmente sustentável quando em relação á prova psicológica do dolo afirma eu para se ser coerente a exigência de uma plena constatação da realidade psicológica passa necessariamente por uma redução do número de casos em que é possível formular uma condenação pela prática de um crime doloso.

¹² Vorsatz und Fahrlässigkeit pag 182, citado por Vallés.

¹³ Sem embargo não é possível descartar a possibilidade teórica de, em determinados casos existirem regras de experiência quotidiana susceptíveis de transmitir conhecimentos certos e seguros.

¹⁴ La Prova Penale pp. 16 e seguintes.

válidas sem restrição. Em matérias que impliquem especiais competências técnicas científicas ou artísticas, e que se fundamentam naquelas leis, é evidente que a margem de probabilidade será proporcional á certeza da afirmação científica¹⁵.

Como refere Dellepiane só quando a premissa maior é uma lei, que não admite excepções, a inferência que consubstancia a prova indiciária revestirá a natureza de uma dedução rigorosa. A inferência só é certa, por excepção, quando se apoia numa lei geral e constante, ou seja, quando deixa de ser uma inferência analógica para passar a ser uma dedução rigorosa¹⁶.

Noutras circunstâncias estaremos sempre perante uma probabilidade, ou seja, como afirma Lopez Moreno¹⁷ a teoria dos indícios reduz-se á **teoria das probabilidades** e a prova indiciária resulta do concurso de vários factos que demonstram a existência de um terceiro que é precisamente aquele que se pretende averiguar. Note-se que a concorrência de vários indícios numa mesma direcção, partindo de pontos diferentes, aumenta as probabilidades de cada um deles com uma nova probabilidade que resulta da união de todas as outras constituindo uma verdadeira resultante.

No mesmo sentido se pronuncia Clement Duran quando refere que o princípio da normalidade se torna o fundamento de toda a presunção abstracta. Tal normalidade deriva da circunstância de a dinâmica das forças da natureza e, entre elas, das actividades humanas existir uma tendência constante para a repetição dos mesmos fenómenos. O referido princípio está intimamente ligado com a causalidade: as mesmas causas produzem sempre os mesmos efeitos e tem justificação na existência de leis mais ou menos imutáveis que regulam de maneira uniforme o desenvolvimento do universo.

O princípio da causalidade significa formalmente que a todo o efeito precede uma causa determinada, ou seja, quando nos encontramos face a um efeito podemos presumir a presença da sua causa normal. Dito por outra forma, aceite uma causa, normalmente deve produzir-se um determinado efeito e, na inversa, aceite um efeito deve considerar-se como verificada uma determinada causa. O princípio da normalidade fundamenta a eleição da concreta causa produtora do efeito para a hipótese de se apresentarem como abstractamente possíveis várias causas. A análise das características próprias do facto permitirá excluir normalmente a presença de um certo número de causas pelo que a investigação fica reduzida a uma só causa que poderá considerar-se normalmente como a única produtora do efeito. Provado no caso concreto tal efeito deverá considerar-se provada a existência da causa.

Do exposto resulta que o princípio da normalidade, como fundamento que é de toda a presunção abstracta, concede um conhecimento que não é pleno, mas sim provável. **Só quando a presunção abstracta se converte em concreta, após o sopesar das contraprovas em**

¹⁵ Independentemente da questão da natureza da inferência que constitui a prova indiciária; dedução indução abdução ou inferência analógica o certo é que a aplicação de um conhecimento científico está sujeito ás características de ser genérico experimentável e controlável.

¹⁶ A inferência indiciária de ordem analógica raras vezes é passível de chegar a um resultado certo pois que dificilmente se encontram duas hipóteses exactamente iguais.

¹⁷ La prueba de indícios p. 145.

sentido contrário e da respectiva valoração judicial se converterá o conhecimento provável em conhecimento certo ou pleno.

Só este convencimento, alicerçado numa sólida estrutura de presunção indiciária-quando é este tipo de prova que está em causa-, pode alicerçar a convicção do julgador. Num hipotético conflito entre a convicção em consciência do julgador no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer. Para que seja possível a condenação é imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com génese em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória. Significa o exposto que não basta a certeza moral, mas é necessária a certeza fundada numa sólida produção de prova.

A forma como se explana aquela prova fundando a convicção do julgador tem de estar bem patente o que se torna ainda mais evidente no caso da prova indiciária pois que aqui, e para além do funcionamento de factores ligados a um segmento de subjectividade que estão inerente aos princípios da imediação e oralidade, está, também, presente um factor objectivo, de rigor lógico que se consubstancia na existência daquela relação de normalidade, de causa para efeito, entre o indício e a presunção que dele se extrai.

Como tal a enunciação da prova indiciária como fundamento da convicção do juiz tem de se expressar no catalogar dos factos base, ou indícios, que se considere provados e que vão servir de fundamento á dedução ou inferência e, ainda, que na sentença se explicita o raciocínio através do qual e partindo de tais indícios se concluiu pela verificação do facto punível e da participação do arguido no mesmo. Esta explicitação ainda que sintética é essencial para avaliar da racionalidade da inferência.

III.

Não faz a nossa lei processual penal qualquer referência a requisitos especiais em sede de demonstração dos requisitos da prova indiciária.

O funcionamento, e creditação desta, está dependente da convicção do julgador a qual, sendo uma convicção pessoal, deverá ser sempre objectivável e motivável nomeadamente em sede de sentença.

Por qualquer forma é incontornável a afirmação de que a gravidade do indício está directamente ligada ao seu grau de convencimento: é grave o indício que resiste às objecções e que tem uma elevada carga de persuasividade como ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade. Por seu turno é preciso o indício quando não é susceptível de outras interpretações. Mas sobretudo, o facto indiciante deve estar amplamente provado ou, como refere Tonini corre-se

o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas.

Por fim os indícios devem ser **concordantes**, convergindo na direcção da mesma conclusão facto indiciante. Porém, uma perplexidade assalta o analista estas áridas matéria na enumeração dos requisitos deste tipo de prova, pelo menos em face da lógica. É que ultrapassando a questão da necessidade de vários indícios ou da suficiência de um indício, o certo é que, quando existe aquela pluralidade, coloca-se a questão do objecto em função dos quais se deve avaliar os requisitos enunciados. **Nunca é demais sublinhar que é a compreensão global dos indícios existentes, estabelecendo correlações e lógica intrínsecas que permite e avaliza a passagem da multiplicidade de probabilidades, mais ou menos adquiridas, para um estado de certeza sobre o facto probando.**

Tal debate, crucial na jurisprudência italiana, tem tido três respostas diferentes: uma **mais garantista**; uma avaliação mais elástica e teleológica e uma tese intermédia. Para os primeiros os requisitos da gravidade; precisão e concordância devem verificar-se em relação a cada indício. Para a **tese intermédia** a avaliação da prova indiciária deve considerar os mesmos indícios em parte isoladamente e em parte na sua complexidade total. Mais precisamente o juízo de avaliação da prova indiciária deve acontecer em dois momentos bem distintos. No primeiro momento ocorre a avaliação de cada um dos indícios em termos de gravidade e precisão com o que se pretende, ante do mais, que cada indício deve ser certo sobre a sua base de partida e, assim, deve estar rigorosamente provada a existência de uma circunstância indiciante; para além disso as regras de experiência comum; lógica ou científicas devem trazer á circunstância indiciante um número restrito e bem preciso de consequências devendo-se excluir da categoria de indício todas as inferências excessivamente vagas. Só depois de se ter correctamente individualizado os indícios é possível – e necessário – passar á sua avaliação em termos de concordância de forma a restringir o campo das múltiplas possibilidades a uma única certeza.

A terceira tese coloca sobre um plano distinto os pressupostos e consequências. Segundo esta interpretação a prova indiciária deve emergir de uma avaliação global e unitária dos indícios: eles devem ser graves, precisos e concordantes, mas sempre numa perspectiva global, e não considerados isoladamente. É esta, no dizer de Tonini, a convergência na multiplicidade e o que importa é somente o resultado final de uma operação de co-avaliação dos indícios. Na verdade, o indício que, isoladamente, parece ser de pouca gravidade pode assumir uma importância decisiva no seu cotejo e articulação com os restantes indícios¹⁸.

¹⁸ Conf Tonini Prova Penale pag 12 e seg.

IV.

Pretendendo desenhar alguns dos princípios a que se refere a prova indiciária diremos que na mesma devem estar presentes condições relativas aos factos indiciadores; à combinação ou síntese dos indícios; á indiciárias combinação das inferências indiciárias; e à conclusão das mesmas^{19 20 21}.

¹⁹ Dellepiene obra citada pag 93.

²⁰ Para Mittermeier a força dos indícios determina-se pelo cumprimento em cada caso e para cada um dos indícios das condições exigidas; pelo seu número; pela sua natureza e concordância: pelas suas relações com as presunções informativas.

²¹ Conforme Rosas Castaneda -Algunas Consideraciones sobre la teoría de la prueba indiciaria em el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado:- *os indicios también pueden observarse según su fuerza conviccional, como tal, distinguirlos entre indicios necesarios y contingentes, según se requiera de uno o varios para formar la convicción del juzgador. Empero, la clasificación más utilizada es aquella que toma en cuenta, el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito. Por su fuerza Conviccional: Indicios necesarios y contingentes* Ahora bien, lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen **indicios necesarios e indicios contingentes**, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los indicios necesarios prueban por sí solos plenamente la veracidad del “dato indicado” al que conducen, por lo que están extensos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los indicios contingentes, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del thema probandum o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad; más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la causalidad. **Por su relación fáctica con el delito .- Indicios Antecedentes** Estos indicios son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona. Los tres últimos son los denominados indicios de móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción human, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa. Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente.- **Indicios Concomitantes** Son los indicios que resultan de la ejecución del delito, se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros, en la clasificación de **GORPHE**, también llamados de “oportunidad física”, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos. Los segundos, tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos.**3.- Indicios Subsiguientes** Son, al decir de **MARTÍNEZ RAVE**, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de **GORPHE** se trata de los indicios de actividad sospechosa. Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones hechas posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos. Los **indicios de presencia y participación en el delito**, que también se pueden llamar de oportunidad física, o de oportunidad material en sentido estricto, obtenidos del importante hecho de que el individuo estuviera, sin razón plausible, en el lugar y al tiempo del delito. En sentido amplio, aquí se ubican indicios muy diversos, sacados de todo vestigio, objeto o circunstancias que implique un acto en relación con la perpetración del delito: señales de fractura o de sustracción, rastros de golpes o de polvo, manchas de sangre o barro, tenencia del instrumento del delito, descubrimiento de un objeto comprometedor en el lugar del hecho o en la casa del sospechoso. [Ese hecho material resulta sospechoso, solo porque no tiene justificación o, más aún, porque el acusado lo explica mal[Ahora bien, en cuanto a los **Indicios provenientes de la personalidad**, esta clase de indicios tienden a tomar en consideración la conducta anterior del sujeto y su personalidad a fin de inferir de ello si tiene capacidad delictiva que conduzca a presumir su autoría en el hecho que se investiga. En consecuencia, liminarmente es preciso hacer una importante aclaración respecto a que ello no importa adoptar un “Derecho Penal de autor”, sino simplemente valorar como prueba esos extremos para añadir al resto del material probatorio otros que resultan importantes para determinar en conjunto su responsabilidad. Así, los **indicios de capacidad** para delinquir, que también pueden llamarse de **oportunidad personal** proceden de la compatibilidad de la personalidad física y moral con el acto cometido. Por lo que se sabe del conjunto de su carácter, de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones, se deduce que el acusado era capaz de haber cometido el delito imputado o, inclusive, que fue llevado a ejecutarlo. [33] Constituye una condición necesaria, pero no suficiente, de la culpabilidad: unas veces proporciona una simple posibilidad y otras, una probabilidad o verosimilitud, pero no certeza.**Indicios sobre el móvil delictivo:** Se debe partir de la premisa general de que no existe acto voluntario sin motivo o móvil. [...] de modo que cuando un individuo, se decide a quebrantar la ley y exponerse a una sanción penal, es porque persigue obtener una ventaja, una venganza, o cualquier otro

Assim:

1) Os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova directa, o que não obsta a que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o efeito, provas directas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena²².

Porém, estamos em crer que a exclusão de indícios contigentes e múltiplos, que não deixam dúvidas acerca do facto indiciante como prova de um facto judiciário, e pela simples circunstância de serem resultado de prova indirecta, é arbitral e ilógica e constitui uma consequência de preconceitos considerando a prova indiciária como uma prova inferior.

A prova por inspecção ocular é a que, normalmente facilita a recolha de indícios pelo menos numa fase inicial de recolha da prova. Porém, como acentua Clement Duran os demais meios probatórios também transmitem elementos indiciários de relevo. Assim pode suceder com uma declaração ou um documento, uma parte ou um segmento dos quais pode fazer alusão a um facto indiciário que é relevante para o julgamento (por exemplo se era noite se o carro tinha ficado fechado ou aberto qual foi o preço de aquisição etc).

Directamente relacionada com a questão da unidade, ou pluralidade de indícios, que se examinará, situa-se a questão dos indícios periféricos, ou instrumentais, em relação ao facto probando. Significa o exposto que os factos indiciantes não têm de coincidir necessariamente como os que conformam o facto sujeito a julgamento, ou algum dos seus elementos ou bem a autoria material do facto ilícito, mas podem tratar-se de factos que estão em conexão ou relação directa com aqueles, situando-se na sua periferia sendo indicativos da realidade do facto que se pretende provar. Isto significa que devem ser concomitantes, ou seja, que devem

*objetivo que se le presenta con tal intensidad que lo lleva a estimar con desdén la eventual sanción. Esta razón predominante es lo que se llama el móvil para delinquir; el cual, como es una condición esencial de todo delito, es de necesaria comprobación, ya por medio de verdaderas pruebas, ya por simples presunciones. El móvil puede considerarse bajo dos aspectos: externo, y entonces es el suceso, la causa, el accidente, que impulsan el ánimo, e interno, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa el delito.[35] De allí que, el autor opta por realizar su objetivo asumiendo el riesgo de las consecuencias. Estos objetivos son los motivos o móviles de los que, cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrarle un justificativo al acto delictivo. **Indicios de actitud sospechosa:** Generalmente existen comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial singularidad o extravagancia permiten inferir que tiene relación con el delito cometido. Deducidos de lo que se llama rastros mentales o, en términos más genéricos, de las manifestaciones del individuo, anteriores o posteriores al delito; en pocas palabras, al comportamiento en cuanto revela el estado de ánimo del acusado en relación con el delito; es decir, tanto su malvada intención antes del delito, como su conciencia culpable después de haberlo realizado. **Indicios derivados de una mala justificación:** Una vez colectados suficientes elementos probatorios que indiquen a determinado sujeto como autor del hecho delictivo, es menester interrogar al mismo a los fines de que, dando su versión, explique las razones de la existencia de ese material de cargo uno por uno. Su discurso, cualquiera que sea, servirá para integrar la interpretación de aquellas pruebas. Tanto es así que si el inculcado suministra explicaciones satisfactorias y que además se comprueban, los elementos indiciarios existentes pierden eficacia. A la inversa, si sus justificaciones son inaceptables, ambiguas, equívocas, tendientes a eludir una respuesta concreta, deficientes, inventadas o mendaces, todo lo cual también debe comprobarse, ello configurará un refuerzo de aquellos indicios, dando lugar a edificar una plataforma de cargos desfavorable a su situación procesal. La mala justificación se erige así como un complemento indiciario de los demás elementos de prueba. Como se observa, las pautas que se han seguido en las ejecutorias mencionadas, responden a la clasificación que realiza GORPHE, según su papel en la prueba de la imputabilidad y de la culpabilidad, tanto en cargo, como en descargo.*

²² Para Clement Duran La prueba Penal p. 639 a prova indiciária pode realizar-se por qualquer meio probatório incluindo outra presunção (com recusa do velho aforismo praesumptio de praesumptione non praesimitur). No mesmo sentido Ehandia Teoria General da Prueba judicial

acompanhar-se entre si por constituir diversos aspectos fácticas de um determinado facto penalmente relevante e que, em consequência têm uma existência comum e em paralelo^{23 24}.

2) Os factos indiciadores devem ser objecto de análise crítica dirigida à sua verificação, precisão e avaliação o que permitirá a sua interpretação como graves, médios ou ligeiros. Porém, e como refere Bentham, não é pela circunstância de se inscreverem nesta última espécie que os indícios devem ser afastados pois que o pequeno indício conjugado como outros pode assumir uma importância fundamental.

3) Os indícios devem também ser independentes e, conseqüentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos, ou partes sucessivas, de um mesmo facto. Framarino ilustra este último ponto com o seguinte exemplo: “uma testemunha terá visto o arguido sair precipitadamente da casa da licença de Ticio; outro tê-lo-á visto numa viela transversal á mesma casa e uma outra viu entrar no carro na mesma transeversal e ausentar-se”. Estas três declarações não servem dar a fé mais do que de um único facto indiciário, e este, por mais do que é provado de mil maneiras, nunca constituirá mais do que uma única indicação.

4) Quando não se fundamentem em leis naturais que não admitem excepção os indícios devem ser vários.

Todavia, a exigência formulada por alguns autores no sentido de existência de um determinado número de indícios concordantes não se afigura de todo razoável e antes se reconduz a uma exigência matemática de algo que se situa no domínio da lógica. De concreto pensamos que apenas se pode formular a exigência daquela pluralidade de indícios quando os mesmos considerados isoladamente não permitirem a certeza da inferência.

Porém quando o indício mesmo isolado é veemente, embora único, e eventualmente assente apenas na máxima da experiência o mesmo será suficiente para formar a convicção sobre o facto.

5) Os indícios devem ser concordantes, ou seja, conjugar-se entre sí, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada facto indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstâncias²⁵.

Neste aspecto Devis Echandia refere que os indícios se avaliam e não se contam, motivo pelo qual não basta somente a pluralidade já que é indispensável que, examinados em conjunto,

²³ Clement Duran obracitada p. 640.

²⁴ Por exemplo as circunstâncias de lugar e tempo são factos especialmente indicativos no que respeita á consumação de um crime de furto: se uma pessoa é surpreendida ás quatro da madrugada nas imediações de um ou vários veículos furtados têm-se indícios muito fortes para fundamentar a atribuição de autoria. Outro tanto se pode dizer no caso de um vestígio de uma mancha de sémen na roupa da vítima e que segundo um relatório pericial corresponde ao sémen do acusado. Trata-se de um facto periférico ou alheio ao acto constitutivo da agressão sexual, mas que indica claramente que aquele acusado foi o autor da agressão.

²⁵ Os indícios podem referir-se à integração dos elementos materiais do tipo legal (indício do delito) ou á autoria material do crime.

produzam a certeza sobre o facto investigado e para que isto ocorra requere-se que sejam graves que concorram harmonicamente a apontar o mesmo facto.

6) As inferências devem ser convergentes, ou seja, não podem conduzir a conclusões diversas e a ligação entre o facto base e a consequência que dele se extrai deve ajustar-se às regras da lógica e às máximas da experiência.

7) Por igual forma deve estar afastada a existência de contra indícios pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária²⁶.

O contra-indício destina-se a infirmar a força da presunção produzida e, caso não tenha capacidade para tanto, pela sua pouca credibilidade, mantém-se a presunção que se pretendia elidir.

V.

Verificados os respectivos requisitos pode-se afirmar que o desenrolar da prova indiciária pressupões três momentos distintos: – a demonstração do facto base ou indício que, num segundo momento faz despoletar no raciocínio do julgador uma regra da experiência, ou da ciência, que permite, num terceiro momento, inferir outro facto que será o facto sob julgamento.

Assim,

Em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados. Em seguida tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar é reconstrução do facto principal. Esta síntese de factos indicadores constitui a pedra de toque para avaliar a exactidão e valor dos indícios assim como também releva para excluir a possibilidade de falsificação dos indícios²⁷.

Ao ocupar-se da prova por concurso de indícios e estabelecer que condições devem estes reunir para fazer prova plena os autores exigem, uniformemente, como se irá explanar a concordância de todos os indícios²⁸ pois que sendo estes factos acessórios de um facto principal, ou partes circunstâncias de um único facto, de um drama humano devem necessariamente ligar-se na convergência das três unidades: o tempo, o lugar e acção por forma a que cada indicio está obrigado a combinar-se com os outros, ou seja, a tomar o seu

²⁶ Contra indícios ou contra presunções lhe chama Mittermaier Tratado p. 376.

²⁷ Uma questão importante que se suscita a propósito da concordância de indícios é da suficiência de um único indício para fundamentar o facto probando estamos em crer que nada impede que um único indício possa fundamentar tal conclusão desde que a prova indiciária conjugada com os restantes elementos permita inferir sobre a certeza da conclusão.

²⁸ Deve afirmar-se que concordância e convergência são conceitos distintos. Como afirma Dellapiene. A primeira refere-se aos indícios ou factos indiciadores a segunda às deduções ou inferências judiciais.

lugar correspondente no tempo e espaço e todos a coordenar-se entre si segundo a sua natureza e carácter ou segundo relações de causa a efeito.

Em ultima análise está presente no nosso espírito a improbabilidade de aquela série de índicos poder apontar noutro sentido que não o atingido (Exemplo: feridas múltiplas – ódio; ameaças de morte; arma pertencente ao arguido).

O terceiro momento reside no exame da relação entre facto indiciante e facto probando ou seja o funcionamento da presunção. Como refere Duran a essência da prova indiciária reside na conexão entre o indício base e o facto presumido, fundamentada no princípio da normalidade conectado a uma máxima da experiência é a essência de toda a presunção. A máxima da experiência constitui a origem de toda a presunção- em combinação com o facto presumido que é o ponto de partida inverso e é o fundamento da mesma por aplicação do princípio da normalidade²⁹.

VI.

A necessidade de controle dos instrumentos através dos quais o juiz adquire a sua convicção sobre a prova visa assegurar que os mesmos se fundamentam em meios racionalmente aptos para proporcionar o conhecimento dos factos e não em meras suspeitas ou intuições ou em formas de averiguação de escassa ou nula fiabilidade. Igualmente se pretende que os elementos que o julgador teve em conta na formação do seu convencimento demonstrem a fidelidade as formalidades legais e as garantias constitucionais.

As regras da experiência ou regras de vida como ensinamentos empíricos que simples facto de viver nos concede em relação ao comportamento humano e que se obtém mediante uma generalização de diversos casos concretos tendem a repetir-se ou reproduzir-se logo que sucedem os mesmos factos que serviram de suporte efectuar a generalização.

Estas considerações facilitam a lógica de raciocínio judicial porquanto se baseia na provável semelhança das condutas humanas realizadas em circunstâncias semelhantes a menos que outra coisa resulte no caso concreto que se analisa ou porque se demonstre a existência de algo que aponte em sentido contrário ou porque a experiência ou perspicácia indicam uma conclusão contrária.

²⁹ Vg a venda de objecto a preço muito abaixo do preço de custo ou a posse dos papelinhos de droga.



6. A VALORAÇÃO DA PROVA E A PROVA INDIRETA

Ana Maria Barata de Brito

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. A VALORAÇÃO DA PROVA E A PROVA INDIRETA

Ana Maria Barata de Brito *

1. O princípio da livre apreciação das provas.
2. As regras da experiência.
3. A decisão contra as regras da experiência.
4. A decisão contra a presunção legal.
5. A verdade prático-jurídica.
6. A fundamentação da matéria de facto.
7. A prova indirecta.
8. A prova do dolo.
9. A valoração de declarações não confessórias e silêncio de arguido.
10. A utilização dos métodos indiciários nos crimes fiscais.
11. O apreciador de provas.

O¹ tema que me é proposto permanece complexo.

Suscita inúmeras abordagens.

A via de exposição que adopto é inevitavelmente incompleta, fragmentária e condicionada pelo tempo disponibilizado.

Procuro dirigi-la a juízes, a procuradores e a auditores de justiça.

Situando-me no momento actual, parto do sistema precedente que considero importante para a compreensão de um presente em aperfeiçoamento.

O termo “prova” é utilizado indistintamente nos seus sentidos de prova/meio e prova/resultado.

*

Esquema de desenvolvimento:

- (a) O princípio da livre apreciação das provas
- (b) As regras da experiência
- (c) A decisão contra as regras da experiência
- (d) A decisão contra a presunção legal
- (e) A verdade prático-jurídica
- (f) A fundamentação da matéria de facto
- (g) A prova indirecta
- (h) A prova do dolo
- (i) A valoração de declarações não confessórias e silêncio de arguido
- (j) A utilização dos métodos indiciários nos crimes fiscais
- (k) O apreciador de provas

* Juíza Desembargadora no TRE.

¹ O presente texto, em versão ligeiramente mais reduzida, serviu de base à apresentação no Curso de Temas de Direito Penal e de Processo Penal, ministrado pelo Centro de Estudos Judiciários no âmbito da Formação Contínua, em maio de 2013.

a. O princípio da livre apreciação das provas

A valoração da prova indirecta não é apenas um assunto do juiz.

No processo de estrutura acusatória em que o dominus do inquérito é (quase) soberano na decisão de arquivar ou de submeter um arguido a julgamento, a apreciação das provas é também um problema do Ministério Público.

Cabe-lhe, logo no inquérito, a correcta valoração dos indícios, sendo certo que vinga hoje a interpretação de que o juízo *para arquivar* ou *para acusar* se aproxima cada vez mais do *juízo sobre a absolvição e sobre a condenação*.

É sempre da formação de uma convicção que se trata.

Para tanto, na nomenclatura do Código de Processo Penal (artigo 127.º), a *entidade competente* aprecia a prova segundo as regras da experiência e a livre convicção, salvo quando a lei dispuser diferentemente.

A livre apreciação é, então, o princípio máximo, base e transversal de prova, que rege no processo desde o início deste.

Ele “vale para todo o decurso do processo penal e para todos os órgãos da justiça penal”².

Substitui o sistema das provas legais, que se baseava numa falta de confiança generalizada nos juízes.

“O novo juiz criado depois da revolução francesa é um funcionário do Estado, treinado profissionalmente e um decisor neutro e responsável”. “Já não é necessário evitar que o juiz tenha uma ampla discricção na sua decisão sobre os factos”³.

Logo nas lições escritas em 1956, Cavaleiro de Ferreira fala em “livre convicção como meio de descoberta da verdade” e não como “uma afirmação infundada de verdade”⁴.

Esclarece que “o julgador, em vez de se encontrar ligado a normas pré-fixadas e abstractas sobre a apreciação da prova, tem apenas de se subordinar à lógica, à psicologia e às máximas da experiência”.

Mas previne que “a convicção por livre não deixa de ser fundamentada” e manifesta apreensão relativamente ao que chama de *mutismo da jurisprudência* de então: “somente a supressão das provas legais tornou praticamente mudas a jurisprudência e a doutrina a este respeito” (Cavaleiro de Ferreira refere-se à necessidade de fundamentação) “e criou por isso o grave perigo dum puro subjectivismo na apreciação das provas”.

² Figueiredo Dias, Lições de Processo Penal, 2004, p. 202.

³ Taruffo, La prueba, p. 135.

⁴ Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, II, p. 298.

Nas lições escritas em 1975, Figueiredo Dias, realça a “deslocação do fulcro de compreensão do próprio direito das normas gerais e abstractas para as circunstâncias concretas do caso”.

Ensina que *livre apreciação* significa ausência de critérios legais pré-fixados e, simultaneamente, “liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material – de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e susceptíveis de motivação e controlo”⁵.

Não poderá tratar-se de uma convicção puramente subjectiva ou emocional. Curando-se sempre de uma convicção pessoal, ela é necessariamente objectivável e motivável.

Esclarece ainda Figueiredo Dias que a verdade que se procura é uma *verdade práctico-jurídica*, resultado de um convencimento do juiz sobre a verdade dos factos para além de toda a dúvida *razoável*.

b. As regras da experiência

Em estudo publicado em 2010, Paulo de Sousa Mendes, considera o sistema da prova livre como um “símbolo de modernidade”⁶.

Refere que “a prova livre antecipa duas características típicas do espírito moderno: a abertura à experiência e a autonomia do observador (neste caso, o julgador)”.

Considera que “tais características potenciam a descoberta da verdade material”.

Adverte que “o julgador moderno tem, cada vez mais, de produzir *abundante fundamentação* dos seus juízos probatórios. Para o efeito ele faz apelo não só aos meios de prova científicos, mas também às chamadas *regras da experiência*”.

Sobre a operância destas regras da experiência, Paulo de Sousa Mendes tece importantes considerações.

Refere:

“As regras da experiência têm aqui uma *função instrumental* no quadro de uma investigação orientada para os factos individuais”

“O juiz historiador tem que reconstituir um facto individual que ele mesmo não percepcionou. Na melhor das hipóteses, o juiz historiador conseguirá ainda assim ter acesso a fragmentos da matéria de facto” (Sousa Mendes exemplifica com o “artigo de jornal” no crime de difamação através da comunicação social)⁷.

⁵ Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 2004, pp. 202-3.

⁶ Paulo de Sousa Mendes, A prova penal e as Regras da experiência, Estudos em Homenagem ao prof. Figueiredo Dias, III, p. 1002.

⁷ Paulo de Sousa Mendes, idem, p. 1003.

“Na maior parte das vezes o juiz historiador terá de lançar mão de um procedimento indiciário, recorrendo à percepção de meros factos probatórios através dos quais procurará provar o facto principal.

Como se sabe, a prova indiciária é aquela que permite a passagem do facto conhecido ao facto desconhecido.

É neste campo que as regras da experiência se tornam necessárias, na medida em que ajudam à realização dessa passagem. Seja como for, a apreensão do facto principal terá, no final, de ser feita de um modo totalizante, pois o juiz historiador nunca pode perder de vista que lhe cabe fazer um juízo objectivo, concreto e atípico acerca do caso decidendo”⁸.

O juiz terá sempre que “averiguar em que medida os factos concretos e individualizados do caso, confirmam ou infirmam aquelas inferências gerais, típicas e abstractas...

As regras da experiência, os critérios gerais, não serão aqui mais do que *índices corrigíveis*, critérios que definem conexões de relevância, orientam os caminhos da investigação e oferecem probabilidades conclusivas, mas apenas isso – é assim em geral, em regra, mas sê-lo-á realmente no caso a julgar?” (aqui, Paulo de Sousa Mendes cita Castanheira Neves).

Revemo-nos nas conclusões deste autor, que são as seguintes: “as regras da experiência servem para produzir prova de primeira aparência, na medida em que desencadeiam presunções judiciais simples, naturais, de homem, de facto ou de experiência, que são aquelas que não são estabelecidas pela lei, mas se baseiam apenas na experiência de vida”. “Então, elas ficam sujeitas à livre apreciação do juiz”⁹.

São “argumentos que ajudam a explicar o caso particular como instância daquilo que é normal acontecer, já se sabendo, porém, que o caso particular pode ficar fora do caso típico. O juiz não pode, pois, confiar nas regras da experiência mais do que na própria averiguação do real concreto, sob pena de voltar, de forma encapotada, ao velho sistema da prova legal, o qual se baseava, afinal de contas, em meras ficções de prova. Em última análise, a prova é particularística, sempre”.

Finaliza o autor com uma importante ilação: a de que “o juiz pode decidir *contra* as regras da experiência”¹⁰.

c. A decisão contra as regras da experiência

O acórdão do TRC de 15/5/2013¹¹, relatado por Jorge Jacob, ilustra a aplicação prática desta doutrina:

⁸ Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p. 1003.

⁹ Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p. 1011.

¹⁰ Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p. 1011.

¹¹ Este e todos os acórdãos citados estão disponíveis em www.dgsi.pt.

Num caso em que para o juiz de julgamento as regras da experiência comum tinham levado à condenação da arguida, a Relação, na procedência do recurso interposto, alterou a matéria de facto considerando que “a lógica resultante da experiência comum não pode valer só por si, sobretudo se conduz a um resultado que é desmentido por uma prova credível. A realidade do quotidiano desmente muitas vezes os padrões de normalidade, que não constituem regras absolutas; são apenas reacções, eventos ou comportamentos normais ou previsíveis, mas que contra razoáveis expectativas, podem não se verificar”.

No caso, tratava-se de um crime de denúncia caluniosa. Um casal estava acusado de ter participado à Ordem dos Advogados contra o seu advogado, imputando-lhe falsamente que este transigira num processo contra as instruções que lhe haviam sido dadas pelos clientes – o casal arguido.

Tendo a mulher acompanhado o marido nas consultas ao escritório do advogado, e estando a denúncia à Ordem assinada por ambos, e não considerando *normal* que o assunto não tivesse sido discutido entre os cônjuges, a 1.ª instância condenara também a mulher.

O TRC veio a considerar que “as declarações da arguida em audiência oferecem-se como pungentemente credíveis, traduzindo o depoimento duma mulher que se limita a fazer aquilo que o marido lhe diz para fazer, sem grandes perguntas, dúvidas ou hesitações. De resto, a constatação de que a arguida estaria por fora da questão criada pelo marido enquadra-se perfeitamente nos contornos do caso. No mínimo, é extremamente duvidoso que a arguida tivesse a noção do que estava a fazer quando assinou, por indicação do arguido, seu marido, a participação para a Ordem dos Advogados, isto é, que tivesse a noção do teor do documento e da finalidade a que se destinava, assim como que tivesse qualquer empenho em ver instaurado procedimento disciplinar contra o ora assistente”.

d. A decisão contra a presunção legal

“A prova é particularística sempre” e o juiz pode também decidir contra a presunção legal.

No acórdão do TRE de 20/12/2012, que relatei, a demandante cível recorrera da absolvição. Tratava-se de caso em que o arguido, sobrinho da ofendida demandante, estava acusado da prática de crime de abuso de confiança do artigo 205.º, n.ºs 1 e 4-b) do Código Penal.

Na sentença, o tribunal de julgamento considerara como provado, em versão aqui resumida, que a ofendida, por ser uma pessoa idosa e doente, viúva e sem filhos, transferira dinheiro próprio para duas contas bancárias conjuntas com o sobrinho, o qual se havia prontificado a ajudá-la nos assuntos relacionados com Bancos, de modo a poupá-la a deslocações àquelas instituições. Provara-se ainda que o arguido, sem o conhecimento e contra a vontade da ofendida, procedera então ao levantamento desse dinheiro, dissipando-o em proveito próprio. E que, instado a restituir, se recusara sempre a fazê-lo, contrariando a vontade da ofendida, causando-lhe grande desgosto, incómodo e preocupação.

Contudo, o tribunal considerara simultaneamente como *não provado* que o arguido tivesse agido de modo deliberado e consciente, com o propósito de fazer seu os dinheiros, sabendo que não lhe pertencia e se destinava a ser entregues à ofendida.

Na sentença, justificou-se esta decisão de “não provado” argumentando que “o arguido procedeu ao levantamento das importâncias sem conhecimento e consentimento da demandante porque o poderia fazer, dado as contas serem conjuntas” e que “face à especial debilidade da demandante, esta nunca deveria ter aberto as referidas contas conjuntas com o arguido” pois, ao tê-lo feito, se colocara “numa situação de risco, perdendo o controlo total sobre a movimentação das contas”. Tudo para se concluir que ao ter procedido da forma comprovada, “o arguido não abusara da confiança da demandante pois era um dos titulares das contas, já que de contas conjuntas se tratava”.

O recurso veio a ser julgado procedente. Lembrou, então, a Relação resultar da lei que “nos casos de contitularidade de contas bancárias a compropriedade do dinheiro *apenas se presume até prova em contrário*”. E considerou que essa “prova em contrário” era de aceitar ter sido feita no caso.

Ao ter dado como provado que a demandante transferira dinheiros próprios para duas contas conjuntas com o seu sobrinho, tendo-o feito por ser uma pessoa idosa, doente, viúva e sem filhos, e por aquele se ter prontificado a ajudá-la na administração dos dinheiros, e ainda que o sobrinho procedera ao levantamento das quantias depositadas, sem o seu conhecimento e contra a sua vontade, e que se recusara a restituí-las contrariando em tudo a vontade da ofendida, ficou por explicar, de modo racional e lógico, porque razão se consideraram, então, como *não provados* os restantes factos da acusação.

Factos estes que, ainda segundo a Relação, não só se impunham como sequência racional e lógica dos restantes factos provados, como a resposta de “não provado” que lhes foi dada no exame crítico da sentença, carecia de recta justificação. Considerara-se na sentença, como inilidível, uma presunção que o não era (artigo 516.º do Código Civil – “até prova em contrário”), passando a tratar-se o demandado como dono do dinheiro, devido à mera contitularidade em contas bancárias. Contitularidade que, segundo a mesma sentença, se devera, afinal e tão só, à vulnerabilidade e dependência física em que a queixosa se encontrava, levando-a a socorrer-se de pessoa da sua confiança para poder aceder (a demandante) às suas contas e aos seus dinheiros. Comportamento este que, ainda de acordo com as regras da experiência, representa prática comum entre pessoas idosas e dependentes e os seus familiares de confiança. Procedeu-se, então, à alteração da matéria de facto, passando os factos não provados a integrar a matéria de facto provada, assim se tendo corrigido os vícios do artigo 410.º, n.º 2 do Código de Processo Penal, detectados na sentença.

e. A verdade prático-jurídica

O Tribunal Constitucional tem afirmado o *princípio da verdade material* como valor constitucional, e uma *justiça material baseada na verdade dos factos* como valor indisponível¹².

Mas a verdade material que se pretende alcançar no processo, através das provas livremente apreciadas, é uma verdade prático-jurídica.

No acórdão do STJ, de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, afirma-se que “a verdade processual, na reconstituição possível, não é nem pode ser uma verdade ontológica. A verdade possível do passado, na base da avaliação e do julgamento sobre factos, de acordo com procedimentos, princípios e regras estabelecidos. Estando em causa comportamentos humanos da mais diversa natureza, que podem ser motivados por múltiplas razões e comandados pelas mais diversas intenções, não pode haver medição ou certificação segundo regras e princípios cientificamente estabelecidos. Por isso, na análise e interpretação – interpretação para retirar conclusões – dos comportamentos humanos há feixes de apreciação que se formaram e sedimentaram ao longo dos tempos: são as regras da experiência da vida e das coisas que permitem e dão sentido constitutivo à regra que é verdadeiramente normativa e tipológica como meio de prova – as presunções naturais.”

Também no acórdão do TRL, de 13/02/2013, relatado por Carlos Almeida, se desenvolve:

“Nas questões humanas não pode haver certezas... Também não se pode pensar que é possível, sem mais, descobrir “a verdade” (...).

A reconstrução que o tribunal deve fazer para procurar determinar a verdade de uma narrativa de factos passados irrepetíveis assenta essencialmente na utilização de raciocínios indutivos que, pela sua própria natureza, apenas propiciam conclusões prováveis. Mais ou menos prováveis, mas nunca conclusões necessárias como são as que resultam da utilização de raciocínios dedutivos, cujo campo de aplicação no domínio da prova é marginal.

O cerne da prova penal assenta em juízos de probabilidade e a obtenção da verdade é, em rigor, um objectivo inalcançável, não tendo por isso o juiz fundamento racional para afirmar a certeza das suas convicções sobre os factos.

A decisão de considerar provado um facto depende do grau de confirmação que esses juízos de probabilidade propiciem.

Esta exigência de confirmação impõe a definição de um “*standard*” de prova de natureza objectiva, que seja controlável por terceiros e que respeite as valorações da sociedade quanto ao risco de erro judicial, ou seja, que satisfaça o princípio *in dubio pro reo*.”

¹² Entre muitos, Acórdão TC n.º 137/2002.

f. A fundamentação da matéria de facto

Há pelo menos seis décadas que os autores insistem na importância da *fundamentação dos juízos probatórios*.

Já na vigência do Código de Processo Penal de 1929 se chamava a atenção para a necessidade da livre apreciação se ligar a uma explicação dos juízos probatórios.

A livre apreciação não pode deixar de se conectar com o exame crítico da prova na sentença, sendo liberdade de valoração e motivação de facto como que verso e reverso de um mesmo desempenho.

O Código de 1929 não previa a fundamentação da matéria de facto e os juízes penais não a concretizavam. Na sentença, à especificação dos factos provados seguia-se então a decisão sobre a questão de direito. A doutrina de que o exame das provas se deveria considerar já então obrigatório, por aplicação do regime que desde 1961 vigorava no processo civil, nunca vingou na jurisprudência¹³.

Até ao Código de Processo Penal de 1987, a sentença foi totalmente imotivada de facto.

A decisão de facto não viabilizava um efectivo controlo.

Só nos processos-crime iniciados após a entrada em vigor do actual Código se passou a fundamentar a matéria de facto na sentença, bastando-se inicialmente os tribunais, com um enunciado ou uma simples enumeração das provas.

Nas palavras de Marques Ferreira, proferidas logo nos primeiros trabalhos sobre o novo Código, divulgados pelo CEJ em 1988, “a obrigatoriedade de tal motivação surge em absoluta oposição à prática judicial na vigência do Código de Processo Penal de 1929 e não poderá limitar-se a uma genérica remissão para os diversos meios de prova fundamentadores da convicção do tribunal (...) está intimamente conexionada com a concepção democrática ou antidemocrática que insufla o espírito de um determinado sistema processual (...).

No futuro processo penal português, em consequência com os princípios informadores do Estado de Direito democrático e no respeito pelo efectivo direito de defesa consagrado n(o artigo 32.º, n.º 1 e 210.º, n.º 1 d) a Constituição da República Portuguesa, exige-se não só a indicação das provas e dos meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal mas, fundamentalmente, a expressão tanto quanto possível completa ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentam a decisão.

Estes motivos de facto (...) não são nem os factos provados (*thema decidendum*) nem os meios de prova (*thema probandum*) mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se

¹³ Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotado, p. 855.

formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência”¹⁴.

O Tribunal Constitucional que tem também insistido em que “esta operação intelectual não é uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis)”¹⁵.

Mesmo assim, persistem pontuais incorrecções de que deixo nota:

- Análise da prova documental por simples remissão para páginas do processo;
- Igual procedimento no que toca a exames e a perícias;
- Reprodução excessiva e inútil do teor da prova oral;
- Não esgotamento do exame de *todas* as provas e ausência de relação de todas elas no seu conjunto.

No reverso, insisto:

- O mero enunciado ou enumeração das provas é sempre insuficiente;
- A reprodução de declarações, de depoimentos ou de outras provas é desnecessária;
- O exame e análise de cada uma das provas e a relação de todas elas no seu conjunto são indispensáveis.

Na leitura que faço do artigo 355.º do Código de Processo Penal – norma que salvaguarda três princípios que subjazem ao julgamento, *contraditório, oralidade e imediação* – a proibição de valoração de provas não produzidas ou examinadas em audiência funciona num duplo sentido:

- Veda a valoração de prova não examinada em audiência,
- Impõe que, uma vez produzida ou examinada em audiência, essa prova deva ser tratada na sentença.

A explicação da comprovação dos factos, implica apreciação de todas as versões apresentadas, explicação do seu eventual crédito ou descrédito; análise de todas as provas, incluindo as irrelevantes. Quando determinada prova se apresenta como irrelevante, há que dizê-lo, pois só assim a sentença demonstra que o tribunal tudo viu e em tudo atentou.

Discordo de alguma jurisprudência que considera que a omissão de apreciação de determinada prova no exame crítico significa que ela afigurou irrelevante.

¹⁴ Marques Ferreira, Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, 1988, 229/30.

¹⁵ Acórdão TC n.º 198/2004.

É no cruzamento necessário de toda a informação probatória, procedente das diversas fontes, que se vão retirar os enunciados fácticos que constituirão a matéria de facto. Examinar as provas é examinar todas as provas e tudo tem que resultar inequivocamente da sentença.

O juiz descreve o facto porque o conseguiu explicar racionalmente, a partir das provas, na avaliação do “real-concreto” e tendo presente que “o caso particular pode ficar de fora do caso típico”¹⁶; não porque a ele chegou através de uma intuição decorrente de poderes extra-sensoriais que seguramente não possui.

Motivar é argumentar. Na motivação da matéria de facto o juiz histórico pretende convencer, e, simultaneamente, está a convencer-se. A convicção que não consegue ser explicada, não pode vingar, e não fundamenta a matéria de facto.

g. A prova indirecta

As exigências de fundamentação das decisões judiciais não são uniformes.

As decisões *condenatórias* devem ser objecto de um dever de fundamentar de especial intensidade, não se verificando o mesmo noutro tipo de decisões¹⁷.

Os parâmetros de exigência da fundamentação da matéria de facto – provada e não provada – também variarão de acordo com a singeleza ou a complexidade do caso e o maior ou menor grau de evidência das provas.

A *prova indirecta* determina especiais exigências de fundamentação.

Nas várias *classificações* das provas, a distinção mais importante segundo Taruffo, é a que distingue entre provas directas e indirectas¹⁸.

Seguindo de perto este autor, a distinção assenta na conexão entre o facto objecto do processo “e o facto que constitui o objecto material e imediato do meio de prova”.

“Quando os dois enunciados têm que ver com o mesmo facto, as provas são directas”, pois incidem directamente sobre um facto principal. “O enunciado acerca deste facto é o objecto imediato da prova”.

“Quando os meios de prova versam sobre um enunciado acerca de um facto diferente, acerca do qual se pode extrair razoavelmente uma inferência acerca de um facto relevante, então as provas são indirectas ou circunstanciais”¹⁹.

Trata-se de uma distinção *funcional* que depende da conexão entre as provas e os factos.

¹⁶ Paulo de Sousa Mendes, *loc. cit.*

¹⁷ Cfr. Ana Luísa Pinto, *A Celeridade no Processo Penal: O Direito à Decisão em Prazo Razoável*, p. 75 e Acs TC 680/98, 281/2005 e 63/2005 ali citados.

¹⁸ Taruffo, *La Prueba*, p. 60.

¹⁹ Taruffo, *La Prueba*, p. 60.

Indirectas podem ser quaisquer provas, obtidas por qualquer meio.

Numa pseudo hierarquia de provas, diria que a prova indirecta não ocupa uma boa posição.

Cavaleiro de Ferreira, reconhecendo a sua importância pois “são mais frequentes os casos em que a prova é essencialmente indirecta do que aqueles em que se mostra possível uma prova directa”, considera-a “enganadora” por consentir “graves erros”²⁰.

Chama-lhe prova “difícil”, dizendo que “só começa depois de estabelecidos ou provados os factos indiciantes”²¹.

Nas suas lições classifica os vários tipos de indícios, discorre sobre os procedimentos a adoptar na apreciação e relação desses indícios, concluindo que eles “são tanto mais valiosos quanto mais precisos, ... mais concludentes se apresentem, mais próximos da categoria dos indícios necessários, e quanto mais numerosos”²².

Declara que a apreciação das provas indirectas pressupõe “grande capacidade e bom senso do julgador”, que “as complexas operações mentais que o manejo da prova indiciária implica exigem raras qualidades”

E enumera: “inteligência clara e objectiva, experiência esclarecida, integridade de carácter, ausência de fácil ou emotiva impressionabilidade”.

Avançaria três notas elementares:

- A prova indirecta é muito frequente e muito importante.
- Nada impede que a convicção assente exclusivamente em prova indirecta.
- Uma conclusão segura sobre a força persuasiva das provas – directas ou indirectas – retirar-se-á, sempre e só, no concreto caso.

Sobre a força latente da prova indirecta pode ver-se o trabalho de Euclides Dâmaso, dando notícia da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Madrid sobre provas indirectas²³.

Aí, em 2007, o autor incita a um “movimento de ultrapassagem dos rígidos cânones de apreciação da prova que leve descomplexadamente à assunção dos critérios da prova indirecta, indiciária ou por presunções, como factores válidos de superação do princípio da presunção da inocência”.

Dos dez acórdãos do STE que sumaria, destaco o Ac. STE n.º 560/2006 de 19/05/2006:

“Para que o juízo de inferência resulte em verdade convincente é necessário que a base indiciária, plenamente reconhecida por prova directa:

²⁰ Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, II, p. 289.

²¹ Idem.

²² Idem, p. 292.

²³ Euclides Dâmaso, Prova Indiciária, Julgar n.º 2.

- a) Seja constituída por uma pluralidade de indícios, embora excepcionalmente possa admitir-se um só se o seu significado for determinante,
- b) Que não percam força creditória pela presença de outros possíveis contraíndícios que neutralizem a sua eficácia probatória,
- c) E que a argumentação sobre que assente a conclusão probatória resulte inteiramente razoável face a critérios lógicos do discernimento humano”.

No acórdão do STE de 22/05/2006, n.º 557/2006, acentua-se como pressuposto para a correcta aplicação deste tipo de prova:

- a) A existência de “factos básicos” plenamente provados que, em regra, hão-de ser plurais, concomitantes e interrelacionados,
- b) E o estabelecimento entre esses factos básicos e o facto que se pretende provar (“facto consequência”) de uma ligação precisa e directa segundo as regras do critério e experiência humanos,
- c) O órgão judicial que utilize esse tipo de prova deve expressar na sua decisão os fundamentos da prova dos “factos básicos” e da sua conexão com o “facto consequência”.

Também Santos Cabral, em estudo sobre a prova indiciária e a sua valoração²⁴, conclui:

“As regras da experiência ou regras de vida como ensinamentos empíricos que o simples facto de viver nos concede em relação ao comportamento humano e que se obtém mediante uma generalização de diversos casos concretos tendem a repetir-se ou a reproduzir-se logo que sucedem os mesmos factos que serviram de suporte para efectuar a generalização.

Estas considerações facilitam a lógica de raciocínio judicial porquanto se baseia na provável semelhança das condutas humanas realizadas em circunstâncias semelhantes, a menos que outra coisa resulte no caso concreto que se analisa, ou porque se demonstre a existência de algo que aponte em sentido contrário ou porque a experiência ou perspicácia indicam uma conclusão contrária”.

Nestes dois trabalhos aborda-se a prova indirecta no contexto da criminalidade mais complexa ou de difícil investigação. Por razões conhecidas, a prova indirecta é a protagonista nos processos que perseguem estes crimes.

Não deve, porém, baixar-se o parâmetro de exigência de prova, quanto a crimes mais difíceis de investigar e provar. O que não impede que se encare com maior normalidade a inexistência de prova directa nesses casos, e que a prova indirecta deva então concentrar toda a atenção.

O processo penal prevê para determinados crimes meios específicos *de obtenção* e até *de produção* de prova. Não contempla regras especiais de valoração, mantendo-se legítimo o uso da prova indirecta, mas à semelhança do que sucede indistintamente em todos os casos.

²⁴ Santos Cabral, Prova Indiciária e as novas formas de criminalidade, Julgar n.º 17.

Também o exame crítico da prova *indirecta* na sentença tem que explicar uma convicção que não se apresentará tão linear, e que implicará especificações acrescidas.

Destaco dois pontos do sumário do acórdão STJ de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, que deve merecer leitura integral:

“O julgamento sobre os factos, devendo ser um julgamento para além de toda a dúvida razoável, não pode, no limite, aspirar à dimensão absoluta de certeza da demonstração acabada das coisas próprias das leis da natureza ou da certificação cientificamente cunhada.

Há-de, pois, existir e ser revelado um percurso intelectual, lógico, sem soluções de descontinuidade, e sem uma relação demasiado longínqua entre o facto conhecido e o facto adquirido. A existência de espaços vazios no percurso lógico de congruência segundo as regras da experiência, determina um corte na continuidade do raciocínio, e retira o juízo do domínio da presunção, remetendo-o para o campo já da mera possibilidade física mais ou menos arbitrária ou dominada pelas impressões”.

h. A prova do dolo

Os factos que integram o dolo constituem um exemplo frequente de demonstração por prova *indirecta*.

Os actos interiores ou factos internos, que respeitam à vida psíquica, raramente se provam *directamente*.

No caso que referi em (d) – decisão de facto contra presunção legal – estava em causa a prova dos factos que realizavam o tipo subjectivo do crime, concretamente o dolo.

Mas as vicissitudes da prova da intenção são comuns à generalidade dos crimes.

Na ausência de confissão, em que o arguido reconhece ter sabido e querido os factos que realizam um tipo objectivo de crime, a prova do dolo terá de fazer-se por ilações, a partir de indícios, através de uma leitura do comportamento exterior e visível do agente.

O julgador deve resolver a questão de facto decidindo que (ou se) o agente agiu *internamente* da forma como o revelou *externamente*.

A tudo procedendo sempre de acordo com a explicação clara do acórdão do STJ de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, sem “descontinuidade ou incongruências”.

(i) A valoração das declarações não confessórias e o silêncio do arguido

Maior dificuldade pode suscitar a apreciação das declarações do arguido.

O arguido é um sujeito do processo, mas pode também constituir um meio de prova (em sentido formal e em sentido material, interessando-nos agora este).

Mas quando não presta declarações sobre os factos que lhe são imputados, fá-lo no exercício de um direito consagrado no Código de Processo Penal (nos artigos 61.º, n.º 1, al. d), 132.º, n.º 2, 141.º, n.º 4, a), e 343.º, n.º 1), que goza ainda de tutela constitucional implícita.

O silêncio, mesmo que não beneficie, não pode então prejudicar o arguido.

“Nada dizer” é por isso um “não-facto”.

Como tal, não deve constar da matéria de facto. Logrará, quanto muito, afloramento na sentença apenas em sede de exame crítico da prova.

O acórdão do TRE de 22/11/2011, que relatei, tratou o silêncio do arguido, o valor probatório das declarações inverosimilhantes de arguido e a prova indirecta.

O arguido fora condenado como autor de um crime de furto simples de uma máquina fotográfica. A prova da condenação consistira no seguinte:

- No depoimento da ofendida, confirmativo dos factos provados relativos à subtracção dos bens e ao seu valor; nada soube dizer, porém, quanto à autoria dos factos;
- Na apreensão da máquina fotográfica, em casa de um terceiro, F;
- No depoimento de F, que indicou o arguido como tendo sido a pessoa que deixara a máquina em sua casa, numa ocasião em que o deixara ali pernoitar atenta a situação de total carência económica e desprotecção social em que ele se encontrava;
- Nas declarações do arguido, de negação da prática dos factos, ou seja, negou a subtracção dos bens, mas admitiu ter deixado a máquina fotográfica na casa de F; justificou a posse do artigo furtado, por “compra a um desconhecido, num café, por 30€ e para o ofertar a alguém”.

Do relatório social do arguido, das suas declarações e do depoimento de F resultou ainda provado que o arguido não tinha habitação ou modo de vida, configurando a sua situação pessoal a de um “sem abrigo”.

O conjunto das provas supra referidas permitiu avaliar a versão do arguido como destituída de credibilidade: as regras da experiência demonstram que, quando se não dispõe de meios de subsistência para prover às mais elementares necessidades, como a aquisição de alimentos, não se adquire uma máquina fotográfica, por 30€, “para oferecer a alguém”.

O arguido apresentara, pois, uma justificação da posse do objecto furtado, que era legítimo reputar de falsa.

Na ausência destas declarações inverosímeis, a prova produzida permitiria apenas inferir que determinados objectos foram furtados e que um desses objectos se encontrava em poder do arguido após o furto.

O que, por si só, não seria o bastante para condenar.

No caso, nem fora concretizada a data da apreensão do objecto na posse do arguido, o que, a ter ocorrido em momento muito próximo do furto permitiria uma leitura probatória que a própria lei, a outro propósito, reconhece (veja-se a construção legal do quase-flagrante delito e suas consequências – artigo 256.º, n.º 2 do Código de Processo Penal).

Assim, “do facto do arguido haver sido encontrado na posse de objectos furtados não se pode inferir, com suficiente segurança, pelas regras da lógica e da experiência comum, que ele foi autor do furto”²⁵ e “a simples detenção dos objectos furtados por parte do arguido, desacompanhada de qualquer outro indício, não permite induzir a forma como as coisas furtadas foram por ele obtidas, nem que ele as obteve nas condições requeridas pelo artigo 203.º do CP”²⁶.

Pelo que, no caso, na ausência de outra prova, ou seja, perante o eventual silêncio do arguido dificilmente se poderia concluir pela prova dos factos alusivos à imputação objectiva.

Cumpriria, então, determinar se as concretas declarações prestadas por este concreto imputado seriam aproveitáveis para o condenar, já que, na ausência delas, a prova não permitiria transpor uma dúvida razoável.

A propósito do silêncio, discordo da jurisprudência segundo a qual “de acordo com as regras da experiência a quem é imputado o furto de determinado objecto, quando confrontado judicialmente com essa imputação, caso não seja o autor do crime, não se remeterá ao silêncio sobre a obtenção desse objecto”²⁷. Ela pode traduzir valoração do silêncio no sentido da condenação.

Mas se é certo que o silêncio do arguido não deve ser valorado contra ele – “não o pode prejudicar” – no caso em apreciação o arguido optara por falar.

O aproveitamento das declarações pressupõe que a valoração não contenda com o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Este princípio constitucional implícito, está ligado à estrutura acusatória do processo, à transposição do arguido de objecto de prova para sujeito do processo, havendo ainda que compatibilizar a solução com a ausência de repartição do ónus de prova no processo penal.

As declarações de arguido, meio de defesa por excelência, são também um meio de prova. Foi essa a opção do legislador na disciplina do artigo 344.º do CPP.

²⁵ Ac. TRP 28/01/2009 Rel. Isabel Pais Martins.

²⁶ Ac. TRG 18/01/2009 Rel. Cruz Bucho.

²⁷ Ac. TRC 11/05/2005 Rel. Oliveira Mendes.

Ao ter optado por abandonar uma defesa de nada dizer, as declarações do arguido passaram a integrar o conjunto das provas livremente valoráveis, de acordo com o princípio da aquisição processual.

O arguido não tem que provar a verdade da sua versão, mas ao apresentá-la, coloca-a à disposição do tribunal. O tribunal passa a conhecer, não só a versão da acusação, mas também a versão que o arguido lhe contrapõe.

Sobre a possibilidade de valoração positiva – no sentido da condenação – da “apresentação de uma versão inverídica pelo arguido” pronunciou-se já o Supremo Tribunal de Justiça²⁸.

Recai sempre sobre o acusador o encargo de destruir a presunção de inocência, o in dubio impõe a valoração do non liqued em sentido favorável ao arguido. Só que, no caso, não se estava em presença de um non liqued, pois as provas do facto apreciado – todas elas indirectas, é certo – permitiam concluir, em conjunto também com as declarações do arguido, pela consistência dos factos da acusação.

Considerou então o TRE que destas declarações de arguido, inverosímeis, se retirava algo mais que transformava em “prova bastante”, a restante prova produzida – consistente em (dois) depoimentos de testemunha e no auto de apreensão – e toda ela indirecta quanto ao facto relativo à autoria do furto.

E se, à partida, é recomendável que a consistência da prova indirecta assente numa pluralidade e concordância de indícios – que, no caso, até existia – “a capacidade demonstrativa da prova indirecta não é determinável de um modo apriorístico e puramente formal; só em face de valoração final do material probatório obtido num determinado processo se poderá verificar a maior ou menor eficácia persuasiva da prova directa em relação à prova indiciária e vice-versa; um único indício nem sempre tem uma força persuasiva inferior à da prova directa ou demonstrativa”²⁹.

Há que não diabolizar a prova indirecta sob pena de frustrar a perseguição dos crimes em que apenas esta prova é possível e, conseqüentemente, deixar sem tutela os bens jurídicos por eles protegidos.

O acórdão do STJ de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, trata a questão da valoração do silêncio.

É uma decisão importante, da qual destaco uma passagem:

“O tribunal não pode extrair conseqüências negativas para o acusado do exercício por este do direito ao silêncio. Porém, se do dito, ou do não dito, pelo arguido não podem ser directamente retirados elementos de convicção, o que disser, ou sobretudo o que não disser, não pode impedir que se retirem as inferências que as regras da experiência permitam ou imponham.

²⁸ Ac. STJ 12/03/2009, Rel Santos Cabral.

²⁹ Ac. TRL 07.01.2009 Rel. Carlos Almeida.

O direito ao silêncio e de não contribuir para a própria incriminação constituem normas internacionais geralmente reconhecidas e que estão no núcleo da noção de processo equitativo. O princípio *nemo tenetur* previne uma «coerção abusiva» sobre o acusado, impedindo que se retirem efeitos directos do silêncio, em aproximação a um qualquer tipo de ónus de prova formal, fundando uma condenação essencialmente no silêncio do acusado ou na recusa deste a responder a questões que o tribunal lhe coloque.

Mas o princípio e seu conteúdo material não podem impedir o tribunal de tomar em consideração um silêncio parcial do interessado nos casos e situações demonstrados e evidentes e que exigiriam certamente, pelo seu próprio contexto e natureza, uma explicação razoável para permitir a compreensão de outros factos suficientemente demonstrados imputados ao acusado (cf., v. g., acórdão do TEDH, de 08/02/96, caso *John Murray v. United Kingdom*, 46 e 47).

Nos casos em que o tribunal pode e deve efectuar deduções de factos conhecidos (usar as regras das presunções naturais como instrumento de prova), o silêncio parcial do acusado, que poderia certamente acrescentar alguma explicação para enfraquecer uma presunção, não pode impedir a formulação do juízo probatório de acordo com as regras da experiência, deduzindo um facto desconhecido de uma série de factos conhecidos e efectivamente demonstrados”.

j) A utilização dos métodos indiciários nos crimes fiscais

Outro caso frequente de prova indirecta surge nos processos que têm como objecto crimes fiscais, e respeita à utilização dos métodos indiciários.

Os métodos indirectos encontram-se previstos na Lei Geral Tributária (artigos 81.º a 85.º), permitem a quantificação presuntiva de valores tributáveis através da análise de indicadores previstos na lei. Autorizam a Administração Tributária a quantificar lucros e rendimentos com o recurso a índices que permitem presunções quantitativas. Esta avaliação indirecta, excepcional e subsidiária em relação à avaliação directa, ocorre quando o contribuinte incumpe os deveres fiscais.

Ainda de acordo com (n.º 3 do artigo 74.º) a LGT, “em caso de determinação da matéria tributável por métodos indirectos, compete à administração tributária o ónus da prova da verificação dos pressupostos da sua aplicação, cabendo ao sujeito passivo o ónus da prova do excesso na respectiva quantificação”.

No acórdão do TRL de 25/11/2008, relatado por Vieira Lamin, decidiu-se que “embora para efeitos de tributação fiscal seja admitido o recurso a métodos indiciários em hipóteses em que o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte, o agente desses mesmos factos não pode vir a ser condenado criminalmente, apenas com base nessa presunção, pois em processo penal o silêncio e a falta de colaboração do arguido não afasta o ónus da acusação de provar os elementos constitutivos do crime”.

Neste caso foi ordenado o reenvio para novo julgamento, a fim de se apurarem os factos com recurso a outros elementos que os autos continham, e que o tribunal de julgamento não avaliara por ter considerado indevidamente como suficiente a prova por métodos indiciários. Esta interpretação não impede que os métodos indiciários possam entrar numa ponderação global de provas, mas não com a valia que o tribunal da 1.ª instância lhes dera.

O acórdão do TRC de 28/10/2009, relatado por Jorge Jacob, conheceu de caso em que, ao contrário do anterior, a arguida fora absolvida por o tribunal de julgamento ter excluído a prova obtida com recurso a métodos indiciários e ter dado como indemonstrado o patamar mínimo de punição do crime fiscal, no valor de €15.000.

Numa análise muito completa, o acórdão do TRC distingue “a reacção legal (tributária) a situações anómalas imputáveis ao próprio contribuinte”, e que não viola os princípios da generalidade da tributação e da capacidade contributiva, pois que nessas situações o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte”, da perseguição criminal do contribuinte relapso.

Considera que “os valores determinados por recurso a método indiciário não têm outra relevância que não seja a determinação, com carácter sancionatório fiscal, do montante devido pelo contribuinte à fazenda nacional, podendo este ser executado por esse montante se o não pagar voluntariamente”, considerando-se inadmissível e inconstitucional a perseguição criminal do contribuinte com base na presunção em que se vem a traduzir a utilização do método indiciário”.

No entanto, a Relação entendeu concluir que “a vantagem patrimonial indevida obtida pela empresa se cifrara em quantia não apurada mas seguramente superior a € 15.000,00”. Para tanto, procedeu à análise da actividade comercial desenvolvida pela arguida, constante já dos factos provados, e assim alterou a matéria de facto.

E disse: “Se é certo que se não demonstrou o quantitativo concreto e exacto dos valores omitidos à administração fiscal, é manifesto no entanto, em função dos valores envolvidos nos negócios efectuados pela arguida, tal como resultam do provado, que os quantitativos omitidos excederam o montante de € 15.000,00.

Negá-lo, equivale a negar a própria força da evidência, rejeitando as regras da experiência comum. E assim sendo, por força da presunção judicial que necessariamente se impõe retirar da demais matéria de facto provada, há que concluir e ter como provado que “a vantagem patrimonial indevida obtida pela empresa se cifrou em quantia não concretamente apurada mas superior a € 15.000,00”.

k) O apreciador de provas

Esgotei o tempo e vou terminar.

A apreciação da prova é mais do que uma técnica, pior ou melhor praticada por profissionais. Um magistrado que conhece o direito não é garantidamente um magistrado que decida bem.

Disponibilidade pessoal para a prova, atenção, paciência, coragem, igual abertura às razões da acusação e da defesa, constituem referentes fundamentais.

A decisão sobre a matéria de facto contém uma margem de insindicabilidade.

A fronteira da dúvida razoável não é um dado.

Situamo-nos em zonas de poder de decisão tão sensíveis quão importantes. Em que é marcante a exacta noção do papel do magistrado no quadro legal e constitucional em que actua, o sentido de respeito pela função, a importância da atitude, do modo mais interveniente ou mais complacente como se move no modelo, como cumpre e aplica a lei.

Também a consciência da “inevitabilidade de um extra-jurídico como fonte de influência na decisão” deve coexistir com uma preocupação com “a igualdade de consideração das situações”, isto é, a “consideração e ponderação semelhante dos factores que se apresentem como semelhantes, em situações semelhantes apresentadas perante o tribunal”.

Já nada se passa apenas na cabeça do juiz e no interior do processo.

Uma opinião pública mais informada, uma comunidade interessada e esclarecida, desempenham um papel importante na motivação para a ética da decisão, onde ocupa um lugar primeiro a decisão sobre os factos.

A livre apreciação da prova – directa e indirecta – é o melhor método de definição da matéria de facto conhecido, mas a sua valia provirá do bom uso que dele se faça.

*

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**7. VALORAÇÃO DA
PROVA NA
CRIMINALIDADE
ECONÓMICO-
FINANCEIRA**

Luís Gominho

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. VALORAÇÃO DA PROVA NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA¹

Luís Gominho*

- I – Introdução
 - II – O conhecimento como condição “óptima” de um bom julgamento
 - III – A dispersão legislativa e não homogeneidade deste tipo de infracções
 - IV – As “ferramentas” da apreciação e valoração da prova
 - V – O dever de fundamentar
 - VI – O princípio in dubio pro reo
 - VII – Algumas situações de atenuação probatória
 - VIII – Desconsideração da personalidade colectiva
- Vídeo da apresentação

I – Introdução

Gostaria por começar esta minha comunicação por endereçar a todos os presentes os meus mais cordiais cumprimentos, o que faço não por um simples dever formal de cortesia, mas antes pelo sincero prazer em poder partilhar convosco o meu fraco saber sobre estas matérias, da mesma forma que agradeço à Direcção do CEJ, e bem assim também, de modo particular, ao Dr. Francisco Mota Ribeiro, a oportunidade renovada de regressar a esta casa, local onde, em oportunidades diversas, todos nós seguramente não deixamos de vivenciar melhores ou piores momentos.

Em minha prévia defesa, gostava de deixar desde já esclarecido, que não possuo nenhuma particular habilitação em termos de apreciação da prova em relação a crimes económicos e financeiros.

O que tenho para oferecer, são sobretudo notas e reflexões que a prática de uma carreira quase toda ela exercida em jurisdição criminal me foi proporcionando, a que procurei conferir alguma sistematização no sentido de tentar ir ao encontro da exigência própria deste auditório.

Perdoe-se-me pois o meu atrevimento em matéria tão ampla e complexa, que aceitei sobretudo pela liberdade que generosamente me foi concedida para a tratar, tanto mais que não abundam entre nós trabalhos dedicados ao seu tratamento.

II – O conhecimento como condição “óptima” de um bom julgamento

Uma das lições que a minha experiência profissional me ensinou, é de que não se pode bem julgar, aquilo que não se conhece.

¹ Texto que serviu de base à participação do autor em “Criminalidade económico-financeira e recuperação dos produtos do crime”, com o tema “Valoração da prova na criminalidade económico-financeira”, realizada no CEJ, no dia 24 de abril de 2015.

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa.

Neste particular, lembro-me sempre do meu primeiro julgamento de furto levado a cabo por carteiristas, em que participei.

As testemunhas de acusação, no caso agentes da PSP, bem se esforçavam por elucidar, quando perguntadas pelo modo como o réu (assim na altura designado) tinha retirado a carteira, que pese embora não tivessem avistado o movimento da sua “passagem” das respectivas esferas de domínio, tinham constatado perfeitamente aquele a “esfregar-se”, a “roçar-se” pela vítima, à entrada do respectivo transporte público.

Sendo certo que o ofendido ficou realmente desapossado daquele seu bem.

Sem querer quebrar o sigilo da deliberação, posso dizer que a nossa estranheza perante tal “esfregar” e “roçar” foi determinante para a absolvição que na altura se decretou com base no princípio *in dubio pro reo*.

Alguns anos mais tarde, vinha de comboio para a Boa-Hora, quando na estação de Alcântara, vejo alguém num movimento de entrar e a sair da composição empurrando de permeio um dos vários estrangeiros que ali tinham entrado.

O movimento era estranho, porque não sendo revisor não precisava de entrar e sair.

Também não precisava de esbarrar fisicamente daquela maneira com tal pessoa, pois tinha a porta desimpedida para o fazer.

Depois de alguns segundos lembrei-me do julgamento e como que se me fez um “clique”: eram carteiristas. Com efeito, foi-me possível detectar vários mais, a tentar clonar o mesmo procedimento.

Ora a não ser o próprio revisor que logo lhes focou a sua atenção, embora sem dizer nada, terei sido a única pessoa que se apercebeu do que se estava a passar.

Mas perguntar-se-á, o que é que isso tem a ver com a apreciação da prova em crimes económicos e financeiros?

Modestamente encontramos algumas conexões:

Sendo esta uma situação com contornos de alguma *vulgaridade* penal, como se pode constatar, três juízes vindos de uma experiência sobretudo rural, como a proporcionada então pelas comarcas de ingresso e de alguns meses num tribunal de trabalho, ou equivalente, não foram capazes de ajuizar na sua plenitude uma realidade estritamente cidadina. Era uma questão que estava para além dos seus limites de compreensão.

Na realidade, a questão não residia na proficiência da prova. As testemunhas relataram aquilo que tinham capacidade de ver e transmitir.

O tribunal é que não soube interpretar e descodificar o seu significado.

É certo que aquela modalidade de furto envolve sofisticação a vários títulos - por via de regra é exercida “à luz do dia” e de preferência, até em locais onde haja muita gente.

Ainda assim não é normalmente percebida.

Mas estamos muito aquém, acreditem-me, do tipo de situações que constituem o cerne do tipo de crimes inseridos no conceito da presente acção.

Na sua forma mais expressiva realiza-se num contexto de vida económica, e levam pressuposto, por parte do respectivo agente, conhecimentos especiais quer nessa área, quer no domínio do comércio, finanças, mercado de acções, ...².

Pense-se pois, na dificuldade do julgador para entender crimes que podem assumir uma estruturação factual difícil, envolvendo fluxos financeiros, actuações e procedimentos desconhecidos da nossa prática vivencial e profissional habitual, determinadas no interior de entes dotados de uma organização por vezes complexa, em que apenas um número muito restrito de pessoas tem acesso, ou pior ainda, em que as decisões – sobretudo a este nível – são tomadas de modo informal?

O conhecimento “exterior” é pouco acessível e de fidelidade duvidosa. Ninguém vai explicar a um magistrado judicial ou do Ministério Público a forma como se vicia um concurso público, os modos pelos quais é possível retirar dinheiro do circuito de uma empresa, as vias de acesso às sociedades “off-shore” ou situações congéneres.

Pode-se, quando muito, de vez em quando, alcançar-se, uma “aproximação” sobre estes fenómenos, mas só isso.

Por outro lado, a não ser em casos muitos pontuais, a nossa disponibilidade económica, não é muito consentânea com incursões por utilizações financeiras para além de um perfil conservador, não potenciando um conhecimento minimamente suficiente deste tipo de realidades.

Até há relativamente pouco tempo, desconhecia, que ao contrário do jogo da bolsa da minha juventude, em que o valor das acções dependia do vigor económico das respectivas empresas - o que era a ideia que comumente se tinha do seu funcionamento -, afinal na bolsa verdadeira pode-se ganhar dinheiro e muito, apostando no seu afundamento ou mesmo de toda uma economia.

E note-se, estamos a falar de actuações lícitas!

Por outro lado, a repetitividade ou a frequência que uma modalidade de furto como a apontada envolve, permite a aquisição de todo um conhecimento empírico, proporcionado pela prática, que acaba por se tornar valioso.

² A Dissuasão Nos Crimes de Colarinho Branco, Judite Lima e José N. Cruz, Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia, Coordenação de José Neves Cruz e Outros, Coimbra Editora, pág. 170.

O conjunto de variáveis possíveis acaba por ser basicamente conhecido. Até a circunstância de, naquela modalidade de subtracção, o respectivo infractor nunca confessar os factos!

Pelo que depois haverá “apenas” que orientar e dirigir a prova para os *itens* verdadeiramente importantes.

Ora nos crimes económicos assim não acontece. Há não só toda uma variedade de hipóteses previsivas, que se têm multiplicado à medida que a consciência colectiva para este tipo de realidades se vem afirmando, como em bom rigor, só há cerca de não mais de 10 anos, e de forma quantitativa ainda não muito expressiva, tais crimes vêm ganhando processualização até julgamento.

Logo, é muito difícil estabelecer quais são os padrões relevantes que importam à dinâmica da respectiva prova.

Por outro lado, se qualquer pessoa pode alcançar o sentido e extensão de um objecto com a simplicidade de uma carteira - é artefacto humano destinado a guardar/transportar dinheiro e/ ou documentos -, um fluxo económico, pode ele próprio, ser a esse nível, uma incógnita:

Quando se lê, por exemplo, na comunicação social, que alguém deu 14 milhões de euros a determinado banqueiro, para além da estranheza natural que esse facto desde logo concita, o que é que isso realmente significa?

Uma simples dádiva?

Uma comissão por qualquer negócio feito ou a fazer?

Um reembolso de um empréstimo realizado fora do circuito bancário normal?

Uma qualquer outra coisa que não conseguimos sequer imaginar?

A experiência comum é pois aqui inútil para lhe conferir um conteúdo positivo imediato.

Haverá pois, na nossa perspectiva, que aprofundar o conhecimento e sistematização dos padrões comportamentais mais estruturantes que a prática vai fornecendo em relação às infracções que integram esta categoria de crimes, para além de um esforço individual de auto-formação, em que os conhecimentos de contabilidade e fiscalidade assumem um papel importante, se na realidade se quer estar à altura da exigência do seu julgamento.

Sabemos, por exemplo, que no crime de branqueamento de capitais (artigo 368-A), que se traduz na conversão, transferência, dissimulação de vantagens originadas por actividades criminosas originada a partir de certos crimes concretos ou definidos em função da sua moldura penal, existem fases e/ou “momentos” identificados.

Normalmente são três, ainda que não tenham que estar todos presentes:

- Colocação: os bens e rendimentos são colocados nos circuitos financeiros e não financeiros, através, por exemplo, de depósitos em instituições financeiras ou de investimentos em actividades lucrativas e em bens de elevado valor;
- Circulação: os bens e rendimentos são objecto de múltiplas e repetidas operações (por exemplo, transferências de fundos), com o propósito de os distanciar ainda mais da sua origem criminosa, eliminando qualquer vestígio sobre a sua proveniência e propriedade;
- Integração: os bens e rendimentos, já reciclados, são reintroduzidos nos circuitos económicos legítimos, mediante a sua utilização, por exemplo, na aquisição de bens e serviços³.

Haverá então que densificar casuisticamente estes “esquemas” e estendê-los aos demais crimes.

Porém, como julgamos traduzir uma conclusão a que todos vós já tereis chegado, o verdadeiro antídoto para combater todo este conjunto de *deficits* é uma investigação profunda que procure esgotar a origem dos fundos ou fluxos económicos e que consigne toda sua movimentação subsequente.

Da mesma forma, aquela não deverá descurar a análise probatória das versões explicativas conhecidas a processo.

Diz a prática, que explicações de última hora apoiadas documentalmente em audiência, têm sempre um efeito destabilizador.

III – A dispersão legislativa e não homogeneidade deste tipo de infracções

Um outro aspecto em que complexidade deste tema se desdobra, diz respeito ao próprio conceito de criminalidade económica e financeira e a ausência de uma verdadeira compilação estruturada e unificada dos respectivos tipos penais.

Se forem verificar na criminologia (assim prefácio da obra *Infracções Económicas e Financeiras*, Coordenação de José Neves e outros, Coimbra Editora, pág.^a 15), a expressão que aí se prefere é a de “infracções económicas e financeiras” (IEF), onde se incluem, sem distinção, as normas de natureza criminal propriamente ditas, e as infracções de índole contra-ordenacional, já que um mesmo comportamento pode estar arrumado num diferente campo de ilicitude conforme a respectiva jurisdição nacional.

Em termos históricos, poderemos dizer que são as sucessoras dos antigamente chamados “crimes de colarinho branco”. Não existe pois um conceito material que os possam definir.

³ Cfr. site do Banco de Portugal.

A referência na Lei n.º 36/94, de 29/09.

A referência na Lei n.º 101/2001, de 25/08 (artigo 2.º, al.ºs o) e p)

Teresa Trindade – “toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda económica ou financeira”⁴. A vertente económica, quiçá de autonomização mais antiga, foi-se construindo “por referência ao carácter supra-individual dos bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas”, numa afirmação crescente de distinção dos “tutelados pelo direito penal patrimonial”.

Assim, segundo Jorge Marques, com apelo à Lição do Prof. Costa Andrade, “Métodos de investigação da criminalidade económica-financeira”⁵, a “criminalidade económica é toda aquela que coloca em crise os bens jurídicos que são protegidos em função da sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”.

Em causa estão, segundo estes Autores, actuações diversas, tais como:

- As que se desenvolvem à margem da empresa, não a tocando;
- As que germinam no interior da empresa, contra a própria empresa;
- As realizadas por pessoas da empresa contra outros membros da empresa;
- As que se projectam a partir da própria empresa.

O mesmo valerá, com as devidas adaptações para o sistema financeiro, em relação à criminalidade com o mesmo nome.

Conforme o Distinto Professor aqui presente, “os crimes financeiros podem dizer respeito a três realidades distintas:

- (i) À organização e funcionamento das instituições e mercados financeiros;
- (ii) Aos activos transaccionados;
- (iii) E às actividades e operações financeiras (em especial, à captação e aplicação de poupanças dos investidores)⁶.

“Estamos em qualquer caso perante interesses eminentemente públicos (a integridade de instituições e mercados) ou interesses mistos (v. g. formas de captação e aplicação pública de poupança e património expostos a esses circuitos).

“A tutela penal do sistema financeiro não se traduz numa protecção abstracta das várias dimensões da confiança no seu regular funcionamento, mas sim na integridade dos vários

⁴ “A obtenção e valoração da prova na criminalidade económico-financeira” Criminalidade Económica-Financeira, CEJ, Tomo III.

⁵ Revista do Ministério Público (n.º 110 Ano 28, pág. 88).

⁶ Frederico de Lacerda Costa Pinto, Crimes no Sistema Financeiro: O Mapa Legal e a Adequação da Tutela Penal, Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia, Coordenação de José Neves Cruz e Outros, Coimbra Editora, pág. 482 e seguintes

segmentos dos circuitos de criação, aplicação e distribuição de riqueza enquanto bens autónomos socialmente valiosos que integram o sistema económico”.

Em qualquer dos campos, há uma constante que permanece:

Temos tipos penais que constam do próprio Código, burla (217.º), suas formas específicas (burla relativa a seguros – artigo 219.º; burla informática e nas comunicações – artigo 221.º; abuso de confiança – 205.º; insolvência dolosa – 227.º, infidelidade – 224.º; contrafacção de moeda – 222.º; corrupção – artigo 372.º a 374.º; falsificação – 256.º; o branqueamento – artigo 368.º-A, e, por outro, tipos penais constantes de Legislação avulsa específica.

Por exemplo, na criminalidade económica, temos o vetusto DL n.º 28/84, de 20/01 (onde estão previstas, por exemplo, a fraude sobre mercadorias, crimes contra a genuidade dos géneros alimentícios e aditivos, o açambarcamento, destruição de bens e matérias-primas, especulação, fraude na obtenção de subsídio, desvio de subsídio ou crédito bonificado, fraude na obtenção de crédito, ofensa à reputação económica), já o contrabando, a fraude e o abuso de confiança fiscal e os crimes contra a Segurança Social estão no RGIT, há um diploma próprio específico para a corrupção no Comércio Internacional e no Sector Privado (a Lei n.º 20/2008, de 21/04).

Na parte referente ao sistema financeiro, as respectivas incriminações específicas, incidem fundamentalmente sobre as actividades e operações financeiras.

“O acesso ao sistema financeiro é condicionado e regulado vigorando um princípio de autorização e exclusividade no exercício destas actividades. Consequentemente, a lei oferece uma tutela forte a este princípio proibindo a actividade seguradora não autorizada, a recepção não autorizada de depósitos e fundos reembolsáveis e a intermediação financeira não autorizada⁷.

O crime, previsto no Regime Geral das Instituições Financeiras e Sociedades (DL n.º 298/92, de 31/12, é pois o de “actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis” (artigo 200.º), punido com pena de prisão até 5 anos.

Paralelamente, no sector segurador, contempla-se o crime de “prática ilícita de actos ou operações de seguro, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões” (artigo 202.º do DL n.º 94-B/98, de 17/04, Lei da Actividade Seguradora).

A intermediação financeira não autorizada é mera contra-ordenação, ainda que muito grave (artigo 397.º, n.º 1, e 388.º, n.º 1, al. a), do DL n.º 486/99, de 13/11 - CdVM).

No que concerne a operações ou práticas negociais a nível financeiro, os exemplos mais emblemáticos ao nível de previsão criminal, serão o abuso de informação privilegiada (artigo 378.º do CvVM) e o de manipulação de mercado (artigo 379.º do CvVM).

⁷ Frederico de Lacerda Costa Pinto, obra citada, pág. 483.

IV – As “ferramentas” da apreciação e valoração da prova

Perante as dificuldades já deixadas antevistas no sentido da demonstração e responsabilização ao nível pessoal ou colectivo, mormente societário neste tipo de criminalidade, fornece o nosso sistema adjectivo penal uma metodologia específica no âmbito da apreciação e valoração da respectiva prova?

Desculpem-me desiludir-vos, mas a nossa resposta é negativa.

Como já vimos, uma parte significativa dos respectivos tipos penais é comum aos constantes da codificação base.

Logo, por aí será fácil de depreender, que não se justifica a existência de uma diferente conceptuologia para a sua valoração e apreciação.

Quanto muito, é o caso da Lei n.º 5/2002, de 11/01, estabelece-se um regime especial de recolha de prova para os crimes contemplados no catálogo constante do seu n.º 1, não sem por vezes criar situações de descontinuidade de regulamentação em relação ao próprio Código de Processo.

Mas a par do estabelecimento concreto de certas presunções legais, é só isso mesmo o que se contempla.

Aliás, se consultarem as anteriores comunicações proferidas nesta “Casa” sobre o presente tema, o que vão encontrar são sobretudo referências ao princípio da livre apreciação da prova, à prova indirecta ou por presunções, que aqui assume um papel mais relevante, e ao princípio *in dubio pro reo*.

1. O princípio da livre apreciação

O princípio da livre apreciação da prova, toda a gente sabe o que significa: Segundo o plasmado no artigo 127.º do Cód. Proc. Penal, fora das situações em que a lei dispuser diferentemente – o que acontece na prova pericial e na documental, a mesma é apreciada segundo as *regras da experiência* e a *livre convicção* da entidade competente.

Ou seja, contra o que havia sucedido em determinados momentos históricos, o julgador liberta-se do sistema das provas legais que a condicionavam essa mesma apreciação a normas pré-fixadas e abstractas, passando agora apenas a ter que “se subordinar à lógica, à psicologia e às máximas da experiência”⁸.

⁸ Cavaleiro de Ferreira, Lições de Processo Penal, citado por Ana Brito, “A valoração da prova e prova indirecta, Criminalidade Económica-Financeira, CEJ, Tomo III, pág. 237.

Porém, não é só o julgador que é beneficiário desta liberdade: como a norma citada expressamente o refere, é um princípio actuável pela *entidade competente* que também pode ser, por exemplo, o Ministério Público.

A livre convicção surge assim como um meio para a descoberta da verdade.

O contraponto, para a subjectividade que este sistema introduz, já se sabe qual seja: a fundamentação, que torne aquela apreciação, “em concreto, reconduzível a critérios objectivos e susceptíveis de motivação e controlo”.

Ou seja, numa expressão feliz que vi citada algures, “é uma liberdade para a objectividade”.

Ora como sabem, “o juízo de valoração da prova tem diferentes níveis, sendo que, num primeiro aspecto, avulta a natureza da própria prova (que pode ser **directa** ou **indirecta**) e, num segundo patamar, a **credibilidade** que merecem ao tribunal os meios de prova, sendo certo, porém, que o valor das provas não advém tanto da sua natureza, mas fundamentalmente da sua **credibilidade**”.

Depois, haverá que fazer todo o jogo dialéctico e interactivo que corporize e traduza o caminho lógico que evidenciará a convicção a que se aportou.

Embora aquela prova indirecta seja utilizada habitualmente na aferição dos elementos subjectivos da infracção, existe um largo consenso sobre a sua relevância particular nos crimes de natureza económica e financeira.

A razão de ser desta prevalência pode assentar em três razões fundamentais: por um lado a circunstância de os fluxos financeiros, a existir uma investigação proficiente, estarem por regra documentados, e como tal, sobrar apenas para discutir a respectiva justificação, conhecimento e determinação.

Por outro, a denominada “labilidade”⁹, leia-se instabilidade, da prova testemunhal.

Costumo normalmente afirmar que a credibilidade das testemunhas varia numa proporção inversa à relevância dos interesses que estão em discussão, e o exemplo conhecido de uma Comissão Parlamentar de Inquérito recente parece dar-me razão.

Seja pela implicação colectiva de responsabilidades, seja pela partilha de interesses comuns passados ou futuros, seja pelo receito de ser visto como um parceiro não “confiável” no campo pessoal ou dos negócios, seja por uma qualquer outra razão, são vários os factores que não favorecem, nestes casos, a credibilidade da prova pessoal por testemunho.

Tanto assim que, quando surge um interveniente “desalinhado”, acabar por se colocar quase sempre o problema das suas reais motivações e da credibilidade que pode oferecer.

⁹ Jorge Marques, Métodos de investigação da criminalidade económico-financeira Revista do Ministério Público (n.º 110, Ano 28, pág. 88).

E note-se, que nestas situações, por via de regra, não seria esperável, sequer, que nos tivéssemos de deparar com problemas de carácter ou probidade moral, que de uma forma clássica se afirma constituírem uma das pedras de toque da valia de um depoimento.

Donde, os partidários da prova indirecta, a mais das vezes afirmaram a sua superioridade em relação àquela.

A terceira razão para maior prevalência desse tipo de prova, não é específica dos crimes ora em apreço: resulta do exercício do direito ao silêncio por parte dos arguidos.

2. A prova indirecta

Posto que constitua uma matéria algo árida, importa então determo-nos um pouco mais na prova indirecta.

Com base nos ensinamentos do Professor Cavaleiro de Ferreira, há muito que entrou na vulgata judiciária, a ideia de que “em muitas situações, a prova dos factos, tem de resultar de outros factos que não se comprovam em si próprios, mas de ilações, retiradas face ao facto e às circunstâncias concretas do seu cometimento” – cfr. a este respeito, Lições de Direito Penal, Vol. I, Lisboa/S. Paulo, Ed. Verbo, 1992, págs. 297 e 298.

No fundo, estamos reconduzidos a um “quase-puzzle” construído mediante um processo lógico e concatenado de factos, baseado em presunções.

Tal como se pode ler na comunicação feita pelo Conselheiro Santos Cabral, inserta no mesmo Tomo III do Caderno Especial dedicada a este tema pelo CEJ¹⁰, que para o efeito cita Carlos Climent Durán (La Prueba), em termos simples, poderemos dizer que **“toda a presunção consiste, em obter a prova de um determinado facto (facto presumido), partindo de um outro ou outros factos básicos (indícios) que se provam através de qualquer meio probatório e que estão estreitamente ligados com o facto presumido, de tal maneira que se pode afirmar que, provado o facto ou os factos básicos, também resulta provado o facto consequência ou facto presumido”**.

Por aqui logo se infere, que a utilização de presunções exige, da parte do tribunal, um particular esforço de fundamentação, já que corresponde a um processo mais complexo de apreciação e afirmação probatória de um facto.

Tal como na comunicação referida se deixou consignado, **“não só há-de resultar provado o ou os factos básicos mas há-de determinar-se, ainda, a existência ou conexão racional entre esses factos e o facto consequência. Além de se permitir, em concreto, a análise de toda a prova produzida em sentido contrário com vista a desvirtuar quer os indícios quer a conexão racional entre esses indícios e o facto consequência”**.

¹⁰ Cfr. pág. 226.

Daí que, para a valoração de tal meio de prova (também chamada circunstancial ou indiciária), devam exigir-se, os seguintes requisitos:

- Pluralidade de factos-base ou indícios;
- Precisão de tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo;
- Que sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto;
- Racionalidade da inferência;
- Expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência”.

3. As regras de experiência

Em qualquer destas formas de prova, directa ou indirecta, as chamadas regras de experiência assumem um papel particular.

Tal designação poderá ser algo redutora, já que aí se incluem “os juízos correntes de probabilidade, os princípios da lógica ou os próprios dados da intuição humana”.

Aquelas “têm uma função instrumental no quadro de uma investigação orientada para os factos individuais”.

Servem sobretudo¹¹ **“para produzir prova de primeira aparência, na medida em que desencadeiam presunções judiciais simples, naturais, de homem, de facto ou de experiência, que não são estabelecidas pela lei, mas se baseiam apenas na experiência de vida”**.

Dito por outras palavras, fornecem¹² **“índices corrigíveis, critérios que definem conexões de relevância, orientam os caminhos da investigação e oferecem probabilidades conclusivas, mas apenas isso – é assim em geral, em regra”**.

Naturalmente que não dispensam a aferição desses mesmos dados, em função da situação concreta a julgar.

Por isso retorno ao ponto por onde iniciámos: o conhecimento do julgador como factor importante, na apreciação da prova.

O juiz actual está investido de uma função cada vez mais difícil. A livre apreciação da prova, segundo Paulo Sousa Mendes, antecipa duas características de modernidade: “a abertura à experiência e a autonomia do observador”.

¹¹ Paulo Sousa Mendes, “A prova penal e as regras de experiência, Estudos em Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias, citado pela Desembargadora Ana Brito, obra já citada, pág. 239.

¹² Idem.

Dele se espera, como se refere num acórdão do STJ de 09/11/1995, de que já perdi a referência, que seja *“capaz de pôr o melhor da sua inteligência e do conhecimento das realidades da vida e da sua cultura na apreciação do material probatório que lhe é fornecido”*.
Donde, a importância do que inicialmente referi.

V – O dever de fundamentar

Como será fácil perceber, a fundamentação da convicção formada pelo Tribunal em relação à matéria de facto traduz uma exigência central da sentença/acórdão penal.

Funciona, antes que tudo, como a contraposição da própria liberdade decisória de que o julgador está legalmente investido, tendo em vista a superação das críticas de subjectivismo e voluntarismo que o sistema acarreta.

Serve depois para assegurar a finalidade teleológica do seu controlo exterior.

Segundo o artigo 374.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal, envolve a indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal e bem assim o seu exame crítico, dentro de uma ideia mais geral, de motivos de facto que fundamentam a decisão, ou seja, na conhecida formulação do Dr. Marques Ferreira, “os elementos que em razão das regras da experiência ou dos critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência”¹³.

Mesmo quando temos presente apenas prova directa, haverá sempre operações de escolha e valoração do material probatório produzido a efectuar.

E existindo dualidade de sentidos probatórios sustentados ou a extrair, importará sempre cotejar o cabimento demonstrativo de qualquer um deles e afirmar a eventual superioridade do que se entenda mais conforme, lógico ou plausível em função da concreta situação em presença.

No caso de haver recurso à prova indirecta, naturalmente, o campo fundamentador expande-se, pois que, como vimos, o número de variáveis e de raciocínios lógicos a evidenciar é incomparavelmente superior.

Costumamos afirmar, que este é um campo sempre de realização perfectível.

Não vou entrar em detalhes particulares sobre o cumprimento daquelas exigências. O simples bom senso postula um especial cuidado na sua realização em todas as situações de complexidade da matéria a julgar.

¹³ Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal, CEJ, 1988, págs. 229/230.

VI – O princípio *in dubio pro reo*

Naturalmente que também não vos vou falar do que é o princípio *in dubio pro reo* em si mesmo.

Como ficou assinalado acima, a metodologia da interpretação e valoração da prova é unitária, não funcionando pois como aquelas portas metálicas articuladas, que se podem abrir ou estender, no caso da criminalidade económica e financeira, ou contrair nos crimes clássicos, mormente de protecção individual.

Fora das situações em que a prova é exuberante e inequívoca, o acto de julgar implica sempre, em maior ou menor grau, o caminhar sobre um espaço vazio.

O tamanho dos passos que poderão/deverão ser dados, na posição que sempre sustentámos, radica essencialmente na consciência individual de cada um.

Nessa conformidade, é matéria que não pode ser ensinada nem deve ser condicionada a partir de fora, mormente, com base na existência de uma consciência social mais exigente em relação à perseguição e punição de determinados tipos de crimes.

Gostaria apenas de recordar que a “certeza judicial não se confunde com a certeza absoluta, física ou matemática, sendo antes uma certeza empírica, moral histórica”.¹⁴

“A dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um facto, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável”.¹⁵

Como é que o princípio em causa se articula com o da livre apreciação da prova?

Num enunciado simples: “A livre apreciação exige a convicção para lá da dúvida razoável; enquanto o princípio *in dubio pro reo* impede (limita) a formação da convicção em caso de dúvida razoável”. De certo modo, como que constituem “a face e o verso da *mesma* realidade”: “a livre convicção cessa perante a dúvida razoável e a dúvida não pode aceitar-se quando não for razoável”.¹⁶

VII – Algumas situações de atenuação probatória

Em algumas situações específicas, o “decisor” beneficia de alguma “atenuação” de exigência probatória.

¹⁴ Climent Durán, citado pelo Conselheiro Santos Cabral na sua comunicação “A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira”, CEJ, Tomo III, pág. 225.

¹⁵ Assim, Jean-Denis Bredin, *Le Doute et L'intime Conviction*, Revue Française, citado na obra anteriormente indicada.

¹⁶ Santos Cabral, obra e lugar citados.

Tal pode acontecer, por exemplo, pela introdução de uma presunção legal.

1. Com maior especificidade para o tema objecto desta acção, o caso mais emblemático será o referido no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11/01, que assinala que a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito se tem como constituindo vantagem da actividade criminosa.

Trata-se de instituto de elevada potencialidade prática, cuja constitucionalidade não foi objectada pelo Tribunal Constitucional.

Já o tinha referido no acórdão n.º 294/2008, de 29/05/2008, como o reafirmou muito recentemente no acórdão n.º 101/2015, datado de 15/02/2015, proferido em processo que nos esteve distribuído em que, entre o mais, se apurava a responsabilidade criminal numa situação de lenocínio desenvolvida de forma organizada.

Alegava-se com efeito, que a presunção legalmente estabelecida implicava “a «consignação da inversão o ónus da prova ou da presunção de inocência», em violação das garantias de processo criminal que são consagradas no artigo 32.º da CRP.

A esta crítica se respondeu que:

“Na verdade, *in casu*, a «presunção» contida no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 *apenas opera após a condenação*, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Além do mais, trata-se de uma presunção ilidível, como são todas as presunções legais exceto quando o legislador disponha em contrário (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). O princípio de que parte o legislador ao estabelecê-la – princípio cuja não verificação o recorrente sempre poderia ter demonstrado – é o de que ocorreu no caso um ganho ilegítimo, proveniente da atividade criminosa, compreensivelmente reportada ao rendimento do condenado que exceda o montante do seu rendimento lícito.”

E com efeito, pode o arguido, “por qualquer meio de prova válido em processo penal” elidir aquela presunção (art 9.º, n.º 2):

- Seja demonstrando que resultaram de rendimentos de actividade lícita:
- Que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição do arguido;
- Que foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na al. anterior (cfr. artigo 9.º, n.º3).

Naturalmente que o sucesso deste instituto depende da existência de uma prova capaz de evidenciar a situação patrimonial do arguido em função das balizas temporais consignadas na lei e bem assim da concretização da referida liquidação.

2. Uma outra hipótese de funcionamento de presunção legal, pode ser encontrada nos métodos indiciários, contidos na Lei Geral Tributária (DL n.º 398/98, de 17/12, e suas inúmeras actualizações, 36 até ao momento).

Com efeito, “a avaliação indirecta visa a determinação do valor dos rendimentos ou bens tributáveis a partir de indícios, presunções ou outros elementos de que a administração tributária disponha” – assim artigo 83.º, n.º 2.

É uma via excepcional para tal cálculo e apuramento, já que a administração tributária só a ela pode recorrer “nos casos e condições expressamente previstos na lei”. (artigo 81.º, n.º 1)

Essas situações são as contempladas no artigo 87.º, n.º 1:

- a) Regime simplificado de tributação, nos casos e condições previstos na lei;
- b) *Impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta dos elementos indispensáveis à correcta determinação da matéria tributável de qualquer imposto;*
- c) *A matéria tributável do sujeito passivo se afastar, sem razão justificada, mais de 30% para menos ou, durante três anos seguidos, mais de 15% para menos, da que resultaria da aplicação dos indicadores objectivos da actividade de base técnico-científica referidos na presente lei.*
- d) Os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo nos termos do artigo 89.º-A;
- e) *Os sujeitos passivos apresentarem, sem razão justificada, resultados tributáveis nulos ou prejuízos fiscais durante três anos consecutivos, salvo nos casos de início de actividade, em que a contagem deste prazo se faz do termo do terceiro ano, ou em três anos durante um período de cinco.*
- f) *Acréscimo de património ou despesa efectuada, incluindo liberalidades, de valor superior a (euro) 100.000, verificados simultaneamente com a falta de declaração de rendimentos ou com a existência, no mesmo período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados.*

N.º 2 - No caso de verificação simultânea dos pressupostos de aplicação da alínea d) e da alínea f) do número anterior, a avaliação indirecta deve ser efectuada nos termos dos n.os 3 e 5 do artigo.

Os critérios para essa determinação constam do artigo 91.º:

Em caso de impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, a determinação da matéria tributável por métodos indirectos poderá ter em conta os seguintes elementos:

- a) As margens médias do lucro líquido sobre as vendas e prestações de serviços ou compras e fornecimentos de serviços de terceiros;
- b) As taxas médias de rentabilidade de capital investido;
- c) O coeficiente técnico de consumos ou utilização de matérias-primas e outros custos directos;
- d) Os elementos e informações declaradas à administração tributária, incluindo os relativos a outros impostos e, bem assim, os relativos a empresas ou entidades que tenham relações económicas com o contribuinte;
- e) A localização e dimensão da actividade exercida;
- f) Os custos presumidos em função das condições concretas do exercício da actividade;
- g) A matéria tributável do ano ou anos mais próximos que se encontre determinada pela administração tributária;
- h) O valor de mercado dos bens ou serviços tributados;
- i) Uma relação congruente e justificada entre os factos apurados e a situação concreta do contribuinte.

O artigo 73.º sustenta o princípio de que “as presunções consagradas nas normas de incidência tributária admitem sempre prova em contrário”.

Sendo que em processo tributário existe uma norma curiosa em termos de “ónus da prova” (cfr. artigo 74º):

1 – (...) os factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recaem sobre quem os invoque.

2 – (...)

3 – Em caso de determinação da matéria tributável por métodos indirectos, compete à administração tributária o ónus da prova da verificação dos pressupostos da sua aplicação, cabendo ao sujeito passivo o ónus da prova do excesso na respectiva quantificação.

Embora, em matéria de presunções legais ou naturais, a regra seja “a da sua cedência quando em concreto, depois de produzida e analisada toda a prova, resultar um estado de dúvida razoável em relação a um facto-base ou a racionalidade da inferência entre a sua origem/relação facto típico”¹⁷, certo é que não tem havido, por parte da Jurisprudência, uma particular abertura à consideração dos indicados métodos indirectos fiscais em processo penal.

¹⁷ Santos Cabral, obra citada, pág. 229/30.

Assim, de forma lapidar, enuncia o acórdão da Relação de Coimbra de 26/03/2014, no processo n.º 61/10.4IDCBR.C2:

“A avaliação indirecta dos rendimentos ou bens tributáveis, embora seja permitida para efeitos tributários, se observados os pressupostos do artigo 87.º da Lei Geral Tributária, não pode determinar, no âmbito de um processo penal, a condenação do arguido pela prática de um crime de natureza fiscal”.

No fundo, é o remate lógico, de uma linha decisória já aí iniciada com o acórdão de 28/10/2009, no processo n.º 31/01.3IDCBR.C1, e que distinguia a reacção (tributária) que não seria violadora dos princípios gerais da tributação e da capacidade contributiva – pois o Estado, nessas situações, só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte” –, da perseguição criminal.

Dito por outras palavras, “os valores determinados por recurso a método indiciário não têm outra relevância que não seja a determinação, com carácter sancionatório fiscal, do montante devido pelo contribuinte à fazenda nacional, podendo este ser executado por esse montante se o não pagar voluntariamente. Inadmissível, porém, sob pena de inconstitucionalidade, é a perseguição criminal do contribuinte com base na presunção em que se vem a traduzir a utilização do método indiciário, antes subsistindo integralmente o dever da acusação de demonstrar todos os elementos constitutivos do crime”.

Esta posição, decorre assumidamente do reconhecimento da opinião desenvolvida a esse propósito, pelo Dr. Nuno de Sá Gomes, ainda que a Relação de Coimbra, depois, naquele último caso, tenha acabado por retirar, da demais prova, a *ilação* de que vantagem indevida obtida pela efeito de considerar demonstrada a prática de um crime de fraude fiscal, na forma continuada.

No fundo substituiu a presunção de natureza fiscal utilizada pela correspondente Administração Tributária por uma outra de natureza judicial.

É o que sucede também, em parte, no acórdão da mesma Relação de 15/10/2008, no processo n.º 44/03.0IDPBL.C1 (qualquer deles acessível no correspondente endereço electrónico da DGSJ).

Como aí se diz, “(...) será admissível o recurso a presunções, desde que extraídas de factos concretos e objectivos – factos indiciários típicos devidamente explicitados – de onde o facto tributário possa ser inferido, com segurança, em termos de objectividade e normalidade, dentro das regras da especificidade da actividade em que se inserem e da “*lege artis*” ali vigente, com a efectiva possibilidade de pleno exercício do contraditório e da demonstração de que a base da presunção é infundada no caso concreto”.

Mas para fundar directamente a prova da acusação, não tem sido admitida.

3. Os arrestos

Num plano já algo distinto, uma outra situação que começa a ganhar alguma importância neste domínio de criminalidade são os arrestos, em que a natureza cautelar das respectivas medidas remetam-nos também para um menor grau de exigência da prova necessária para o seu decretamento.

3.1. Começaria pelo arresto preventivo previsto no artigo 228.º do Cód. Proc. Penal que traduz uma modalidade das medidas de garantia patrimonial previstas neste Diploma:

Embora no seu desenho legal surja com alguma dependência da caução económica (o Ministério Público pode require-la “havendo fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas, ou de qualquer outra dívida para com o Estado (artigo 227.º, n.º 1), da mesma forma que o lesado, quando exista “fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime (artigo 227.º, n.º 2), dela pode autonomizar-se.

Como o menciona o seu lacónico n.º 1, é decretada nos termos da lei do processo civil, o que segundo o Prof. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, 2.ª Ed.º, pág.ª 628, que “*depende da comprovação de um justificado receio da perda da garantia patrimonial*”.

Ou seja, em primeira linha, a remissão funciona em termos de requisitos de aplicação.

O problema aqui, reside na circunstância da Doutrina e Jurisprudência civilista, de forma quase unânime, juntarem ao mencionado receio também a probabilidade da *existência do crédito*. E porque é que isto é importante?

É que se tiver sido anteriormente fixada e não prestada caução económica, o arresto pode ser decretado sem mais (hipótese em que seria quase automático).

A exigir-se aquele segundo requisito, este terá de ser invocado e apreciado.

Propendo para a solução que os englobe a ambos.

A menor exigência probatória em relação este instituto facilmente se compreenderá de onde deriva:

Mesmo nos termos da lei processual civil (artigos 406.º e segts., actuais artigos 391.º e segts.), basta-se com o receio da perda da garantia patrimonial, o que quer dizer que aquele não tem que ser certo, mas tão só provável, da mesma maneira que em relação à existência do crédito, é suficiente a sua probabilidade e não a correspondente certeza.

Uma outra condicionante que interfere nesta matéria, é a circunstância de estarmos numa jurisdição processual penal e que o arresto preventivo é uma medida de garantia patrimonial.

Logo ser-lhe-ão também aplicáveis as condições gerais de aplicação previstas no artigo 192.º, o que não coloca grandes dificuldades, e bem assim os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade (artigo 193.º), que poderão quadrar menos bem com o quadro civil de exigências para aquele procedimento.

Neste domínio, uma das questões que já se nos colocou, foi a saber da exigência da prévia audição do arguido para o seu decretamento, já que numa leitura imediatista dos respectivos preceitos, é o que parece decorrer dos n.ºs 1 e 3 do artigo 194.º Cód. Proc. Penal.

Concomitantemente, foi suscitada a respectiva nulidade insanável, fundada no artigo 119.º, al. c), do mesmo Diploma.

Posto que o Prof. Pinto de Albuquerque¹⁸ dê nota da defesa dessa posição por parte do Dr. Rodrigo Santiago, em nome de um princípio irrestrito do contraditório, não foi essa a posição que defendemos.

Convocamos antes, a Doutrina já desenvolvida pelo acórdão da Rel. de Coimbra de 25/09/2013, no processo 559/12.0JACBR-A.C2 (também ele consultável no endereço electrónico www.dgsi.jtrc.pt), que basicamente entendeu:

“ (...) , sendo o arresto preventivo decretado nos termos da lei civil, não se vê por que razão há-de, neste particular, divergir do artigo 408.º, n.º1 do CPC.

Aliás, o arresto não (...) envolve ou contende directamente com a liberdade pessoal e com direitos fundamentais pessoais, mas tão só direitos patrimoniais ou económicos, não se descortinando razões para afastar o regime da lei processual civil que a própria lei processual penal manda observar.

Citando Paulo Pinto Albuquerque in Obra e local citados, “(...) só o sigilo da providência protege os interesses do requerente do arresto preventivo. É esse o sentido tradicional e histórico do arresto preventivo no direito Português. É, por isso, que o artigo 228.º, in fine, distingue como uma das hipóteses do arresto preventivo o caso em que a caução foi previamente fixada e não prestada. A especificação da lei (“se tiver sido”) não faria sentido se esse fosse o único caso admissível”.

Este posicionamento foi ratificado pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 714/2014, de 28/10/2014, no processo n.º 224/14, que afastou todas as críticas de desconformidade com a nossa Lei Fundamental que haviam sido apresentadas.

Da respectiva fundamentação gostaria de deixar consignados dois argumentos principais:

“Não obstante tratar-se de um meio de garantia patrimonial inserido num processo penal – e não um arresto „civil“ no quadro de um processo civil com fins distintos – este instituto cautelar não tem em vista as finalidades próprias do processo penal mas antes visa assegurar

¹⁸ Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, 2.ª Ed, pág. 628.

preventivamente a garantia de um direito de crédito do lesado (in casu, assistente que deduziu nos autos um pedido de indemnização civil pelo valor dos créditos alegados – cfr. fls. 2 e 15).

A conexão que possa existir entre o processo criminal, por um lado, e o direito de crédito e a responsabilidade civil fundada na prática de crime (artigo 71.º do CPP) que convocam o uso do meio cautelar em causa, por outro lado, não é de molde a influir diretamente sobre os elementos que possam integrar o tipo legal de crime, não se projetando o decretamento da providência cautelar de arresto sobre a responsabilidade criminal (pessoal) do arguido.

(...) tendo em conta as finalidades da providência cautelar em causa – o arresto preventivo –, considera-se justificado e razoável o desvio ao princípio do contraditório (prévio) em face do perigo de desvirtuamento e de inutilidade da própria medida, pondo assim em risco a tutela efetiva (eficaz) dos direitos que se tentam proteger, em termos que não merecem uma censura constitucional.”

Outra questão que assume alguma relevância diz respeito à extensão que o perigo da perda da garantia do crédito deve revestir nas situações em que o património tenha uma composição heterogénea.

No caso, uma valiosa colecção de veículos antigos, mas também depósitos e participações em sociedades.

Naturalmente que a garantia que aqui se tem em vista referir, é o património global do Requerido, considerado civilisticamente como garantia geral das obrigações.

Em relação à referida colecção o propósito do arguido de dela se desfazer era público e notório, em face não só da sua remoção já efectivada para o exterior, como até da existência publicitada de um leilão internacional para a sua alienação.

No que respeita aos bens de fungibilidade imediata, não temos quaisquer dificuldades em entender que em face da sua iminente possibilidade de movimentação devem ser objecto de deferimento do arresto existindo o receio fundado de alienação em relação a outros elementos patrimoniais.

A situação das participações sociais tem uma natureza mais complexa. Não se perca todavia de referência, a capacidade que os entes colectivos possuem para transitar e fazer escoar fluxos financeiros, da mesma forma que a têm, para inabilitar o seu alcance por parte das autoridades.

3.2. Um outro arresto que seguramente terão ouvido falar numa destas sessões, é o previsto no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002.

Já tive a oportunidade de escrever em determinado processo, ainda que timidamente, que deverá ser autonomizado em termos de pressupostos em relação àquele que acabámos de referir, pese embora as referências remissivas constantes da lei, nomeadamente, evitando-se na sua fundamentação jurídica, a indistinção da referência normativas a todos os preceitos reguladores do arresto.

O tempo permitiu sedimentar um pouco mais esta ideia.

– O arresto previsto no artigo 228.º pode ser requerido quer pelo Ministério Público quer pelo lesado – o do artigo 10.º apenas por aquele;

– O arresto previsto no artigo 228.º pode aplicar-se a qualquer crime, enquanto o do artigo 10.º apenas aos crimes previstos no respectivo artigo 1.º;

– Em bom rigor, os fundamentos não são idênticos, sem prejuízo da ideia comum de salvaguarda patrimonial antecipada.

É que no artigo 10.º da Lei n.º 5/2002, o elemento que parece ser mais incisivo para o seu decretamento é o da existência “de fortes indícios da prática do crime”, o que se compreende, pois não é tanto uma dimensão da garantia civilística o que se tem em vista assegurar, mas antes o efectivo cerceamento das vantagens ilicitamente conseguidas com o crime, donde ser a existência deste último o elemento aqui preponderante.

Fica por resolver, no entanto, a compatibilização de poder ser decretado “a todo o tempo”, com a circunstância da liquidação do valor a perder a favor do Estado ter lugar por via de regra na acusação, ou no 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento (cfr. artigo 7.º, n.º 2).

A interpretação mais “simples” – a expressão “a todo o tempo” reporta-se a esse intervalo de tempo.

VIII – Não querendo maçar-vos muito mais, gostaríamos de finalizar chamando a vossa atenção para um instituto de base civilística que não deixa de ter relevância particular neste tipo de providência, sobretudo nos casos mais emblemáticos em que a interposição societária se apresenta como instrumental para finalidades contrárias ao Direito.

Falamos da “**desconsideração da personalidade colectiva**”.

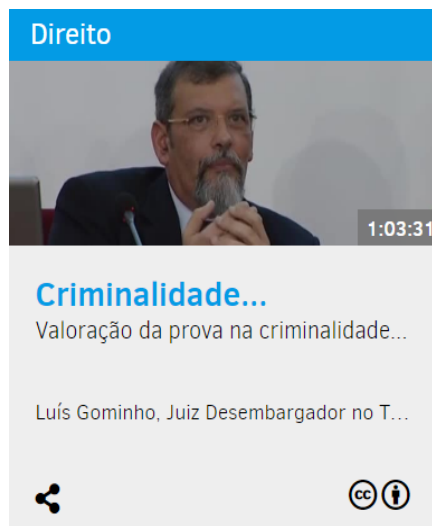
Servindo-nos aqui do enunciado do douto acórdão da Relação de Coimbra de 03/07/2013, no processo 943/10.8TTLRA.C1, poderemos dizer que:

– É uma figura que não se encontra expressamente prevista na lei portuguesa, surgiu na doutrina e, posteriormente, na jurisprudência como meio de cercear formas abusivas de actuação, que ponham em risco a harmonia e a credibilidade do sistema.

– No fundamental, traduz-se numa delimitação negativa da personalidade colectiva por exigência do sistema ou “exprime situações nas quais, mercê dos vectores sistemáticos concretamente mais poderosos, as normas que firmam a personalidade colectiva são substituídas por outras normas”.

- O recurso a esse instituto é possível quando ocorram situações de responsabilidade civil assentes em princípios gerais ou em normas de protecção, nomeadamente dos credores, ou em situações de abuso de direito e não exista outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar, ou seja, a desconsideração tem carácter subsidiário.
 - De entre elas avultam a confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas de duas ou mais pessoas, normalmente entre a sociedade e os seus sócios (ainda que não tenha de ser obrigatoriamente assim); a subcapitalização da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objecto social e prosseguir a sua actividade; e as relações de domínio grupal.
 - Em todas estas situações verifica-se que a personalidade colectiva é usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros, existindo uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios.
 - A desconsideração tem de envolver sempre um juízo de reprovação sobre a conduta do agente, ou seja, envolve sempre a formulação de um juízo de censura e deve revelar-se ilícita, havendo que verificar se ocorre uma postura de fraude à lei ou de abuso de direito.
- Reitera-se: é um meio excepcional de efectivar responsabilidade quer contratual quer extra-contratual.

Vídeo da apresentação



<https://educast.fccn.pt/vod/clips/18kcp1ugf9/streaming.html?locale=pt>

Título:
Da prova indireta ou por indícios

Ano de Publicação: 2020

ISBN: 978-989-9018-41-9

Série: Temas

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt