

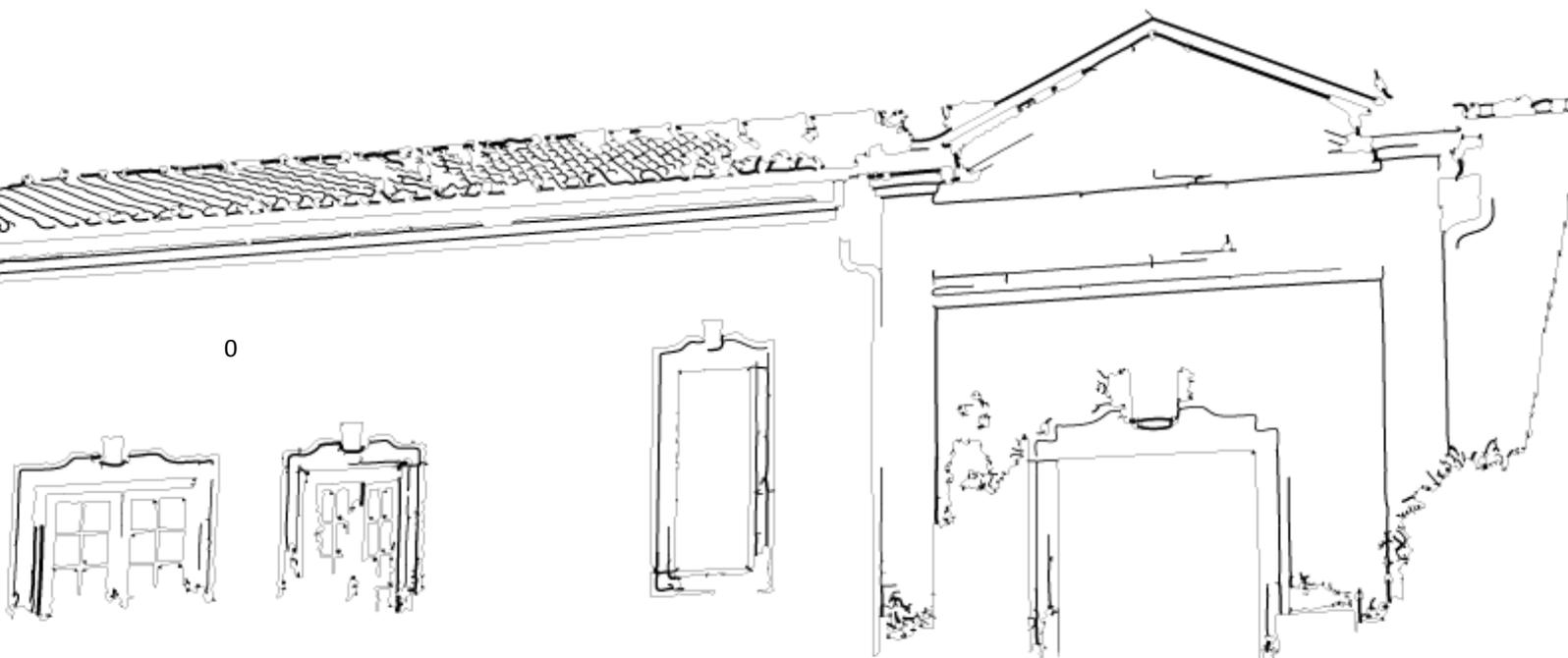
Coleção Ações de Formação

Jurisdição Penal e Processual Penal

Jurisdição do Trabalho e da Empresa

Ações de formação – 2011-2012

Textos dispersos





Esta publicação reúne textos das áreas da Jurisdição Penal e Processual Penal e da Jurisdição do Trabalho e da Empresa.

A sua compilação autónoma, completa os restantes e-Books já editados e justifica-se como forma de permitir a sua maior divulgação, assim promovendo o objetivo do CEJ de aproveitar a qualidade das intervenções produzidas nas suas acções de formação para que toda a comunidade jurídica delas possa beneficiar.

Ficha Técnica

Jurisdição Penal e Processual Penal

Jurisdição do Trabalho e da Empresa

Nome:

Jurisdição Penal e Processual Penal. Jurisdição do Trabalho e da Empresa. Ações de Formação - 2011-2012. Textos dispersos.

Categoria:

Ações de Formação Contínua

Coordenação das Ações de Formação:

Francisco Mota Ribeiro

Helena Leitão

Plácido Conde Fernandes

Manuela Cardoso

Intervenientes:

Belmiro Andrade (Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Coimbra)

Adelaide Moreira Morais (Procuradora da República no Departamento de Investigação e Ação Penal do Porto)

José Paulo Albuquerque (Procurador da República, Coordenador Distrital de Évora do CEJ)

Mário Lages Amaral (Procurador da República, Tribunal de Execução de Penas de Évora)

João Palma Ramos (Procurador da República, Círculo Judicial de Setúbal)

Revisão final:

Edgar Taborda Lopes (Coordenador do Departamento da Formação do CEJ, Juiz de Direito)

Joana Caldeira (Técnica Superior do Departamento da Formação do CEJ)

Nota:

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

ÍNDICE

JURISDIÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL

Particularidades da investigação - meios especiais de obtenção e valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira - <i>Belmiro Andrade</i>	5
Criminalidade económico-financeira - <i>offshores</i> , branqueamento de capitais e o segredo bancário - <i>Adelaide Moreira Morais</i>	19
Fundamento e firmamento - <i>José Paulo Albuquerque</i>	37
Debate alargado: dois anos de prática e jurisprudência sobre o novo CEP na perspectiva do Ministério Público - <i>Mário Lages Amaral</i>	57

JURISDIÇÃO DO TRABALHO E DA EMPRESA

A sinistralidade laboral e a responsabilidade criminal (Breves notas) – <i>João Palma Ramos</i>	71
---	----

NOTA:

Pode “cliquear” nos itens do índice de modo a ser **redirecionado** automaticamente para o tema em questão.

Clicando no símbolo  existente no final de cada página, será **redirecionado** para o índice.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Particularidades da investigação – meios especiais de obtenção e valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira

Comunicação apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no dia 04 de novembro de 2011, no Porto.

[Belmiro Andrade]



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

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 art. 18º, n.º 1 da CRP), tendo em vista a “vocação regulamentar” da nossa Constituição (cfr. Marcelo de Sousa, Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar Anotada, Ed. Aquitas, 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 recebe-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 – art. 32º, 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 art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e o já citado artigo 32º, 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 Associação 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 349º 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 351º 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 art. 125º 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 art. 127º: 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 (art. 205º, n.º 1 da Constituição da República na redacção saída da revisão de 1997 e art. 97º, 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, nº 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 Seiza, 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 344º, 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 353º 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 – cfr. 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 (art. 355º 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



juízo, 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 conexiónados 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 81º; os respectivos pressupostos, no art. 87º; os critérios (art. 90º); e os procedimentos, no art. 91º). Bem como, por último, a efectiva possibilidade da prova em contrário – artigos 73º e 74º.

O mesmo sucede com a Lei 5/2002, de 11/01, relativa à criminalidade económico-financeira, aplicável ao leque de crimes definidos no seu art. 1º. Com efeito, dispõe o artº 7º, 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 artº 8º 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.º2 que para o efeito é admissível “qualquer meio de prova válido em processo penal”.

- Prevendo, por último, o nº 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 art. 127º 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 exhaustiva 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.



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Criminalidade económico-financeira – *off shores*, branqueamento de capitais e o segredo bancário

Comunicação apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no dia 11 de novembro de 2011, no Porto.

[Adelaide Moreira Morais]



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Introdução

Para além dos cumprimentos que naturalmente me cumpre dirigir aos Ilustres Membros desta Assembleia e aos intervenientes directos que me rodeiam, com uma palavra especial de agradecimento pelo amável convite que me foi dirigido pelo CEJ, não posso deixar de dizer que a minha presença aqui se deve essencialmente às insistências da Sr.ª Directora do DIAP do Porto, Dra. Maria do Céu Beato Sousa – que tem a amabilidade de confiar nas minhas qualidades de transmissora do pouco que sei – do que, e irão constatá-lo inevitavelmente da minha intervenção, da minha valia objectiva.

Falando em minha defesa, quero dizer-vos que três anos fora da jurisdição criminal, e embora já tenha retomado as lides há 14 meses, foi o suficiente para sentir inegáveis diferenças entre o antes e o agora, sentindo as falências de quem recomeça a trilhar um caminho. De todo o modo sempre tenho de reconhecer que, à medida que o vou fazendo, começo a encontrar pontos de referência que se não desvaneceram.

Por outro lado, quando observei o painel de intervenientes entre os quais me colocaram, atento ao seu reconhecido mérito, não consegui deixar de me sentir como se fora uma fatia de fiambre fumado de marca branca, inserida como recheio de um pão gourmet saído das mãos de um master chef.

Alertados os Colegas para tais debilidades, começemos então...

Confesso que senti algumas dúvidas no que concerne à abordagem que melhor serviria os propósitos desta acção. Resolvi ater-me aos aspectos mais práticos das questões, mormente apontados aos instrumentos legais que estão, nesta data, ao nosso dispôr e de os relacionar entre si.

Recordo que há alguns anos atrás houve uma acção de formação que se não estou em erro foi ministrada nas instalações da P.J. do Porto e onde o Dr. Manuel António da Silva Marques fez uma exaustiva exposição a propósito dos “offshores”, pelo que, como não poderia fazer algo de valor superior e o texto está disponível para quem o pretenda – eu pelo menos tenho uma cópia que me foi gentilmente cedida por uma Sr.ª Inspectora Coordenadora da P.J. e que terei todo o gosto em partilhar e o seu autor, tenho a certeza, a tal se não opõe.

Acresce o texto da autoria do Dr. José Pedro Fazenda Martins, sobre “Recolha de Provas sobre Sociedades Offshore”, apresentação levada a efeito em Maio do corrente ano



e que é um instrumento de referência – sendo que, para que não fosse repetitiva, optei pela abordagem enunciada.

Sociedades offshore e paraísos fiscais – os mal amados ou da razão do adágio popular de que “não há fumo sem fogo”...

Mercê, nomeadamente, das notícias carreadas pelos órgãos de comunicação social, mesmo os profissionais que lidam com tais matérias, inevitavelmente, não conseguem deixar de ligar tais itens à prossecução de actividades ilícitas. Se o fizermos, sem mais, incorreremos num erro.

Haverá, conseqüentemente, e em primeiro lugar, que distinguir as situações com que nos deparamos, para assim nos situarmos.

Em razão do desenvolvimento económico mundial, da globalização dos mercados e da inevitável formação de grandes blocos económicos, foi-se assistindo à criação, em determinados países/zonas, de ordenamentos fiscais que isentam de tributação certos factos que normalmente o seriam, tendo por ponto de referência princípios gerais que são tidos como comumente aceites, ou os tributam a taxas muito baixas, com o objectivo de atrair capitais estrangeiros, sendo certo que, muitos desses países/zonas, além dessas, não têm quaisquer outras fontes de receita.

Os paraísos fiscais existem desde sempre, desde que as sociedades resolveram cobrar impostos e os abrangidos por tais medidas resolveram furtar-se a tal, apontando-se a Ilha de Delos, na Grécia, Séc. II, a.C como sendo um dos primeiros conhecidos, dado que o comércio ali não pagava impostos.

Distinguindo paraísos fiscais de offshores digamos que os primeiros são zonas privilegiadas que existem em determinados pontos do globo e para as quais são atraídos os investidores de países com uma (mais) elevada carga fiscal.

Offshore é o nome que se dá às sociedades que se localizam no exterior de um determinado país, sujeito a um regime legal diferente considerando o que se aplica no país do domicílio dos seus associados.

A criação de uma empresa offshore num ou noutro local depende naturalmente dos objectivos que presidem à sua constituição.

Não posso deixar de vos referir o estudo condensado no livro “Sociedades Offshore e Paraísos Fiscais” da autoria de Manuel Poirier Braz (Livraria Petrony), tendo como referência o ano de 2010, em que, para além de nos informar do número total de paraísos fiscais que à data ascendiam a setenta e três (*é interessante verificar que a*



última Portaria que contém a listagem dos países, territórios e regiões com regimes de tributação mais favorável, indica 83), assim distribuídos; vinte e dois nas Américas e Caraíbas; vinte e seis na Europa; nove no Médio Oriente e Ásia e sete em África, também fornece indicações sobre os paraísos fiscais que podem interessar às pessoas singulares (Europa: Andorra; Campione d'Italia (comuna italiana encravada em território suíço), República da Irlanda e Mónaco; Fora da Europa: São Bartolomeu (território francês situado nas Caraíbas) e Polinésia Francesa; às pessoas colectivas (Bahrein, Chipre, Ilha de Jersey (Canal da Mancha), Guernesey (Canal da Mancha), Hong Kong, República da Libéria, Principado do Liechtenstein, Ilha de Man (faz parte das Ilhas Britânicas, mas tem estatuto autónomo), Nauru (ilha da Micronésia), Panamá e Estado de Delaware; mistos (Bahamas, Bermudas, Caimão, ilhas de Turcos e Caicos (Turks and Caicos), território britânico); para fins especializados (Dinamarca “reino dos royalties”; Ilhas Virgens Britânicas e o Luxemburgo) e outros (caldeirão) (Gibraltar; Vanuatu, Seychelles, Ilhas Maurícias, Macau e Barbados).

É um verdadeiro roteiro com as mais variadas informações.

Mas nem é preciso consultar este livro. Nos sites de diversos bancos temos indicações do mesmo teor.

O que é que os paraísos fiscais têm em comum:

- 1. Uma legislação para constituição de sociedades simplificada – o que pode facilitar a criação de empresas fictícias – e legislação financeira flexível;**
- 2. Sigilo bancário e profissional quase sempre muito rígido – o que pode redundar numa falta de transparência e em recusa, mais ou menos directa, de prestação de informações a autoridades estrangeiras;**
- 3. Liberdade cambial absoluta – sem controle e sem restrições à compra, venda e transferências de divisas para qualquer outro território;**
- 4. Sector financeiro com uma importância desmesurada;**
- 5. Facilidade de comunicações;**
- 6. Sistema de promoção e publicidade enquanto centro financeiro offshore;**
- 7. Estabilidade política e social.**

É legítimo perguntar, a ser assim, afinal de onde resulta o benefício dos territórios onde estão implantadas as empresas offshore. Ele traduz-se, efectivamente, nas taxas fixas de licenciamento e de instalação que são cobradas anualmente, independentemente dos resultados da actividade da empresa.



É estimado que cerca de metade dos fluxos financeiros internacionais circulem por sociedades e jurisdições *offshores*. Esta afirmação é recorrente em todos os artigos escritos a propósito.

Não posso deixar de referir que decorreu no passado mês de Outubro um workshop levado a cabo pelo “Instituto de Formação Bancária”, onde o tema foi precisamente “Sociedades Offshore: o que são, para que são utilizadas e como se controlam” o que é revelador do interesse do tema.

Naturalmente que vamos desprezar os usos legítimos dos paraísos fiscais (ex. Protecção de patrimónios; trading e operações comerciais, investimentos *offshores*, holdings societárias, estruturas com finalidades de planeamento tributário, holdings para direitos autorais, patentes e royalties, estruturas para planeamento de heranças e outros)...

E também não podemos deixar de referir que não devemos confundir paraísos fiscais com zonas de baixa pressão fiscal. Existem Estados – Reino da Arábia Saudita – em que a pressão fiscal é reduzida porque as necessidades orçamentais não carecem que sejam de nível superior, dado que as despesas são baixas e possuem outros recursos que não os provenientes das receitas de imposto. Não podem só por isso ser catalogados de paraísos fiscais. Por si, esses países, de forma intencional, não procedem à captação e reciclagem dos fluxos financeiros internacionais.

Centremo-nos, então, perante aquilo que acima ficou dito acerca das características comuns detectadas e expostas, nas possibilidades que estes paraísos fiscais permitem se e quando usados para finalidades ilícitas:

- **Lavagem de dinheiro** – Como vimos em muitos destes paraísos fiscais existe sigilo bancário e profissional absoluto, são usuais as aquisições de acções de sociedades, ao portador, que impedem o conhecimento da identidade dos operadores;
- **Fraudes financeiras e comerciais** – Pelos mesmos motivos torna-se tarefa hercúlea saber quem desencadeou as diversas operações e como e onde as mesmas terminaram;
- **Instituições fantasmas** – Países há onde existem entidades bancárias com nomes semelhantes a outras de renome internacional e que nada têm a ver com estas;



- **Abrigo para capitais usados com finalidades criminosas** – caso dos dinheiros usados por terroristas que se aproveitam das vantagens do sigilo e da facilidade de movimentação dos capitais para camuflarem os proventos que usam nas suas actividades.

Não tenhamos dúvidas que o sistema financeiro internacional também não se pode sentir confortável no meio de toda esta cena.

Todavia, não sejamos ingénuos. Naturalmente que esta nova visão dos problemas se ficou a dever à mediatização de grandes fraudes ligadas aos *offshores*. E isso levou, conseqüentemente, a que se reconhecesse que a livre circulação de capitais e a sua auto-reprodução nas bolsas de valores, desligada de qualquer processo produtivo foram os motores da crise profunda em que nos encontramos.

Se no início os centros financeiros *offshore* se assumiram como arautos da liberdade e do poder da iniciativa privada, depressa passaram a serem tidos como centros de especulação, de criação de produtos financeiros cada vez mais fictícios, passando declaradamente a estarem relacionadas com a criminalidade económica à escala mundial, ajudadas nesta escalada pelo aperfeiçoamento e alargamento das redes informáticas e de telecomunicações.

Segundo o GAFI (Grupo de Acção Financeira internacional – ou “FATF – Financial Action Task Force on Money Laundering” – constituído em 16 de Julho de 1989 na Cimeira de Paris do Grupo dos Sete – (G7), e de que Portugal agora é membro, a Internet constitui uma ferramenta que facilita as operações de branqueamento e dificulta a sua detecção, desde logo pela facilidade ao seu acesso, pela despersionalização dos contactos e pela velocidade das transacções electrónicas.

Os estudiosos destas questões apresentam-nos três nuances de comportamentos possíveis por banda dos contribuintes:

1. Aquilo a que chamam condutas *intra legem* do contribuinte – actos de planeamento/gestão fiscal que visam a diminuição da quantia do imposto a pagar de acordo com a lei existente (tax planning), aproveitando-se de normas de desagravamento fiscal (deduções específicas, reporte de prejuízos e a utilização das designadas por “zonas francas de baixa tributação”); Naturalmente que os Estados, perante a declarada e legítima vontade de poupança fiscal por parte dos



contribuintes – perfeitamente legal, sustentada até em normas de desagravamento fiscal, como vimos – introduziram várias medidas contra a evasão fiscal, desde logo através das normas anti-abuso e das presunções fiscais; Não vá o diabo tecê-las!

2. Condutas que podem não constituir acto ilícito, usando o que designam por habilidade ou destreza fiscal, contornando o sistema mas sem o violar expressamente, comportamento a que é habitual designar-se por elisão fiscal. Certo é que tais actuações não são completamente regulares, daí que a Administração Tributária, possa proceder a correcções à matéria tributável, usando, para tanto a cláusula anti-abuso prevista no art.º 38.º da “Lei Geral Tributária”, ou outras dispersas, como as previstas nos art.ºs 59.º e sgs. do “CIRC”;

3. Por último, as que se traduzem em comportamentos *contra legem* dos contribuintes, quando tal procedimento tem a ver com o uso de meios ilícitos para evitar o pagamento de impostos, taxas ou outros tributos, estando perante situações de evasão fiscal.

É facilmente compreensível a dificuldade sentida no ataque à evasão e à fraude fiscal internacionais, desde logo atendendo à internacionalização das empresas, à mobilidade dos capitais e dos indivíduos e ao carácter evolutivo e sempre aperfeiçoado das práticas evasivas.

“Cheira-nos??” Mas como...Existe uma frase muito interessante de Pierre Levine no seu livro “A luta contra a evasão fiscal de carácter internacional na ausência e na presença de convenções internacionais” – de 1988, a tradução é perfeitamente livre, onde a pp. 92, ele refere que a luta contra a evasão fiscal internacional só tem produzido vitórias de Pirro (Rei do Épiro/Macedónia; vitória obtida a alto preço quando entrou na Itália; uma outra vitória como esta e eu estaria “tramado”) uma vez que aquela surge sempre ainda mais aperfeiçoada... Não queria ser assim tão pessimista, mas os tempos requerem realismo....

Quando existem períodos de crise – onde por tendência as receitas fiscais diminuem atendendo à redução da actividade económica, deparamo-nos com um renascer da condenação das *offshores*, exigindo-se uma maior intervenção nesse domínio. Já foi assim nos anos 20, na crise de 1929/1933, nos anos 80 e presentemente.

Existem marcos internacionais que queremos realçar porque acabam por traduzir as preocupações da comunidade e a premência no sentido de alguma “moralização”.

Assim:



- Relatório publicado pela “Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico” (OCDE), sob epígrafe “Concorrência Fiscal Prejudicial – um tema global emergente”, que foi aprovado pelo seu Conselho em 1998 (abstiveram-se o Luxemburgo e a Suíça), e que continha o que, no seu entender, caracterizava certa zona/país como sendo paraíso fiscal;
- Criação de um Fórum sobre “Práticas Fiscais Prejudiciais” que culminou com a publicação, em Junho de 2000, de uma lista negra dos paraísos fiscais;
- Decisão do Conselho da União Europeia de 17 de Outubro de 2000 relativa a disposições de cooperação entre as unidades de informação financeira dos Estados-membros em matéria de troca de informações (publicada no Jornal Oficial n.º L 271 de 24/10/2000); *(Aqui encontramos a génese da UIF que faz parte da estrutura nuclear da PJ, enquanto Serviço da Direcção Nacional, que foi criada em 2 de Junho de 2003 (dossier 4), sendo certo que através do Decreto-Lei n.º 93/2003, de 30 de Abril (legislação penal complementar) foi instituído o “Grupo Permanente de Ligação” que incluem elementos da P.J., da Direcção-Geral das Alfândegas e dos Impostos Especiais sobre o Consumo e da Direcção-Geral dos Impostos, estando prevista para o corrente ano a integração de elementos da Segurança Social, não tendo tido oportunidade de me informar se efectivamente isso já ocorreu);*
- Cimeira do “G20” de Londres de 2 de Abril de 2009, em que ao invés de terem sido exaradas em comunicado apenas considerações gerais, no que respeita às então achadas prementes medidas para a reconstrução do sistema financeiro e para uma regulamentação e controlo, elas foram aglutinadas num anexo, sob a epígrafe “Declaração sobre o Reforço do Sistema Financeiro”, e tentaram sê-lo, de modo detalhado e conciso;
- Sendo que depois da Cimeira a “OCDE” publicou, desta feita, duas listas de países considerados paraísos fiscais, uma delas, designada por negra (composta então por 4 países – Uruguai, Costa Rica, Malásia e Filipinas) – e outra por cinzenta, que tem sido motivo de alterações sucessivas.

Ao nível nacional, a luta contra a evasão e a fraude internacionais tem vindo, por via das assinaladas quebras de receitas, com implicações sérias na balança de transacções com o exterior, que falseiam a concorrência internacional e os movimentos de capitais, a desencadear o aparecimento das tradicionalmente designadas



por medidas anti-abuso, que mais não são do que práticas restritivas implementadas, principalmente, ao nível dos impostos sobre o rendimento e benefícios fiscais.

Do ponto de vista prático traduzem-se na previsão de critérios mais restritivos no que concerne à aceitação de operações realizadas entre entidades sedeadas em território nacional e pessoas singulares ou colectivas, sedeadas em países, territórios ou regiões detentoras de um regime fiscal mais favorável, para a determinação do lucro tributável do exercício.

Destacamos o previsto no CIRC e os seus art.ºs 63.º a 68.º, dando especial relevo, aos

- **Art.º 65.º do CIRC, n.º 1 – que não são consideradas como dedutíveis, para efeitos de determinação do lucro tributável, as importâncias pagas ou devidas, a qualquer título, a pessoas singulares ou colectivas sedeadas fora do território português e aí submetidas a um regime fiscal claramente mais favorável;**
- **O legislador criou uma excepção prevendo que elas possam ser, todavia, aceites, desde que o sujeito passivo possa provar que tais encargos correspondem a operações efectivamente realizadas, não apresentando um carácter anormal ou um montante exagerando, recaindo o ónus da prova sobre o sujeito passivo residente em território nacional – o mesmo é dizer que a medida específica anti-abuso introduzida com o objectivo de dissuadir a utilização dos denominados paraísos fiscais foi a de inverter o ónus da prova;**
- **Cumprindo o previsto no n.º 2, para que não restassem dúvidas sobre quais os países, territórios e regiões sujeitos a regimes de tributação privilegiada – regime fiscal claramente mais favorável –, foi aprovada e tem vindo a ser sucessivamente actualizada uma lista que os contempla, sendo que a ultima encontra-se na Portaria n.º 292/2011, de 8 de Novembro, que em relação à ultima (Portaria n.º 150/2004, de 13 de Fevereiro, considerando a Declaração de Rectificação 31/2004, de 23 de Março), eliminou da lista o Chipre e o Luxemburgo;**
- **E ao art.º 66.º do CIRC – que permite a tributação no Estado de residência dos rendimentos auferidos pelas sociedade de base instaladas em paraísos fiscais, pertencentes a sócios residentes e mesmo que não tenha havido distribuição de lucros;**
- **Como é do conhecimento comum grande parte das empresas offshores são detidas pelos mesmos sócios ou accionistas da empresa-mãe, sediada em**



território nacional, ou por familiares, ascendentes ou descendentes, em grau próximo;

- Ora uma das formas de levar a cabo operações por intermédio de empresas em regime de offshore é através do vulgarmente denominado triangulação de operações. Existe transmissão de propriedade de mercadorias, mas estas nunca saem da disponibilidade física da empresa sediada em território nacional, tratando-se tudo de uma “transacção em papel”;
- A empresa sediada num regime fiscal mais favorável compra a mercadoria, revende-a à empresa sediada em Portugal (ou a outra empresa, detida pelos mesmos sócios ou accionistas, com sede num país europeu que, posteriormente revenderá as mercadorias à empresa sediada em Portugal), servindo a primeira de mera intermediária, com a finalidade de obter para si uma parte substancial da margem bruta, ficando esta, por este meio, afecta a um regime fiscal mais favorável, com o conseqüente benefício de lhe ser aplicada uma menor tributação em sede de imposto.

Nota-se um reforço das condicionantes das relações comerciais com jurisdições offshore, de que cumpre salientar as resultantes:

- Da Lei n.º 28/2009, de 19 de Junho que ao aditar, através do seu art.º 5.º, novas disposições ao designado por “Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”, obriga ao registo e comunicação ao Banco de Portugal das operações de transferência para entidades sediadas em jurisdições offshore, nos moldes ali indicados, proibindo a concessão de crédito a entidades sediadas em jurisdição offshore considerada não cooperante ou cujo beneficiário último seja desconhecido;
- Do Aviso do Banco de Portugal n.º 7/2009, de 1 de Setembro de 2009 – onde esta última imposição resulta clara.

Relações estreitas entre Paraísos fiscais e branqueamento de capitais

As operações sucessivas de lavagem de capitais são suficientemente conhecidas e existia uma quase unanimidade na sua estratificação:

- Colocação ou pré-lavagem: – transferir dinheiro líquido e divisas para estabelecimentos financeiros de diversas praças em diversos locais; reparemos nos



sites dos bancos; tudo é fácil, basta uma simples transferência, por vezes conjunta, sendo propício à perda do rasto;

- Montagem ou mistura – multiplicando as transferências; as contas; reconvertendo os fundos em títulos ou investimentos é quase impossível chegar ao fim da meada; aqui são utilizadas as câmaras de compensação como a Clearstream no Luxemburgo ou a Euroclear em Bruxelas (que actuam como centrifugadoras eliminando a sujidade);
- Integração – Repatriação dos capitais branqueados

Pelo muito que a propósito já foi dito penso que não nos interessa tanto esmiuçarmos o tema do ponto de vista teórico.

Daí ter optado por realçar os instrumentos de controle e prevenção que foram legalmente criados e que nos cumpre aproveitar:

- **Lei n.º 25/2008, de 5 de Junho – é fundamental, toda ela, mas chamo a vossa particular atenção para os art.ºs 2.º, 6.º, 38.º e 40.º;**
- **O art.º 2.º permite-nos ficar com uma ideia geral sobre o que se pretende, quem são os visados, quem são os intervenientes; *falar dos PEP;***
- **Do art.º 6.º chamo a vossa atenção para três dos deveres ali consignados: o de identificação, de comunicação (naturalmente de operações suspeitas que nos remete para o art.º 16.º) e o de controle, ou seja da obrigatoriedade das entidades sujeitas deverem adoptar e aplicar regimes de controle interno destinados à prevenção (art.º 21.º);**
- **Reparemos que todas estas medidas visam primordialmente a prevenção e repressão das operações de branqueamento de capitais (e financiamento do terrorismo), podem contribuir outrossim para a luta contra esquemas ilícitos de planeamento fiscal, de evasão e de fraude fiscais;**
- **Ao Banco de Portugal cabe a fiscalização das entidades financeiras (*gostaria de lembrar que se utilizam as expressões, instituições ou instituições financeiras para abranger o conjunto de instituições sujeitas á supervisão do Banco de Portugal, nomeadamente instituições de crédito - autorizadas a receber depósitos – como os bancos e as Caixas Económicas – ou não – como sejam as instituições financeiras de crédito, as sociedades de investimento, as instituições de crédito hipotecário-, sociedades financeiras – que podem ser empresas de investimento, tais como as sociedades financeiras de corretagem, sociedades correctoras e as***



sociedades gestoras de património –, ou outras, onde se podem incluir as agências de câmbios e as sociedades gestoras de fundo de investimento) e as instituições de pagamento (incluindo as sucursais de instituições estrangeiras);

- **Relembro que as competências em matéria de supervisão constam da sua Lei Orgânica – Lei n.º 5/98, de 31 de Janeiro;**
- **Sendo que as funções e poderes concretos de tal entidade estão previstos no Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (“Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”);**
- **Alerto ainda para o facto de o Banco de Portugal dispor de poderes regulatórios, através dos quais, por Avisos, Instruções ou Cartas-Circulares, estabelece regras e orientações que devem ser observadas, com o propósito de garantir solidez financeira, assegurar uma gestão adequada dos riscos e prover o bom governo societário – estas previsões tornaram-se mais visíveis através das alterações implementadas ao ultimo dos diplomas referidos, iniciando-se com o Decreto-Lei 1/2008, de 3 de Janeiro;**
- **A agilização da cooperação e coordenação entre as autoridades de supervisão a nível interno revela-se determinante – para isso foi criado o CNSF (Conselho Nacional de Supervisores Financeiros) – Decreto-Lei n.º 228/2000, de 23 de Setembro – conselho este que tem como membros permanentes precisamente representantes do Banco de Portugal, da CMVM e do Instituto de Seguros de Portugal); (que tem também um correspondente a nível internacional (Colégio de Supervisores, Comités Europeus “European Supervisory Authorities”);**
- **Não podemos deixar de referir que, efectivamente, as entidades não financeiras previstas na al. b) do art.º 38.º da lei em apreço, e de acordo com o estabelecido no art.º 39.º, de uma forma mais ou menos similar, procederam á regulamentação dos deveres de prevenção e combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo, pelo que os elementos recolhidos não deixarão de ser uma mais valia na investigação (Indicamos a título meramente exemplificativo, o Regulamento n.º 282/2011 do “Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.”, publicado no DR II série, de 6 de Maio de 2011);**
- **O art.º 40.º que obriga à participação de factos sobre os quais recaiam suspeitas da prática do crime de branqueamento, encaminhada para o Procurador- Geral da República e para a “Unidade de Informação Financeira”;**



- **No que respeita às autoridades de supervisão das entidades financeiras e de fiscalização das entidades não financeiras, muitos dos ilícitos são de natureza contra-ordenacional. No entanto, as mesmas não deixam de ter efeito dissuasor (quero acreditá-lo) principalmente porque podem ser acompanhadas de sanções acessórias, nomeadamente de interdição do exercício da profissão ou actividade (ex.: art.º 55.º,al) da Lei n.º 25/2008);**
- **Sabemos que muitos dos factos participados podem não conduzir a uma investigação por crime de branqueamento, mas podem detectar-se situações que configurem a prática de ilícitos fiscais, tratados nos termos do RGIT ou, na circunstância de ter havido planeamento fiscal ilícito, ser lançada mão do disposto pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, chamando a vossa particular atenção para o disposto no art.º 15.º;**
- **A forma que o legislador encontrou através da previsão das diferentes normas inseridas no Decreto-Lei n.º 29/2008, foi encarada por alguns sectores que se ocupam destas matérias, nomeadamente revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, solicitadores e advogados (“promotores”), como sendo demasiado “cega”, porque apenas se atém a situações de planeamento fiscal, não distinguindo o que é lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo.**

Eu não faço esta leitura, penso que a Lei fornece respostas e tem uma coisa muito boa – tem preâmbulo!

Quero também recordar-vos que o Estado, porque naturalmente precisa de capitais, tem feito, nos últimos anos, uma autêntica campanha de repatriamento dos mesmos.

Os órgãos de comunicação social, para além de terem acompanhado de perto algumas investigações, mormente a designada por “Operação Furacão”, deram igualmente conhecimento das acções de fiscalização que estariam planificadas para serem realizadas, mercê de um comunicado do Ministério das Finanças de Novembro de 2010.

Em Junho de 2011, pelas mesmas vias se tinha conhecimento de “Portugueses levantam em força dinheiro de offshores”. E forneciam estes valores: No ano de 2010 regressaram a Portugal 2,2 mil milhões de euros (Alerto que já li montantes diversos noutros locais e portanto, deixo pairar a dúvida na impossibilidade da concretização!). Nos primeiros 4 meses de 2011, já haviam voltado 1,29 mil milhões de euros!



Se lançarmos os nossos olhos pela Lei n.º 39-A/2005, de 29 de Julho, que introduziu a primeira alteração à Lei n.º 55-B/2004, de 30 de Dezembro (Orçamento de Estado para 2005), no seu art.º 5.º, contemplava-se um regime excepcional de regularização tributária de elementos patrimoniais que não se encontrassem no território Português em 31 de Dezembro de 2004, designado por RERT;

Também no Orçamento de Estado para 2007, através da Lei n.º 53-A/2006, de 29 de Dezembro, lá foi enxertado o RERT II, no art.º 131.º e sgs, com direito a Portaria (n.º 260/2010, de 10 de Maio) para que quer o modelo de declaração quer o período de arquivamento da mesma, não suscitassem dúvidas;

E agora parece que vamos ter o RERT III, se o Orçamento em discussão passar e que constará algures pelos art.ºs 156.º e sgs.

Segredo bancário é a alma do negócio

Se assim é, claro se torna que uma das formas de o combater é prover à quebra do segredo profissional dos membros dos órgãos sociais das instituições de crédito, sociedades financeiras e instituições de pagamento, dos seus empregados e das pessoas que a elas prestem serviço.

Chegando à inevitável conclusão de que é do interesse social de que seja levada a cabo um combate determinado aos tipos legais de crime a que nos temos vindo a referir, dúvidas se não colocam de que deve prevalecer tal interesse quando em confronto com o bem jurídico tutelado pela protecção do segredo bancário, a saber e antes de mais, o da confiança dos clientes na banca.

Tudo começou com a Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, abrangendo os tipos legais ali expressos e com os limites ali previstos, muitas vezes provocando a necessidade de ser suscitado o incidente de levantamento do sigilo.

No entanto, através da alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro, ao Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (“Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras”), concretamente ao art.º 79.º, al. d), deixou de haver qualquer dúvida de que o M.ºP.º, porque autoridade judiciária, pode ordenar a quebra do sigilo, devendo ser entendida a recusa como ilegítima.

Vai neste sentido o Despacho n.º 42/11 do Procurador-Geral Distrital do Porto, sendo certo que, mercê de recursos interpostos por uma instituição bancária (C.G.D.) e já



apreciados, na Relação de Lisboa, na Relação de Coimbra e na de Guimarães a decisão vai nesse sentido.

A não ser este o entendimento, a agilização do procedimento relativo à obtenção de informações cobertas pelo segredo bancário, deixaria de surtir qualquer efeito oportuno.

Conclusões

É minha convicção que o sistema que foi criado e que contém em si próprio perversidades, como vimos, só pode ser combatido quer pelo tratamento da informação, quer pelo estreitamento da cooperação internacional, quer por uma maior aproximação das legislações no que à matéria fiscal respeita.

Reparemos que alguns dos denominados paraísos fiscais não aderiram ao Tratado sobre a dupla tributação, nem sequer existindo impostos ou taxas que valha a pena mencionar, funcionando como uma verdadeira zona franca – Andorra (curiosamente é membro de pleno direito da EU, mas usufrui de um regime especial porque é considerado não membro no caso da troca de produtos agro-pecuários).

No entanto Portugal tem assinado com Andorra acordos no sentido de troca de informações, inclusive de dados bancários, o mesmo se passando com outros países.

No caso de Macau, existe uma lei entrada em vigor a 8 de Março de 2010 que prevê o levantamento do sigilo bancário pelas autoridades de Macau, restrita à matéria fiscal, a pedido de Portugal, Bélgica e China, mas tem de haver autorização do chefe do executivo.

Alguém disse nos últimos tempos que era bom acabar de vez com os paraísos fiscais e nenhum momento seria mais propício do que aproveitar a reunião do G20 que ocorreu nos passados dias 3 e 4. Do que nos foi dado conhecer, nada se tratou a propósito. E eles lá sabem porquê.

Posto isto cumpre-nos utilizar e agilizar os meios de que já dispomos, quer a nível nacional e dos quais demos conta acima, quer através da utilização das Convenções em vigor, mormente a “Convenção Europeia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal” e da “Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime”.

Sem esquecer a ajuda que podemos obter através do membro Nacional da “Eurojust” – órgão criado a 28 de Fevereiro de 2002, por decisão do Conselho Europeu, e que pode ser determinante para o cumprimento agilizado das cartas rogatórias pelo



menos no seu âmbito de actuação, - Entidade que tem protocolos de cooperação firmados com a Europol e a OLAF, já desde 2004.

As imensas dificuldades de recolha de prova, que maioritariamente depende do cumprimento de cartas rogatórias (o que prolonga, no tempo, o “tempo” do inquérito), começa, desde logo, pelas questões que nelas se devem colocar. Para isso haverá de centrar a sua atenção no tipo de sociedade, se ela tem negócios na zona onde se situa, quem a representa, se existem procurações emitidas e a favor de quem, quem assiste às assembleias gerais e no caso de contas bancárias, em nome de quem as mesmas se encontram e quem as pode movimentar. Isto são apenas indicadores, dependendo do caso concreto a correcta formulação do rogado.

Aconselho aos Colegas a consulta do site do “Observatório de Economia e Gestão de Fraude”, (www.gestaodefraude.eu) que condensa vários artigos sobre matérias relacionadas com tais áreas de saber e onde se podem, concretamente no que respeita ao branqueamento de capitais, ficar a conhecer casos concretos e indicadores de situações ali passíveis se serem enquadradas...

O Conselho da União Europeia, através da sua decisão de 12 de Fevereiro de 2007, criou o programa específico “Prevenir e combater a criminalidade”, no âmbito do Programa Geral sobre a “Segurança e Protecção das Liberdades”, para o período de 2007 a 2013 pondo o acento tónico precisamente na cooperação... Sem essa vertente nada poderá resultar, pese embora as dificuldades..., quer seja ao nível da União, quer com o âmbito globalizante...

Por último, não posso deixar de mencionar que Portugal, desde a Lei Quadro da Política Criminal, aprovada pela Lei n.º 17/2006, de 23 de Maio, e, em seu seguimento, a Lei n.º 51/2007, de 31 de Agosto e a Lei n.º 38/2009, de 20 de Julho, estas últimas definindo os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para os diferentes biénios, de onde nasceram os Despachos do Sr. Procurador-Geral da República, de 11 de Janeiro de 2008 – que deu origem à Circular n.º 1/2008 – e de 6 de Dezembro de 2010 – que deu origem à Circular n.º 4/2010, de 6 de Dezembro, nunca deixaram de prever no leque dos crimes de investigação prioritária, os de branqueamento de capitais (ora art.º 368- A do C.Penal) e os de fraude fiscal.

Se não olharmos em frente dificilmente conseguiremos o que quer que seja... Todavia e não querendo dar uma nota pessimista ao final deste meu monólogo, mas que espero vos tenha despertado algum interesse, é minha convicção que, embora se possam



dar passos relevantes e que permitam uma maior transparência, o facto é que está tudo tão envolvido que achar a ponta do novelo é uma tarefa que só aos deuses cumpre... Mas porque o Homem é por natureza teimoso e sonhador (e é pelo sonho que vamos!) não deixaremos de perseguir o fio com o entusiasmo de sempre...

Maria Adelaide Morais



Fundamento e firmamento

Notas da moderação no debate da ação de formação “Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal”, no dia 17 de fevereiro de 2012, em Lisboa.

[José Paulo Albuquerque]



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Fenómenos como a sociedade global de risco, a revolução cibernética ou a mundialização da economia têm confrontado o direito penal com desafios complexos que testam os seus limites territoriais e funcionais, como assegura Ulrich Sieber¹, que se refere também ao assédio que o “novo direito da segurança” (preventivo, de polícia, de serviço secreto ou de guerra) e o movimento alternativo de privatização do controlo social vêm exercendo sobre as funções de protecção da sociedade e dos direitos de liberdade dos cidadãos. O direito penal tem que responder a este novo paradigma e ou o faz ou perde campo e protagonismo para o novo direito da segurança. É aí determinante um novo paradigma de magistratura.

Embora continue a ser a soberania a representar o obstáculo maior à eficácia do direito penal clássico no combate à criminalidade transnacional que aqueles fenómenos facilitam, o quadro político estadual e o sistema de fontes já não tem a característica de exclusividade do Estado-nação, no qual o Direito já não recolhe toda a sua legitimidade, toda a sua estrutura e toda a sua função.

O contexto é hoje outro e o sistema de fontes reflecte também alguma da erosão que a soberania enfrenta face a poderes e instâncias que limitam essa potestade na criação do direito. Apareceram poderes normativos superiores ao Estado e de forma paralela ampliaram-se competências normativas. O novo contexto político e jurídico depara com o fenómeno da supra-estadualidade normativa, que implica a adopção de normas jurídicas comuns no quadro

¹ Sieber, Ulrich. “Limites do direito penal”. Revista Direito GV. São Paulo. Nº 4 (1), pp. 269-330.



de organizações internacionais ou supranacionais e subsequentemente no quadro de diferentes ordenamentos jurídicos².

Os tempos voltaram a ser propícios a um novo *ius comune*, necessário enquanto “tecido conectivo” que una os ordenamentos jurídicos do mundo globalizado e a que não são alheias as enormes possibilidades de comunicação que a tecnologia facilita, transmutando esse *ius comune* num *ius communicationis*, enquanto direito comum dos povos e dos homens e que facilita o conhecimento de outros valores, de outras normas e de outras instituições³. É certamente um direito que “ainda não há” e que sofre as resistências dos países que reivindicam um direito constitucional verdadeiramente democrático, suportado por uma legitimidade democrática directa que ainda não reconhecem existir no presente estado do processo de integração da UE⁴ ou não é ainda possível num mundo globalizado.

Vivemos tempos em que as fontes do direito ultrapassaram os quadros clássicos, unitários, hierárquicos, rígidos e centralistas baseados na hegemonia absoluta da lei e do monopólio estatal da criação normativa. As fontes do direito transbordaram⁵ para um quadro de pluralismo próprio e multipolar das sociedades democráticas actuais.

Fernando Pessoa designava-se “plural como o universo” e essa é a condição actual e futura de quem se quer encaixar num mundo global onde a comunicação é tendencialmente ilimitada. A realidade da internet exemplifica o desafio à concepção tradicional das fontes de direito, dificultando sobremaneira a identificação das normas jurídicas pertinentes face à multiplicidade de países e de actores intervenientes na cadeia de comunicação, desde o usuário ao fornecedor da rede, ao fornecedor do acesso, do conteúdo ou do serviço e que o recente acórdão proferido nos processos apensos C-509/09 e C-161/10 conhecido como o caso *Edate Advertising GmbH/X, Olivier Martinez, Robert Martinez/ MGN Limited* do TJUE – e entramos já um pouco na matéria de que se vão ocupar os conferencistas - veio demonstrar ser deveras problemático identificar as fontes jurídicas, a competência dos tribunais nacionais

² Rodrigues, Anabela Miranda. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização.” In *Internacionalização do direito no Novo Século*. Jorge de Figueiredo Dias (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 222-236.

³ Segue-se a lição de Pérez Luño, Antonio Enrique. “El desbordamiento de las fuentes del derecho”. Madrid: La ley, 2011, pp. 73-101.

⁴ Assim parece ser esse um dos argumentos principais na sentença do Tribunal Constitucional Alemão de 30/06/2009 sobre o Tratado de Lisboa.

⁵ A expressão é de Pérez Luño, Antonio Enrique. “El desbordamiento de las fuentes del derecho”. Madrid: La ley, 2011, pp. 73-101.



para conhecer litígios sobre violação de direitos de personalidade cometida através de um sítio Internet e encontrar o direito aplicável a factos que envolvem uma rede planetária sem localização geográfica precisa e determinada⁶.

Este pluralismo⁷, variedade e multiplicidade de fontes e de problemas de praxis abre campo a novas fenomenologias e evidencia as limitações dos Estados nacionais e dos seus juristas. Abre sobretudo um horizonte jurídico onde os axiomas da unidade e da hierarquia normativas próprios do positivismo normativista estão a ser substituídos por sistemas de interlegalidade, em que diferentes níveis jurídicos se interseccionam, ainda que sobrepostos e interrelacionados⁸ de forma assimétrica e assistemática, a partir de múltiplas redes de juridicidade (supra e infra-estatais⁹). Continua a evidenciar-se a necessidade de um Direito constitucional Comum Europeu (Peter Häberle¹⁰) constituído por um conjunto de princípios constitucionais que são comuns aos diferentes Estados de Direito Europeus e do Direito surgido com a Comunidade Europeia e com o Conselho da Europa.

O ideal humanista cosmopolita, igualitário e solidário obriga hoje a que a concepção dos valores e direitos humanos (conjunto de direitos inerentes ao ser humano, como o direito à vida, à liberdade, à propriedade e cujo respeito é imposto pelos textos constitucionais em conformidade com outros textos internacionais sobre os direitos do homem e que não devem ser vistos como axiomas indemonstráveis) sejam ou devam ser olhados como garantias universais de realização e emancipação individual e colectiva, independentemente das contingências de nacionalidade, raça, etnia, genética, língua, sexo, religião ou ideologia.

⁶ Disponíveis em WWW:<URL:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=111742&pageIndex=0&doclang=PT&mode=doc&dir=&occ=first&part=1&cid=1516205>, (consultado em 15-2-2012).

⁷ Albuquerque, José P. Ribeiro. “Critical Legal Studies: a indeterminação do direito e a função judicial”, em “Teoria da argumentação e Neo-Constitucionalismo – um conjunto de perspectivas”. Coimbra: Almedina (obras colectivas), 2011, pp. 216-237.

⁸ Rodrigues, Anabela Miranda. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização.” In Internacionalização do direito no Novo Século. Jorge de Figueiredo Dias (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 226.

⁹ Cf. Pérez Luño, Antonio Enrique. “El desbordamiento de las fuentes del derecho”. Madrid: La ley, 2011, pp. 73-101.

¹⁰ Cf. Violante, Teresa. “A adjudicação constitucional e o direito comparado”, em “Teoria da argumentação e Neo-Constitucionalismo – um conjunto de perspectivas”. Coimbra: Almedina (obras colectivas), 2011, pp. 337-359.



Apesar de tudo, foi possível criar o crime contra a humanidade, de configuração universalizante.

O direito pode e deve ter uma feição e uma função antropológica, permitindo à sociedade a partilha de um dever-ser que não seja apenas a prosperidade de um livre jogo de egoísmos que favorece a ilusão da auto-suficiência individual e que não reduza o humano a uma mercadoria ou a um computador programável, governado por indicadores de eficácia quantificável, como reivindica Alain Supiot.

Embora os tempos modernos sigam sendo cada vez mais líquidos, assim caracterizados por Zygmunt Bauman, que também aponta o medo como a base de legitimidade da política contemporânea, o lema iluminista e humanista da revolução Francesa e da irreduzível subjectividade do humano continua a ter que ser válido: “liberdade, igualdade e fraternidade”, trilogia que se deve a Saint-Martin, que muitos talvez não saibam, mas foi discípulo de um cabalista e judeu português, Pascoal Martins.

O aparente ressurgimento de certos nacionalismos é um caminho de exclusão, de desigualdade, de intolerância, de incomunicabilidade e de conflito, já tristemente testado e comprovado na Europa do século XX. E – entendamo-nos – um direito comum da humanidade ou mesmo um direito harmonizado no espaço da UE não é inimigo da identidade nacional, já que essa identidade teve por principal inimigo – até agora conhecido – exactamente um certo e velho-novo nacionalismo hegemónico¹¹, que parece querer ressurgir e contra o qual só o universalismo de um direito comum da humanidade será antídoto de paz e instrumento de harmonização que respeite a singularidade dos povos e compatibilize as diferenças, unindo a Europa na sua diversidade¹². Só há harmonização onde sejam percebidas as diferenças e a compatibilização das diferenças só parece possível no cruzamento do direito com uma ética universalista dos direitos humanos, como o perspectivam Anabela Miranda Rodrigues ou

¹¹ Lembremos Alexis Curvers a quem é atribuída a frase de que “A unidade da Europa nunca foi alcançada por aqueles políticos que devem a própria importância e fortuna à sua divisão... Seria como se a publicidade dos fechos “éclair” fosse confiada aos fabricantes de botões”.

¹² Rodrigues, Anabela Miranda. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização.” In *Internacionalização do direito no Novo Século*. Jorge de Figueiredo Dias (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.235.



Mireille Delmas-Marty, de onde emergirá uma comunidade de valores, num mundo onde se comunica cada vez mais, mas de que só os actores judiciários poderão ser os guardiães¹³.

É no quadro do desenvolvimento e da teorização das fontes deste direito de tendência universalista a construir, que esta acção de formação contínua também se ajusta, tendo por horizonte mais próximo uma nova cultura jurídica e judiciária europeia, onde a lei poderá formalizar os valores humanistas e onde os actores judiciários poderão concretizar esses valores por via das funções judiciárias.

Novos desafios se vão colocar à via judiciária de harmonização penal ou por ela vão ser fomentados: continua a ser necessário harmonizar normas, ampliando-se o panorama das fontes por via do poder legislativo do parlamento europeu e do Conselho; deve alargar-se a definição do âmbito e domínio da criminalidade grave transnacional (art. 83 TFUE); vão aumentar os casos penais com dimensão transnacional; a eficácia desta via de harmonização pode deparar-se com casos de conflitos de jurisdição; o modelo judiciário europeu exigirá reformulação, porventura com a criação de estruturas judiciárias intermédias.

Sobretudo os actores judiciários, ao aplicar direito da UE em matéria penal, terão que conhecer uma nova gramática e uma dialéctica que comece pela compreensão da UNIDADE do direito penal representada pelos pertinentes actos normativos da UE em matéria penal, que depois passe pela compreensão da sua DIVERSIDADE resultante da transposição do direito da UE em cada ordenamento e que, pela praxis, superem uma e outra pela HARMONIZAÇÃO em resultado da interpretação e aplicação da CDFUE em sintonia com a CEDH e com as tradições constitucionais comuns aos Estados-membros (EEMM).

Nesse processo deve implicar-se a potencialidade do diálogo renovado com o TJUE, cuja intervenção importará a segurança axiológica (juízo reflexivo) que as jurisdições nacionais, enquanto jurisdições comuns de direito da UE, iniciaram pela prudência (juízo aplicado às situações singulares) e pela deontologia (enquanto função crítica e de universalização da experimentação prudencial) postos na análise dos casos.

O resultado deverá ser, por via dessa praxis, o de um direito penal com validade uniforme na UE, promotor de um único espaço judiciário, aceitando-se que a garantia da

¹³ Rodrigues, Anabela Miranda. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal - Entre a Unificação e a Harmonização.” In *Internacionalização do direito no Novo Século*. Jorge de Figueiredo Dias (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 222-236.



legalidade democrática das normas se afirma hoje mais no controlo jurisdicional da sua legitimidade do que da sua origem.

Essa praxis e esse Direito comum exigem novos instrumentos e uma nova cultura judiciária que os exercite, pois novas são também as exigências do combate ao crime grave transnacional e novo é já o panorama de adequação a que se chama Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça (ELSJ).

Fala-se então na necessidade de adopção de um novo método: o da comparação jurídica de normas, princípios e de instituições que conformam os direitos nacionais dos Estados Europeus, pondo em comparação diferentes Direitos de diferentes soberanias. O direito comparado é assim o quinto cânone da interpretação, hoje incontornável e cultivado também enquanto fenómeno de *cross-judicial fertilization* ou *judicial dialogue*¹⁴.

Reclamar novo método pressupõe também desenvolver uma nova cultura ou sobretudo uma nova mentalidade que acomode o novo paradigma. O direito não é uma linguagem que se administre sozinha. Tratando-se mais de tecnologia do que propriamente de ciência – já que nada diz sobre aquilo que é mas sobretudo prescreve aquilo que deve ser, como refere Mireille Delmas-Marty¹⁵ – são então os actores judiciários, sobretudo os magistrados, que têm aí papel essencial.

Este também deve ser um propósito ou uma intencionalidade presente na formação de magistrados, já que essa nova mentalidade é exigida a todos os actores judiciários. Muitas vezes, desencadeado um pedido de auxílio judiciário mútuo ou desencadeado instrumento de reconhecimento mútuo, o seu efectivo cumprimento é condicionado pelo desconhecimento dos sistemas processuais em cooperação, dos respectivos sistemas jurídicos e estruturas judiciárias, pela barreira linguística ou pela incorrecta interpretação dos pedidos. Por isso é hoje fundamental uma formação dos magistrados e dos advogados que gere competências para essa nova cultura, na qual a intervenção reguladora da função judiciária se consubstancia numa complexidade de processos e se enquadra num conjunto de actuações, todos e todas elas interdependentes e cujo resultado social tanto é condicionante como também é condicionador da actuação das magistraturas.

¹⁴ Cf. Violante, Teresa. “A adjudicação constitucional e o direito comparado”, em “Teoria da argumentação e Neo-Constitucionalismo – um conjunto de perspectivas”. Coimbra: Almedina (obras colectivas), 2011, pp. 337-359.

¹⁵ Delmas-Marty, Mireille; Pieth, Mark; Sieber, Ulrich (org.). Les chemins de l’harmonisation pénale. Paris: UMR de Droit Comparé de Paris, 2008.



Não é possível haver uma Europa da justiça, uma política europeia comum no campo da justiça se os actores do judiciário não partilharem conhecimentos, valores e éticas comuns, esta enquanto consciência sobre a acção. É preciso um saber, uma cultura e uma deontologia comuns entre os actores judiciais, como enunciou Jean-Marc Sauvé, vice-presidente do Conselho de Estado Francês, que aqui vamos seguir de perto¹⁶.

Um saber Comum:

Na geometria variável da Europa do CoE e da UE partilhamos um direito cada vez mais análogo, se pensarmos nos princípios gerais do direito da UE, na Carta dos Direitos Fundamentais da UE, (agora dotada de força jurídica e constituindo direito primário da UE – de maior eficácia que a própria CEDH, à qual a UE irá aderir –, cujo impacto no ELSJ não será inócuo, além de que os direitos novos que consagra abrem novas perspectivas à cidadania europeia e trazem nova legitimidade aos tribunais nacionais), e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, repositórios de valores e princípios partilhados no espaço judiciário Europeu, como consagra o próprio Tratado Reformador no seu art. 6º. Partilhamos cada vez mais direito substantivo e processual que emana do direito secundário da UE ou cuja origem já não é exclusivamente nacional. O que importa garantir, como assinala J-M Sauvé, é uma aplicação rigorosa e completa desse direito comum, que em todos os EEMM da UE deverá ser coerente, homogénea e previsível¹⁷, satisfazendo o direito a uma tutela jurisdicional efectiva e a igualdade que por essa via se pode e deve garantir, propiciando uma integração pela praxis e a salvaguarda da responsabilidade do Estado-Juiz na observância/violação do direito da UE¹⁸.

Os destinatários da justiça não compreendem uma aplicação diferenciada da mesma norma, geradora de desigualdades de tratamento, que não propicia a previsibilidade e a segurança jurídica próprias de um realismo jurídico legítimo. Um saber comum permite cooperar como se um mesmo sistema penal e processual penal existisse, ainda que seja uma espécie de laboratório de tentativa e erro, resultando numa harmonização da aplicação do direito penal menos desordenada e com menos resultados inconsistentes, um processo de

¹⁶ Texto disponível em WWW:<URL: <http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=328>>, (consultado em 15/02/2012). Cf. também Koskelo, Pauline. “The flux of EU Law – interesting times for legal professional”. ERA Forum (2011) 12, pp. 135-151.

¹⁷ Cf. Koskelo, Pauline. “The flux of EU Law – interesting times for legal professional”. ERA Forum (2011) 12, pp. 135-151.

¹⁸ Piçarra, Nuno. “As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos Estados-Membros”. II Encontro de Professores de Direito Público – “Tribunais”, Lisboa, 2009.



aprendizagem e um alargamento das vias de tutela jurisdicional efectiva, em que princípios e direitos não são apenas programa, mas prática, com ganhos de eficácia (que significa cumprir metas), de legitimidade e de eficiência (que significa fazer bem no modo e nos resultados) no combate à criminalidade complexa, grave e transnacional.

Um saber comum porque deve estar bem assente que os tribunais e os juízes nacionais são efectivamente juízes de direito comum do direito da UE¹⁹, actores integrados e agentes de integração, tal como também o são em relação às determinações da Convenção Europeia dos Direitos do Homem o que os deve levar à observância *ex officio* do direito da União e da CEDH, com a responsabilidade redobrada de, a jusante, compensarem a ausência de mecanismos de controlo preventivo de “constitucionalidade” ou de conformidade dos actos legislativos europeus com a CDFUE, o que é particularmente crítico em matéria penal e vai importar a interpelação constante do TJUE pelos tribunais nacionais. A CDFUE e a CEDH abrem ao magistrado nacional o âmbito das fontes de direito e o âmbito decisório. Temos o magistrado nacional como magistrado comum da CDFUE e da CEDH. Ampliado o poder e autoridade pela CDFUE (que não é solúvel na CEDH, como adverte André Labaylle) resultantes da sua vinculatividade, o magistrado nacional tornar-se-á o guardião das liberdades individuais no âmbito do direito da UE, aproveitando a positivação que delas foi sendo feita pelo TEDH. Deve passar-se do encanto à prática, na qual os cidadãos invoquem os direitos e princípios consagrados na CDFUE perante os tribunais (cujas consagração nos Tratados parece dispensar a lógica da criação pretoriana dos direitos e dos princípios), que estes a percebam como direito primário e a apliquem *ex officio*. Vai ser um efectivo teste à autonomia e independência das magistraturas face até aos desafios que o futuro Procurador Europeu (ele mesmo agente de harmonização pela concentração e centralização de poderes²⁰) colocará aos Tribunais

¹⁹ Piçarra, Nuno. “As incidências do direito da União Europeia sobre a organização e o exercício da função jurisdicional nos Estados-Membros”. II Encontro de Professores de Direito Público – “Tribunais”, Lisboa, 2009; idem, “Cooperação internacional no combate ao terrorismo e tutela dos direitos fundamentais”. Revista Mestrado em Direito - UniFIEO, A. 10, n.º 1, 2010.

²⁰ A criação do Procurador Europeu é uma inovação no Tratado de Lisboa (como possibilidade por enquanto), revolucionária no campo da cooperação judiciária no que se refere ao combate ao crime grave transnacional e ao crime que afecte os interesses financeiros da UE. O seu valor simbólico é evidente. Quanto à prática muitos são os problemas que levanta, a começar pelo próprio processo de aprovação. Quanto aos mecanismos de actuação processual, na investigação, acusação e julgamento, todo o diálogo judiciário terá que ser estabelecido com os tribunais nacionais e aqui se abre mais um viés significativo para a importância da praxis judiciária, na dimensão de eficácia institucional na perseguição do crime grave transnacional, o que inclui o M^ºP^º (cf. Caso Pretore di Saló, no qual a noção de autoridade judicial foi amplificada pelo TJCE – Acórdão de 11 de Junho de 1987; Processo C-14/86). As regras de recolha de prova,



nacionais, interlocutores necessários da administração da justiça penal no ELSJ. O papel dos actores judiciais advinha-se determinante, principal e construtor.

Sem negligenciar o papel regulador do TJUE na interpretação, apreciação de validade e aplicação uniforme do direito da UE, por via do mecanismo do reenvio prejudicial (objecto de acção de formação contemporânea desta e na qual se fez a apresentação de um guia de reenvio prejudicial), esse papel é já insuficiente face ao desenvolvimento actual da UE e por isso cabe às jurisdições nacionais tomar em mãos a aplicação do direito da UE, tomar partido na sua interpretação, em suma aplicar quotidianamente o direito da União.

É também preciso saber mais porque a constituição de um corpo comum de saber corresponde cabalmente ao desenvolvimento do reconhecimento mútuo e da execução transnacional dos julgamentos, para a qual é crucial uma confiança mútua e compartilhada entre os sistemas nacionais. Os actores judiciais dos EEMM cada vez mais se confrontarão com casos que revestem dimensão transfronteiriça. Uma confiança que depende também da convicção de que as 27 organizações jurisdicionais e judiciais nacionais têm competências comuns, uma mesma concepção de independência, de autonomia e de imparcialidade e uma mesma deontologia²¹. Uma política criminal futura na UE terá que fortalecer o papel dos tribunais e evitar todas as tendências para os enfraquecer, tal como o próprio poder judicial tem que assumir esse protagonismo e, na matéria que nos ocupa, contribuir para o desenvolvimento de uma teoria da integração judicial do direito penal europeu. O judicial (o juiz legal/natural e o M^oP^o, independentes e autónomos) deverá estar em campo, na luta pelo reconhecimento, em competição pelos poderes penais na defesa da sociedade e na tutela dos direitos de liberdade, disputados claramente por serviços de

de recurso, de actuação processual terão que ser reguladas, interpretadas e aplicadas. A solução pode passar pela criação de um corpo autónomo de procuradores ou pela instrução a procuradores nacionais delegados a partir de uma procuradoria europeia. Esta segunda solução é preferida porque significa a integração institucional nos sistemas nacionais para fazer face à constante actuação junto dos Tribunais nacionais, o que também dissimularia a invasão de soberania. As autoridades judiciais nacionais terão que estar preparadas para a intervenção desse corpo judicial europeu que irá actuar exclusivamente ao nível nacional.

²¹ O desafio maior à eficácia dessa intervenção harmonizadora será certamente o aumento dos conflitos de jurisdição (Cf. DQ 2009/948/JAI de 30 de Novembro 2009 relativa à prevenção e à regulação dos conflitos em matéria de exercício de competência no quadro dos processos penais), mas também essa será uma via de oportunidade, quer para alavancar uma nova estrutura judicial intermédia europeia, quer porque o aumento das questões prejudiciais com as quais vai ser interpelado o TJUE acarretará necessariamente alterações de modelo judicial.



segurança, de polícia, de informação e de direito administrativo que facilmente derrogam os direitos estabelecidos na CDFUE ou na CEDH ou manipulam os perigos e a justificação do controlo social em nome da sua (melhor) privatização e têm vindo a alterar o sistema penal que já não responde a tipos legais, à culpa e aos factos, nem à tutela de bens jurídicos, mas apenas a riscos conjunturais e à tutela de objectivos difusos, extrajurídicos e indeterminados de prevenção, como bem adverte ainda U. Sieber²².

Que interesse haverá num saber comum a adquirir, ainda que amedrontados ou apreensivos ante a perspectiva de um sistema de justiça que se está tornando demasiado complexo no espaço multipolar da interlegalidade e da supra-estadualidade?

A língua liga e por isso uma aprendizagem das línguas nacionais da UE é condição para perceber as decisões dos magistrados dos outros EEMM.

Esse saber comum deve incluir um conhecimento profundo dos princípios fundamentais de direito da UE, da CDFUE (todos os actores institucionais do ELSJ deverão inscrever a raiz da sua actuação no respeito pela CDFUE) e da CEDH, o conhecimento do acervo jurisprudencial do TEDH, do TJUE e mesmo dos Tribunais Supremos dos outros EEMM, designadamente em matérias de interesse comum. Um saber que se deverá ainda estender às técnicas e aos métodos de controlo jurisdicional, assegurando no direito interno a observância do primado do direito da UE bem como a sua observância efectiva, apreendendo o alcance e consequências do princípio da interpretação conforme do direito nacional penal em relação ao direito da UE, como resultou do Caso Pupino (acórdão do TJCE no processo C-105/03 DE 16 de Junho de 2005 - Processo Penal contra Maria Pupino).

Não interessa apenas a promulgação de direito comum, mas o que é decisivo é a aplicação do direito comum de forma harmonizada, fazendo convergir práticas e jurisprudências nacionais. Crescem as forças que retraem a harmonização e verificando-se, na prática, que o reconhecimento mútuo avança sem harmonização concomitante ou prévia e bastante, as circunstâncias do aumento da cooperação face ao aumento das necessidades de combater o crime transnacional grave importará uma harmonização por impulso e necessidade da praxis judiciária em dar eficácia ao direito penal e que deverá colher arrimo axiológico na agora vinculativa CDFUE. Harmonização sem eficácia não ultrapassa o aspecto simbólico. Tem que existir um entrelaçamento de propósitos entre a

²² Sieber, Ulrich. "Limites do direito penal". Revista Direito GV. São Paulo. Nº 4 (1), pp. 269-330.



harmonização e as estruturas institucionais da execução dessa harmonização. Se assim não for não haverá qualquer alteração efectiva.

É também J-M Sauvé que assinala que, no acervo de um saber judiciário comum europeu, importa uniformizar as vias de acesso ao direito e à justiça nos diferentes EEMM da UE, que continua a ser variável e por isso gerador de desigualdades.

Como adquirir esse saber comum?

Por um lado – continuamos com J-M Sauvé – devem ser reorientados os procedimentos de recrutamento e de selecção bem como os programas de formação inicial e contínua, de que esta acção de formação é exemplo feliz, de forma a incluir a exigência da construção de um saber comum europeu. Por outro lado, devem ser dinamizados os intercâmbios de magistrados entre jurisdições dos EEMM, além de muitas outras possibilidades.

A construção da Europa realizou-se principalmente pelo direito, mas é tarefa constante dar-lhe mais efectividade e torná-lo acessível a todos os cidadãos. A necessidade de uma nova cultura judiciária resulta também da constatação de que um novo Direito Constitucional Comum Europeu tem fundamento na unidade cultural da Europa ou na sua tradição cultural comum ou na identidade cultural dos seus povos, onde o universo dos actores judiciários desempenha papel harmonizador, que é preciso preservar, desenvolver e formar.

O tema do Dr. Jorge Costa enquadra-se no designado princípio do reconhecimento mútuo – que é naturalmente tributário de toda esta nova cultura –, e que foi enunciado como pedra angular da cooperação judiciária em matéria penal e também civil na UE²³, embora seja,

²³ No âmbito da União Europeia (UE), desde o Conselho de Tampere e agora expressamente no Tratado Reformador (Tratado de Lisboa = TUE + TFUE = Tratado modificativo dos Tratados institutivos da União Europeia e das Comunidades Europeias) o reconhecimento mútuo, assente no princípio da confiança mútua (de que o Mandado de Detenção Europeu é o instrumento distinto) tem sido proclamado como a “pedra angular” de um modelo de cooperação judiciária em matéria penal que tem secundarizado a harmonização (cf. art. 82 e 83 TFUE). Ao princípio do reconhecimento mútuo veio a associar-se o princípio da disponibilidade, que parece transformar a cooperação judiciária na UE numa cooperação jurídica. A expressão é de Amaya Arnaiz Serrano, que por cooperação jurídica internacional em matéria penal entende dever ser mais do que a mera cooperação judicial, centrada na realização dos objectivos processuais de um dos Estados em cooperação e por isso centrada na eficácia processual propriamente dita. A cooperação jurídica internacional ultrapassa esse sentido estrito e abrange não só os mecanismos destinados a



na verdade, apenas a pedra pragmática²⁴, já que a unificação e mesmo a harmonização generalizada são ainda inviáveis.

O conceito de reconhecimento mútuo, de cunho federalista não escrutinado²⁵ e promotor do princípio *forun regit actum*, é usualmente enunciado da seguinte forma: adoptada uma decisão por autoridade judiciária competente num Estado-Membro da UE, caso essa decisão tenha implicações extraterritoriais, ela será automaticamente reconhecida e cumprida nos demais EEMM e produzirá ali os mesmos ou similares efeitos, num quadro de respeito pelos direitos fundamentais individuais, embora, consoante os diversos instrumentos que desenvolvem esse princípio, a automaticidade no reconhecimento e execução admita diferentes níveis e seja submetida a diferentes condicionantes, como o Dr. Jorge Costa ilustrará. O reconhecimento mútuo identifica-se mais com uma validação formal do que com uma reapreciação material da decisão judiciária, embora o princípio da proporcionalidade²⁶ lhe esteja a servir de instrumento de correcção e mérito.

favorecer a eficácia do processo judicial, como actividades que, ainda que referenciadas ao processo, ultrapassam o seu âmbito, como as medidas que respeitam ao intercâmbio espontâneo de informação, a criação de registo de antecedentes criminais, a apreensão e perda de bens e vantagens de origem criminosa, a execução de multas, etc.

²⁴ Dir-se-á que enquanto pedra angular ou meramente pragmática, o reconhecimento mútuo é, no campo das metáforas, uma “pedra de fundamento” e não uma “pedra de firmamento” que uma pedra angular também pode ser, se a imaginarmos como a pedra de fecho de uma abóboda. Mas esta pedra angular, de firmamento, já não pode ser o reconhecimento mútuo, mas a harmonização de legislações, harmonização entendida como processo no qual diversos elementos de sistemas normativos diferentes são combinados ou adaptados uns aos outros mediante analogias ou similitudes em função dum objectivo concertado e coerente de interacção, mas que preserva as identidades. O reconhecimento mútuo, como tantas vezes se regista, sem harmonização não garante confiança ou apenas garante uma confiança cega, que não questiona e que alimenta um império de crença. Em todo o caso, o Tratado Reformador não revolucionou a euro-harmonização do direito penal (substantivo e processual), que é ou dispensada ou em grande parte subalternizada ao reconhecimento mútuo. Na prática, o reconhecimento mútuo avança sem harmonização, representando uma aparente vitória da aposta pragmática, mesmo que o reconhecimento mútuo seja falso garante – que o é – da preservação das soberanias. A confiança continua sendo a palavra-chave, mesmo quando os tempos parecem mais propícios à desconfiança, ao cepticismo.

²⁵ Rodrigues, Anabela Miranda. “A Internacionalização e a Europeização do Direito Penal – Entre a Unificação e a Harmonização.” In *Internacionalização do direito no Novo Século*. Jorge de Figueiredo Dias (org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 232.

²⁶ A CDFUE traz novo amparo à base jurídica da ponderação da proporcionalidade dos instrumentos de reconhecimento mútuo, base da legitimidade da verificação. O teste e a concretização do juízo de proporcionalidade: (o art. 6º TUE – o artº 49º§3 da CDFUE – o artº 51º CDFUE – o art. 12º da DQ sobre o



É nesse princípio do reconhecimento mútuo²⁷, mas também na harmonização ou aproximação de legislações, que a cooperação judiciária em matéria penal se estrutura no âmbito da UE e no quadro do Tratado de Lisboa e é para falar dos recentes instrumentos baseados nesse princípio que o Dr. Jorge Costa vai intervir.

(...).



a) A questão das “entregas directas” de suspeitos ou arguidos, sem precedência de processo extradicional por via de um MDE. Nos EEMM onde existem problemas de terrorismo a questão parece obter dos Tribunais superiores decisão de conformidade legal e de validade do processo subsequente à entrega. Exercitando um pouco a referida *cross-judicial fertilization* no firmamento da nova cultura judiciária europeia e fazendo uso de informações colhidas no Curso Virtual de Cooperação Judiciária penal ministrado pelo CSPJ em 2010 e facultadas por Andrés Palomo sobre esta questão:

- O Tribunal Supremo Espanhol considera, por exemplo, que a entrega directa não afecta em absoluto o procedimento ulterior que se desenvolva em

MDE), no caso do cumprimento de um MDE, pode passar pela ponderação do direito da pessoa visada à liberdade e segurança; do custo exigido pelos procedimentos formais da extradição; pela avaliação da importância da matéria da acusação; pela avaliação da severidade da possível pena; pelo crivo do art. 1º da DQ sobre o MDE; pela consideração de opções alternativas à extradição. A extradição pode ser desproporcionada se as acusações forem relativas a crimes menores, se as sanções aplicáveis forem excessivas e a prisão e extradição forem um fardo pesado tanto para a pessoa visada, como para o EM requerido. Este juízo de proporcionalidade já foi objecto de decisão de um Tribunal Alemão no cumprimento de um MDE (cf. NJECL, Volume 1/2010/2 com apresentação de Joachim Vogel).

²⁷ Que se baseia na confiança mútua e que potencia a simplificação e agilização da execução das decisões judiciárias, (de que é paradigma o MDE), baseando-se em regras como a transmissão directa entre autoridades judiciárias competentes, a não observância da regra da dupla incriminação em certos âmbitos de criminalidade, a imposição de prazos de execução e o uso de formulários previamente definidos.



relação ao assim entregado (cf. a STS 16/10/2006²⁸ y 14/12/1989, na qual se afirma que não produz efeitos em Espanha a declaração de nulidade de tal entrega no Estado que a realizou: “Cuando, se ha producido una expulsión por Francia de un ciudadano español que se entrega a la policía de aquí, y se trata de un perseguido por la justicia y en tal concepto es entregado a las autoridades judiciales competentes, estas no tienen otra opción que la de cumplir con sus deberes de tramitación del proceso correspondiente con todas las garantías y de conformidad con la legislación vigente en España, sin tener que examinar la legalidad de la expulsión anterior, porque esto es competencia exclusiva de las autoridades francesas”.

- Doutrina que é reiterada na STS 15/02/2002²⁹, com referencia a sentenças de 28/06/1990, 18-11-1999 y 03/03/2000: “El Estado que realiza la entrega no está obligado a seguir el procedimiento de extradición y puede optar por hacerla directamente a las autoridades del país donde ha de realizarse el enjuiciamiento sin necesidad de observar otras normas que no sean las del propio país que la realiza sobre el correspondiente procedimiento de expulsión, y sin que las autoridades del país beneficiado por la entrega puedan intervenir de otro modo que no sea el de la simple recepción con la consiguiente detención y medidas que correspondan para asegurar el debido trámite para la preparación y celebración del juicio correspondiente”.
- Por sua vez o Tribunal Constitucional Espanhol em seu Auto 399/2004, de 27 de octubre³⁰, afirma: “No existe un acto de un poder público español acordando la expulsión y entrega del recurrente sino que, reclamado por las autoridades españolas para responder de imputaciones delictivas, el Estado español se ha limitado a ejercer, como afirmó la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, su ius puniendi, de modo que no le sería achacable ninguna de las vulneraciones de

²⁸ Texto disponível em WWW: <URL:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=682735&links=&optimize=20061116>>, (consultado em 15/02/2012).

²⁹ Texto disponível em WWW: <URL:

<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&databasematch=TS&reference=3204018&links=&optimize=20030808>>, (consultado em 15/02/2012).

³⁰ Texto disponível em WWW: <URL:

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Auto.aspx?cod=7456>>, (consultado em 15/02/2012).



los derechos fundamentales del recurrente susceptibles de amparo ante nosotros. En suma, ni en el marco de las garantías del proceso consagradas en el art. 24.2 CE, ni en el marco del Convenio Europeo de los Derechos Humanos existe este pretendido derecho a ser sometido a un proceso de extradición, siempre que, en uso de su soberanía, los Estados decidan otros procedimientos de entrega distintos, máxime si la extradición se caracteriza, como nosotros lo hemos hecho, como un acto de auxilio. La STEDH, de 5 de octubre de 2000, § 37 (asunto Maaouia c. Francia) ha afirmado también que el art. 6 del Convenio no resulta aplicable a los procedimientos de expulsión pues los Estados han querido excluir ésta del ámbito del citado precepto”.

b) A questão das entregas directas põe com acuidade a questão dos direitos e da decisiva importância dos tribunais nacionais como tribunais de direito comum da UE e da CDFUE, sobretudo por apelo aos direitos que devem ser respeitados e aos princípios que devem ser observados.

c) A Ordem ou Mandado de Investigação Europeia³¹ será objecto de uma Directiva, que ainda percorre difíceis negociações mas que virá revolucionar certamente o papel e o conhecimento do direito penal na/da UE.

- Que problemas se antevêm na implementação desse instrumento, que virá suprir a deficiências dos instrumentos sobre recolha e congelamento de provas e substituir a Convenção do Conselho da Europa de 1959, a Convenção 2000 e a CAAS em certos aspectos relativos ao auxílio judiciário mútuo, etc.?

d) A DQ relativa ao reconhecimento mútuo das decisões judiciais de controlo das medidas de liberdade vigiada e das penas substitutivas tem sobretudo objectivos de harmonização de legislações ou antes objectivos políticos também de diminuição da sobrepopulação nas prisões da UE e de favorecimento da reinserção social dos condenados e porquê?

³¹ Referências disponíveis na *newsletter* nº 6 da ECLAN - disponível em [WWW: URL:http://www.ejncrimjust.europa.eu/einupload/StaticPages/ECLAN_Newsletter_6.pdf](http://www.ejncrimjust.europa.eu/einupload/StaticPages/ECLAN_Newsletter_6.pdf), (consultado em 15-2-2012).



Na apresentação do tema desenvolvido pelo Procurador da República, Dr. Pedro Verdelho, fez-se referência a uma Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho (COM(2008) 766 final) onde se menciona que:

“A fim de pôr termo às actividades da criminalidade organizada é essencial privar os criminosos do produto do crime. Os grupos da criminalidade organizada estão a construir redes internacionais em larga escala e a acumular lucros substanciais de várias actividades criminosas. Os capitais provenientes de actividades criminosas são branqueados e reinvestidos na economia legal. A eficácia dos sistemas nacionais contra o branqueamento de capitais e a cooperação internacional nesta área são de importância vital”.

O Dr. Pedro Verdelho centrou a sua excelente exposição na apresentação da rede CARIN³² fazendo a ponte com a Lei 45/2011, que criou o GRA – Gabinete de Recuperação de Activos.

- a) No âmbito da recuperação de activos, matéria cada vez mais na ordem do dia, de que recentemente foi protagonista o projecto FENIX, desenvolvido no campo de acção da PGR, também o CEJ, no 2º ciclo, no Distrito de Évora, dinamizou o estudo, de feição teórico-prática, dessa temática, procurando teorizar práticas e aprofundar temas de grande interesse para o MºPº, como sucedeu com o XXVII curso do CEJ-Distrito de Évora, em que o auditor de justiça Hugo Miguel da Luz Santos apresentou o tema “O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (lei 5/2002, de 11 de maio, artigos 1.º e 7.º a 12.º): entre Proteu e Sísifo” e como sucedeu depois com o XXVIII curso do CEJ, no 2º ciclo – Distrito de Évora, em que o auditor de justiça Hélio Tiago Rigor Rodrigues apresentou o tema “A recuperação de activos na criminalidade económico-financeira: uma perspectiva teórico-prática”, que aguarda eventual

³² A rede CARIN (*Camden Assets Recovery Inter-Agency Network*) tal como apresentada pelo conferencista, foi criada em Haia em Setembro de 2004, por iniciativa da Áustria, Bélgica, Alemanha, Irlanda, Países Baixos e Reino Unido, e actualmente conta com a colaboração de mais de 40 países, incluindo Portugal. Constitui uma rede global de profissionais que pretende reforçar o conhecimento comum das técnicas no âmbito da identificação, apreensão e perda transfronteiriça dos produtos procedentes do delito e de outros bens com este relacionado. Trata-se de uma rede informal de cooperação entre os organismos dedicados à recuperação de activos.



publicação como monografia. Essa discussão permitiu identificar alguns aspectos controversos do quadro jurídico pertinente e que serviram para dinamizar o debate.

- b) Será que o quadro legal conhecido, designadamente a Lei 45/2011 prevê e soluciona os casos em que os bens produto de crime relevante foram adquiridos pelo arguido em sistema de *leasing*, e cujas prestações ainda não foram totalmente pagas. A apreensão depara-se desde logo com um problema que é o requerimento da sociedade financeira que normalmente é proprietária do bem. Pode o GRA substituir-se ao arguido e continuar a pagar as prestações, adquirindo a propriedade do bem?
- c) Casos em que diferentes GRA de diferentes países da UE tenham intervenção na apreensão de bens relacionados com os mesmos factos ou a mesma organização criminosa, como se resolvem os eventuais problemas de coordenação entre os GRA's, sendo certo que os bens por vezes atingem milhões de Euros e não é fácil a um país largar mão de um caso desses. A lógica da competência para a investigação ou a lógica do sistema de justiça melhor colocado para a investigação e julgamento não pode sair prejudicada por razões de interesse financeiro? A Eurojust tem aí algum papel?
- d) Como está no nosso país a técnica de análise criminal financeira na perspectiva policial, já que se trata de mecanismo fundamental na luta contra a criminalidade organizada e o financiamento do terrorismo?
- Os próprios GRA estão apetrechados com os meios necessários, com pessoal especializado, juristas e investigadores financeiros? Qual a experiência de conhecimento dos outros países?
 - Porquê a criação do GRA na dependência da PJ e não do M^ºP^º, à revelia das conclusões do projecto FENIX-PGR?
 - Se a necessidade de iniciar uma investigação financeira chegar ao GRA através de um homólogo de outro país da UE pode o GRA iniciar essa investigação sem determinação do M^ºP^º? Na medida em que o M^ºP^º há-de estar envolvido, que M^ºP^º será esse?
 - A possibilidade de a investigação financeira começar depois de encerrado o inquérito parece estranha, não seria melhor que a PGR ditasse orientações sobre o modo de delegação de competências do M^ºP^º para o GRA?



- De que modo se procede à estimativa do valor de 1.000 Unidades de Conta (102.000,00€)? E será valor actual ou o da data de integração no património do agente?
- O acesso a certas bases de dados pelo GRA reclama ou não a intervenção do M^ºP^º?



Debate alargado: dois anos de prática e jurisprudência sobre o novo CEP na perspectiva do Ministério Público

Comunicação apresentada na ação de formação “Execução de penas – o novo Código e o Direito Penitenciário”, no dia 13 de abril de 2012, no Porto.

[Mário Lages Amaral]



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

I. As competências do Ministério Público – Art. 141º do Código de Execução de Penas e Medidas Privativas de Liberdade (CEP). Lei nº 115/09 de 12/10

1. No que tange às competências do Ministério Público resulta do novo CEP um reforço/alargamento significativo destas, quer na área das competências processuais (promoção da execução da pena), quer na sua vertente de defensor da legalidade e dos direitos do recluso, quer, agora, de forma inovadora, atribuindo competências de vigilância penitenciária e de verificação e impugnação da legalidade de algumas decisões da administração prisional – artº 141º.

Deste normativo resultam discriminadas essas competências, donde destaco as mais relevantes:

- visitar os estabelecimentos prisionais regularmente e sempre que necessário e conveniente para o exercício das suas competências;
- verificar a legalidade das decisões dos serviços prisionais e impugnando-as, se for caso disso, perante o Tribunal de execução de penas, das seguintes medidas:
 - colocação e manutenção dos reclusos em regime de segurança (15º, n.º 6);
 - retenção da correspondência e destino a dar-lhe (69º, n.º 39);
 - revogação das licenças de saídas administrativas (85º, n.º 3);
 - decisão de manutenção do recluso em cela de separação (92º, n.º 6);
 - colocação do recluso em quarto de segurança (93º, n.º 5).
- participar no conselho técnico;
- impulsionar e dar seguimento a transferência de condenado em Portugal para o país da sua nacionalidade ou residência e, em conformidade com o que sobre tal matéria dispõe a Lei nº. 144/99 de 31/08;
- promover a detenção provisória, a extradição activa e a entrega de pessoa sujeita a medida privativa da liberdade por tribunal português;
- diligenciar pela efectivação de cúmulo jurídicos de penas;
- descontar no cumprimento da pena o tempo que o recluso andou em liberdade na hipótese de revogação de saídas administrativas ou jurisdicionais;
- Computar penas de execução sucessiva e, em caso de revogação de saídas e de liberdade condicional, computar o remanescente da pena, nos casos de admissibilidade de nova liberdade condicional;
- suscitar a resolução do conflito de competência;



Há ainda a salientar o papel reforçado do Ministério Público na instrução do processo, podendo e devendo requerer a obtenção de elementos que considere relevantes para a instrução (art.173º,n.º 1, al.a), e emitindo parecer nos autos quanto à concessão da liberdade condicional e quanto às condições que esta deve obedecer (art.177º, n.º 1), parecer este que pode relevar para a fixação do efeito suspensivo do recurso da decisão, quando o parecer do Conselho Técnico for também desfavorável e o juiz, ainda assim, decidir conceder aquela medida (art.177º, nº3), tendo ainda legitimidade para recorrer da decisão (art. 179º, n.º 1).

No que concerne à presença do Ministério Público nas audições de reclusos e condenados em regime de liberdade condicional o Código estabelece expressamente a presença do MP na audição do recluso no processo de liberdade condicional, quer na fase de concessão quer no eventual incidente de incumprimento, mas com carácter facultativo, nos termos dos artigos 176º, n.º 1 e 185º, n.º 3.

No que diz respeito ao processo de saída jurisdicional a presença torna-se obrigatória na fase de concessão e, sempre que o juiz pretenda ouvir o recluso, e torna-se facultativa na fase incidental de incumprimento que venha a surgir.

II. A actuação do MP no processo de liberdade condicional

Seguirei de perto a tramitação do **Processo de Liberdade Condicional** como matriz fundamental para relevar a actuação do Ministério Público mais na vertente das suas funções processuais. Note-se que este é o processo matriz para o qual remetem, na falta de normas próprias e específicas, a generalidade doutras espécies e incidentes processuais.

1. O processo de liberdade condicional inicia-se com a autuação da certidão enviada nos termos do nº1 do art. 477º do CPP, não suscitando qualquer dúvida que o comando do nº2 do art.144º só pode dirigir-se ao Processo da condenação quando impõe que **“após trânsito em julgado o MP junto daquele Tribunal envia cópia da sentença que aplicar pena privativa de liberdade” e liquidação desta**, indicando as datas calculadas relevantes para os efeitos previstos nos artigos 61º e 62º e n.º 1 do art. 90º do CP – (cf. Art. 477º do CPP).

Este comando só difere daquilo que já estava consagrado anteriormente quando se referia **“devendo ainda comunicar eventuais alterações que se verificarem na execução da pena”**, donde se conclui que a haver alterações “na execução” é ao próprio TEP que compete precaver, por estar nas suas competências materiais (art.138º n.º 2 do CEP), cuja norma dispõe



que “após o trânsito em julgado da sentença que determinou a aplicação de pena ou medida privativa da liberdade, compete ao tribunal de execução das penas acompanhar e fiscalizar a respectiva execução e decidir da sua modificação, substituição e extinção, sem prejuízo do disposto no artigo 371.º - A do Código de Processo Penal”.

2. Importa desde já articular esta norma com a competência do MP quanto a diligenciar junto do Tribunal competente da necessidade da **realização do cúmulo jurídico de penas** logo que, por qualquer forma, tome conhecimento da verificação dos respectivos pressupostos –art.141º al.g) do CEP.

O art.173º parece inculcar a ideia que a instrução do processo da liberdade condicional inicia-se com o despacho do juiz a solicitar os relatórios ali previstos e outros elementos que se afigurem relevantes para a decisão, a pedido do MP ou do condenado.

Quanto ao apuramento e verificação dos pressupostos materiais relevam aqui o mérito dos relatórios e parecer do CT e demais elementos trazidos ao processo quer pelo recluso quer pelo Ministério Público.

3. Porém, como já referi com a autuação do Processo baseada na certidão do art. 477º do CPP, e posterior conhecimento de outras condenações impõe-se toda uma actividade com vista a escrutinar, se estamos perante **penas autónomas e de execução sucessiva** (art.63º n.ºs 1 e 2 do CP) ou se, ao invés, o que sucede muitas vezes, seja necessário **promover os eventuais cúmulos de penas**, atenta a regra do concurso de infracções (art.s 78º do CP), e, eventualmente, alertar o processo de **uma condenação em pena suspensa** de que, face a uma condenação posterior conhecida possa ser causa de revogação, o que a verificar-se há toda a conveniência que se proceda àquela o mais urgentemente possível para **quanto antes se definir a situação jurídico – prisional do recluso**, com relevância directa no gozo de medidas de flexibilização da execução da(s) pena(s) e ajustamento do plano de tratamento prisional.

4. Verificando-se a previsão do art.63º,n.º 1 do CP há que proceder em conformidade, interrompendo uma para iniciar outra.

Para se poder ajuizar de forma simultânea sobre a realidade da liberdade condicional torna-se necessário, **a seu tempo, interromper o cumprimento** da pena sofrida que está ou deva ser cumprida em primeiro lugar, **iniciando, o recluso, o cumprimento da pena que se seguir.**



5. A competência para a interrupção é indubitavelmente do TEP pois a este compete aferir dos pressupostos, **quer formais quer substanciais** para apreciar e conceder a liberdade condicional **fazendo o cômputo das respectivas penas – al. i) do art.141º do CEP.**

6. Dispõe o artº63º n.º 1 do Cód. Penal que, *“se houver lugar à execução sucessiva de várias penas, a execução da pena que deva ser cumprida em primeiro lugar é interrompida quando se encontrar cumprida metade da pena”*, ou (seis meses para penas inferiores a um ano – n.º 1 do art. 61º do mesmo diploma), conforme os casos, devendo a liberdade condicional ser decidida no momento em que possa fazer-se de modo simultâneo, **relativamente à totalidade das penas (art.63º n.º 2 do CP).**

Ora, por esta ordem de procedimentos, sabe-se exactamente quando chega o momento de se apreciar a **liberdade condicional conjunta** que abranja a *totalidade das penas*.

7. Difícil é encontrar solução para os casos em que nos deparamos com o cumprimento sucessivo de penas, **sendo uma delas** o remanescente a cumprir na sequência de revogação da liberdade condicional, anteriormente concedida.

8. Numa situação destas, deparamo-nos com a ressalva do preceito do n.º 4 do artigo 63º do CP que prescreve *“o disposto nos nºs anteriores não é aplicável ao caso em que a execução da pena resultar de revogação da liberdade condicional”*.

9. E, como harmonizá-lo com o preceito constante do n.º 3 do artigo 64º do CP que, ao tratar a pena remanescente com autonomia própria, nunca se confundindo com a pena inicial (original), admite que *“pode ter lugar a concessão de nova liberdade condicional nos termos do artigo 61º”*.

10. Julgamos, porém, que a solução passa por aferirmos, caso a caso, qual o melhor procedimento, sem violarmos, por erro de interpretação, as normas em causa (**art.s 63º, n.º 4; 61º,nºs 2, 3 e 4; 64º n.º 3, todos do CP**), e não deixará de se dar o mais justo tratamento ao recluso.

11. No caso em apreço temos duas penas para cumprimento sucessivo, com a particularidade de não lhe ser aplicável o disposto nos nºs 1 e 2 do artº 63 do CP, por força do estatuído no n.º 4 do mesmo dispositivo, donde, **necessariamente uma das penas há-de ser cumprida por inteiro.**



12. **A regra é que o seja a pena remanescente resultante da revogação da liberdade condicional, por um lado, porque a pena inicial já foi objecto de excepção; e por outro, porque existe uma impossibilidade de apreciação conjunta da liberdade condicional que decorre do disposto no n.º 4 do artº 63º do CP.**

13. Ainda que esta seja a regra, deve aceitar-se excepcionalmente que se proceda de forma diversa, sempre que resulte uma antecipação de apreciação da liberdade condicional, e que se apresenta como uma solução inequivocamente mais favorável ao recluso, sem pôr em causa o princípio da segurança jurídica.

A este respeito, e no mesmo sentido existe um Acórdão do TR de Évora proferido no dia 31/05/2011 sobre um recurso por nós interposto de despacho proferido no Proc.1279/10.5TXEVR, publicado em <http://www.dgsi.pt>, inteiramente provido, com o seguinte sumário *“I – Em caso de cumprimento sucessivo de penas de prisão em que não seja aplicável o disposto nos nº 1 e 2 do art. 63º do CP, por força do estatuído no n.º 4 do mesmo dispositivo e onde, necessariamente, uma das penas há-de ser cumprida por inteiro, o mais razoável é que o seja a pena remanescente resultante da revogação da Liberdade Condicional . II – Mas se assim deve ser a regra, nada obsta a que excepcionalmente se proceda de forma diversa, caso se de tal resulte uma situação concretamente mais favorável ao recluso”.*

Já posteriormente foi proferido novo Acórdão do mesmo Tribunal e também no mesmo sentido, de 07/02/2012, no Proc. 1405/03.0TXEVR-B-E1, publicado em <http://www.dgsi.pt>.

14. Na execução sucessiva de penas, compete ao MP junto do TEP **proceder ao respectivo cômputo**, para efeitos de concessão de liberdade condicional (al.i) do art.141º do CEP.

Para tal há toda uma panóplia de diligências/promoções que o MP deverá desencadear, com vista a apurar de eventuais descontos de períodos de privação da liberdade (**detenção, prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação**) no cumprimento da pena de prisão (art. 80º, n.º 1 do CP). E no que tange ao desconto previsto no segmento final daquele normativo, convém ter presente o Ac. nº 9/2011 do STJ de 23/11/2011 que fixou jurisprudência no sentido *“... o desconto dessas medidas no cumprimento da pena deve ser ordenado sem aguardar que, no processo no âmbito do qual as medidas foram aplicadas, seja proferida decisão final ou esta se torne definitiva”.*

É de realçar o desconto no cumprimento e não na pena, como, erradamente, por vezes sucede nas liquidações que chegam ao TEP.



Promover **o desconto**, no cumprimento da pena **o tempo em que o recluso andou em liberdade**, tendo havido revogação de licença de saída administrativa ou jurisdicional – al.h) do citado artigo.

Já em caso de **revogação de licença de saída ou da liberdade condicional**, impõe-se ainda ao MP, calcular as datas para **o termo da pena** e, nos casos de admissibilidade de **liberdade condicional**, para os efeitos previstos nos artigos 61º e 62º do CP, **submetendo o cômputo à homologação do juiz**.

Toda esta actividade terá que decorrer, necessariamente, antes do despacho judicial do art. 173º do CEP, daí que é ilusório apresentar-se esse despacho como início de instrução e como parece inculcar a sua epígrafe.

15. Possibilidade de estar presente o MP e o defensor na audição do recluso que é reduzida a auto e que se segue ao CT (art.176º), os quais podem **requerer que o juiz formule perguntas que entenderem relevantes**.

16. O MP, neste Código, emite em cinco dias após a audição do recluso parecer quanto à concessão da liberdade condicional e, caso seja positivo, **pronuncia-se quanto às condições a que esta deva ser sujeita – 177º nº1** – o que é inovador, pois que na lei antiga, este parecer ocorria, logo que estivessem nos autos os relatórios e demais elementos de instrução e, sempre, antes da reunião do CT e audição do recluso.

Ora, sucedia que **aquele parecer**, não raras vezes, **era ultrapassado com factos e aspectos que, porque supervenientes, eram do desconhecimento do Magistrado do MP**.

III. Incidente de incumprimento

1. O Art.184º do CEP versa sobre o incumprimento do plano de reinserção social ou das regras de conduta que é comunicado ao tribunal e da comunicação a dar conta de condenação por crime cometido durante o período de liberdade condicional, com remessa da cópia da decisão condenatória, comunicações estas que dão início ao incidente de incumprimento.

O art.185º nº2 impõe que o tribunal notifique da abertura do incidente o MP, e para o caso que interessa o condenado e seu defensor indicando a data e local designados para a audição que decorrerá num dos 10 dias posteriores; a falta injustificada do condenado vale como efectiva audição para todos os efeitos. Que notificação é esta? Há-de entender-se que é



uma notificação pessoal ou pode ser por via postal registada, já que a via postal simples e por editais são formas que nos termos do art.113º do CPP só são válidas e utilizadas quando expressamente previstas, o que não é o caso.

2. No que tange à revogação cujo fundamento radica no cometimento de crime pelo qual o libertado venha a ser condenado já não se coloca com a mesma premência a dificuldade/impossibilidade da *notificação pessoal ao condenado (al.b) do art. 56º do CP*.

Por via da nova condenação, em regra, o “libertado condicional” já se encontra a cumprir a nova pena quando se instaura o incidente de incumprimento com vista à revogação, tornando-se fácil e possível a sua notificação pessoal.

3. Na tramitação do incidente **quando a sua fundamentação radica no incumprimento das regras de conduta** que condicionam tal medida – previsão da norma da al. a) do nº 1 do artº 56º “ex vi “ artº 64º 1 do C. P, também se impõe, pois a lei não distingue, a necessidade de, antes de decretar a revogação da LC, haver que proceder à audição do condenado, em obediência do princípio do contraditório.

Parece evidente que resulta da norma que o arguido deve ser notificado. Mas também parece evidente que tal pressupõe um conhecimento do seu paradeiro.

4. Nos casos em que foi concedida a liberdade condicional ao condenado impôs-se-lhe regras de conduta, entre as quais, figura sempre a **de fixar residência numa determinada morada e dela não se ausentar por mais de 8 dias, sem prévia autorização do Tribunal** e aceitar a tutela e orientação técnica do Serviço de Reinserção Social, apresentando-se ali regularmente (*artº 52º, 53º e 54º por remissão do 64º n.º 1, todas do CP*).

O libertado fica a saber qual o comportamento que deve adoptar e as consequências que acarreta o não cumprimento das regras. É perfeitamente legítimo inferir-se que o libertado (**condenado**) ao colocar-se **numa situação de incumprimento, ausentando-se da residência fixada**, tem plena consciência de que o mais natural é que contra ele seja instaurado processo para revogação da liberdade condicional, podendo esta culminar com a sua efectiva revogação.

A não se entender desta forma estar-se-ia a “premiar” o incumprimento e a colocar na disponibilidade do libertado incumpridor a possibilidade de o processo prosseguir ou não, o que não faria sentido.



5. Paralelamente no Código de Processo Penal na fase de julgamento com o termo de identidade e residência a que o arguido está sujeito implica para este a responsabilidade acrescida perante as autoridades judiciais, podendo o incumprimento das obrigações aí prescritas levar a que possa ser julgado sem estar presente na audiência, sendo representado pelo seu defensor (*cf. art.º 196º, n.º 3, al. d) e 333º do CPP*), sendo certo que a audiência é o momento ideal e local próprio para o exercício pleno dos seus direitos de defesa e do exercício do contraditório.

6. Nestas circunstâncias, dada a fase do processo (**incumprimento de uma liberdade condicional**) e o objectivo da notificação pessoal, é defensável que neste caso bastará a notificação por via postal registada para a morada da residência que lhe foi fixada e que é suposto manter e, desta forma, se acautelam as garantias de defesa do condenado.

7. Se assim não for entendido e a exigir-se a notificação pessoal, também não podemos perder de vista que a liberdade condicional e a sua eventual revogação enquadram-se no âmbito do cumprimento de uma pena de prisão e há-de ser entendida como incidente ou uma forma de execução dessa pena privativa de liberdade.

E tanto é assim que, conforme o disposto nos *n.ºs 1 dos artigos 64.º e 57º do CP*, decorrido o período da liberdade condicional, e se não houver motivos que possam conduzir à sua revogação a pena é declarada extinta, **pelo cumprimento**.

8. Obviamente, num processo de revogação de liberdade condicional (incidente de incumprimento) **já não há arguido** mas sim, **alguém que foi condenado com decisão transitada**, o que é bem diferente, e as garantias de defesa e do contraditório não assumem a mesma intensidade que na fase de julgamento.

Isto a propósito da exigibilidade da notificação ser pessoal e se enquadrar nas ressalvas do *nº 9 do artº 113º do C.P.P.* que, mesmo assim, não me parece ser aplicável.

9. Na hipótese que temos vindo a seguir de o libertado se ter ausentado para paradeiro desconhecido, há-de entender-se que se eximiu, de forma intencional, à execução da medida de liberdade condicional e, conseqüentemente, ao cumprimento da pena que lhe está subjacente. Mais: denota fuga propositada à acção da justiça, **subtraindo-se dessa forma ao controlo, por parte do tribunal, do normal processo de reinserção na sociedade, incumprindo as regras de conduta impostas**.

10. Assim, perante a impossibilidade de ser notificado pessoalmente, e não se admitir outra forma de notificação, como ultrapassar este impasse; inexistente norma expressa que



permita a notificação edital, pois que só se recorre a esta forma nos casos em que a lei expressamente a admitir - *al.a) do n.º1 do art.113º do CPP*.

11. Podemos socorrer-nos do disposto no artigo 97º, n.º 2 do CEP, e lançar mão da declaração de contumácia. Porém, esta solução, em meu entender leva-nos a um impasse. A contumácia implica a suspensão dos termos ulteriores do processo, conforme dispõe o nº3 do art. 335º do CPP.

Esta solução só se mostrará consentânea quando já tenha ocorrido uma decisão a revogar a liberdade condicional e que se mostre impossível a notificação do condenado/libertado por culpa sua continue com paradeiro incerto.

Numa situação destas, e fazendo-se uso do citado normativo deve o condenado ser notificado por editais para se apresentar em juízo, no prazo e nos termos ali previstos, e, por conseguinte declarar-se, se for caso disso, contumaz, perante os autos e conseqüentemente ser emitido mandado de detenção (*art.337.º n.º 1 do CPP*).

12. Curiosamente o incidente de incumprimento das condições impostas numa licença de saída jurisdicional que tiver como não fundamento o não regresso do recluso ao estabelecimento prisional dentro do prazo determinado permite a emissão de mandado de captura pelo juiz – art. 195.º n.º 1 do Código de execução de penas, na esteira do que era previsto no art.71º do DL. 783/76 de 29/10.

13. Porém, norma semelhante naquele Código não existe no âmbito do incidente de incumprimento da liberdade condicional por ausência em paradeiro incerto, razão pela qual nos teríamos de socorrer da citada norma do art. 97º, nº2 do CEP.

14. **Em conclusão**, na impossibilidade de notificar o condenado com vista à sua audição, por se ter ausentado da morada fixada pelo tribunal e se remeter para paradeiro incerto, deve prescindir-se dessa notificação pessoal e considerar-se notificado na pessoa do seu defensor, a nomear nos autos.

Na verdade, e como se refere no Ac. da RP de 15/12/2010, *in www.dgsi.pt* (que analisou situação semelhante): “(...) *de resto, estar-se-ia a proteger de forma patológica uma situação criada pelo próprio, em desrespeito de um dos deveres impostos, como se viu*”.

Mais consentâneo, pois, com a situação será considerar que o respeito pelo direito ao contraditório se mostra plenamente satisfeito quando, tentada a notificação, aquela se mostra impossível por culpa dele.

E retomando o argumento expandido *supra* (**ponto 8**) desta comunicação, temos de aceitar que o contraditório mostra-se assegurado com a notificação ao seu defensor das



razões da abertura do processo e com a possibilidade de poder requerer e alegar o que tiver por conveniente quanto à possibilidade de vir a ser revogada a liberdade condicional.

15. Tal procedimento não acarreta nenhuma nulidade, o que é bem patente também no Ac. RP de 10/03/2010, in www.dgsi.pt. Na realidade, “... importa ter presente que os condenados a quem seja aplicada pena privativa da liberdade vêm limitada a titularidade dos seus direitos na medida em que essa limitação seja inerente ao sentido da condenação e às exigências próprias da respectiva execução”.

Ainda neste mesmo Acórdão se realça a ideia, já atrás expressa, de que a liberdade condicional não constitui uma modificação essencial da condenação, mas um incidente na execução da pena de prisão. Ali se defende brilhantemente que “... a revogação da liberdade condicional não contende directamente com a liberdade do condenado, já que se deve considerar que este estava em execução de pena privativa da liberdade, embora, incidentalmente, em liberdade condicional”.

IV. Nota final

Justificava-se a revisão de toda uma legislação, com normas absoletas, respeitante à execução da pena de prisão e medidas privativas da liberdade que considerava a execução de penas como matéria de menor importância, como sendo o fim de linha do sistema penal e com um cariz acentuadamente administrativo.

Convém recordar que foi com a Lei nº 2000 de 1944 e o Decreto nº 34553 de 30/04/1944 que, no nosso ordenamento jurídico - penal foram criados os Tribunais de execução das penas, como forma de se instituir “a total jurisdicionalização das várias fases do processamento da justiça penal”.

Até aí a competência para conceder, prorrogar e revogar a liberdade condicional, tinha cariz administrativo, repartindo-se pela Administração Prisional e Ministro da Justiça.

A jurisdicionalização da execução da pena, no nosso ordenamento jurídico, como se vê, tem um curto passado, e foi assim que com a Lei 115/09 de 12 de Outubro se revogou o ordenamento jurídico que, então, estava em vigor (**decreto-lei nº 265/79, de 1/08; decreto-lei nº 783/76 de 29/10 e a Lei nº 36/96 de 29/08**) e aprovou o Código da Execução das Penas e medidas Privativas da Liberdade que viria a entrar em vigor em 10/04/2010.

Não se reconhecendo que seja uma obra perfeita e acabada, necessitando de alguns reajustamentos e clarificação de normas, dissipando interpretações divergentes, no entanto,



registo com agrado que, no essencial, veio reforçar a ideia da jurisdicionalização das medidas da competência da administração prisional que contendem com direitos e garantias individuais dos reclusos;

Igualmente se regista o reforço garantístico das decisões do TEP, pelo alargamento da via do recurso ordinário e, também, se aplaude o recurso com vista a reforçar a **uniformização da jurisprudência, pois que entendo que aos cidadãos em cumprimento de penas de prisão e/ou medidas de internamento um importante contributo para a sua recuperação e ressocialização é transmitir-lhes acerto e justeza nas medidas que lhe são aplicadas no âmbito do cumprimento das penas e medidas de segurança.**

Reintroduziu a **regra idêntica à do artigo 97º do DL 783/76 de 29/10** que, com a revogação, operada pelo artigo 8º da Lei 59/98 **deixou de haver reapreciação anual**, quando a liberdade condicional era negada, **passando a ser tão só apreciada aos 2/3 (facultativamente) e 5/6 concedida obrigatoriamente.** Com a supressão desta norma sem ser criada norma semelhante e substitutiva, sucede que nas penas longas, após a primeira apreciação e negação a metade do cumprimento, **só passados 3, 4 ou mesmo mais anos é que o sistema prisional e judicial volta a ser chamado a rever a situação do recluso em termos de se conceder ou não a liberdade condicional.**

É de realçar também a **aplicação da modificação da execução da pena de prisão a outras situações não menos humanitárias** que não eram abrangidas pela Lei nº 36/96, de 29/08, com a possibilidade de “ *o tempo de duração do internamento ou do regime de permanência em habitação é considerado tempo de execução da pena, nomeadamente para efeitos de liberdade condicional*”, conforme ficou consagrado no nº3 do art.120º do CEP, ou seja, **logo que ocorra o pressuposto temporal a que se refere o nº2 do artigo 61º do CP, a modificação da execução da pena já concedida, qualquer que seja a sua modalidade, deverá substituir-se pelo regime de liberdade condicional.**

Desta forma, salvaguarda-se para o condenado a aplicação do regime da liberdade condicional **do qual, sobretudo, em caso de penas longas, pode resultar maior vantagem com uma eventual extinção do excedente da pena para além dos cinco anos** (já consagrado no nº5 do artigo 61º do CP).

Não fora esta possibilidade de liberdade condicional e o condenado continuar na modalidade de pena modificada, sempre se diria que, **sofreria o natural constrangimento de qualquer das modalidades a que alude o artigo 120º, nºs 1 e 2 do CEP**, mormente, **quando se trata de regime de permanência na habitação com meios técnicos de controlo à distância.**

Termino e agradeço a atenção dispensada.



Évora, Abril de 2012.

Mário Lages Amaral (Procurador da República)



A sinistralidade laboral e a responsabilidade criminal (Breves notas)

Notas da moderação no debate da ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho”, no dia 23 de março de 2012, em Aveiro.

[João Palma Ramos]



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. **Introdução**
2. **Preenchimento do crime do art. 277º, n.ºs 1, al. b) – 2ª parte, 2 e 3 do Código Penal**
3. **Questão da autoria nesta criminalidade**
4. **Aspectos relacionados com a prova nesta criminalidade**
5. **Conclusão**

Referências

1. Introdução

A sinistralidade laboral foi vista, durante algum tempo, como uma fatalidade e também como algo de inevitável. A realização de grandes obras públicas e de grandes empreendimentos, as consequências sociais e económicas que advinham desta sinistralidade levaram a uma crescente preocupação relativamente às condições em que se desenvolvia o trabalho.

A existência de autoridades vocacionadas para a averiguação da existência destas condições, a regulamentação específica destas actividades e a constatação da complexidade de causas que podem estar na origem desta sinistralidade, tudo conjugado levou à mobilização de vários meios para enfrentar este fenómeno.

A sinistralidade laboral era analisada apenas do ponto de vista das relações que se desenvolviam entre empregadores e trabalhadores, sendo certo que aqueles estavam obrigados a transferir a responsabilidade pelos sinistros para companhias seguradoras, às quais incumbia ressarcir as consequências que daí resultavam para o trabalhador ou para as suas famílias.

Nas *origens* desta sinistralidade podem encontrar-se um conjunto de factores, os quais podem ou não concorrer entre si, havendo que ponderar: as condições em que se desenrola a actividade; as condutas humanas praticadas e/ou aquelas que deveriam ser realizadas em função do caso concreto; o respeito ou não das regras regulamentares aplicáveis.

A expansão do *Direito Penal* com a criação de crimes de perigo e a existência de novos bens jurídicos, implicou ao alargamento da sua intervenção em diversas áreas da vida humana onde se impunha a tutela de direitos sociais, culturais e económicos, os quais eram colocados em causa nas sociedades industrializadas, por existirem novos riscos no desenvolvimento da actividade humana.

Assim sendo, a concepção de que esta matéria revestia apenas natureza laboral, com a existência do eventual incumprimento das regras regulamentares aplicáveis ao caso foi abandonada, com a consequente criminalização das condutas violadoras das regras de segurança, como veio a suceder entre nós com o disposto no art. 277º, n.ºs 1, al. b), 2 e 3 do



Código Penal. Aliás, diga-se, que a tutela dos bens jurídicos em causa nesta norma incriminadora tem como fundamento constitucional o que se encontra previsto no art. 59º, n.º 1, al. c) da Constituição, relativo à prestação do trabalho em condições de higiene e segurança como direito dos trabalhadores.

2. Preenchimento do crime do art. 277.º n.ºs 1, al. b) (2.ª parte), 2 e 3 do Código Penal

A verificação dos elementos típicos deste crime envolve várias questões jurídicas as quais advém, em boa parte, de se estar perante um crime de perigo concreto, um crime específico próprio (segundo a qualidade dos autores), um crime omissivo próprio (omissão de um dever de agir e independente do resultado) e um crime de violação de dever.

As regras técnicas aí mencionadas podem ter por fonte a lei, o regulamento ou o uso profissional. Está-se, deste modo, a conferir protecção penal a normas de direito laboral. E o preenchimento deste tipo, que é de perigo concreto, tanto pode ter lugar por via de acção como por omissão, sendo discutível que se tenha de recorrer ao disposto no art. 10.º, n.º 2, do Código Penal. O perigo é, aqui, o risco de lesão da vida, integridade física ou do património alheio. Nos crimes de perigo o legislador penal antecipa a punição para um momento anterior ao resultado, porque a prática de certos actos cria um risco de lesão de bens jurídicos relevantes. E quando o tipo legal pode ser violado por pessoa sobre quem recai um dever especial trata-se de um crime específico próprio, em que a qualidade dos agentes ou o dever que sobre eles impende fundamenta a ilicitude.

Trata-se do dever do concreto cumprimento das normas de segurança.

O conceito de *meios* utilizado na lei penal reporta-se aos meios materiais, intelectuais e organizativos, em especial o dever de informação sobre o risco, pois a referida informação é um meio imprescindível para que o trabalho se realize sob os parâmetros adequados de protecção. Por um lado, a noção de meios para efeitos da norma incriminadora engloba os meios materiais e não materiais, colectivos ou individuais, abrangendo a existência dos meios necessários para que os trabalhadores desempenhem a sua actividade em segurança, com cumprimento das regras aplicáveis.

Mas, por outro lado, parece ser ponto assente que a noção de meios, deve ter como fundamento uma qualquer disposição normativa, relacionada com a segurança no local de trabalho.



3. Questão da autoria nesta criminalidade

No âmbito da chamada responsabilidade criminal da “empresa” podem encontrar-se várias soluções, a saber: a) responsabilidade da pessoa colectiva; b) responsabilidade dos funcionários subalternos; c) responsabilidade dos órgãos colegiais que coordenam a actividade empresarial. Tudo está em saber se ocorre uma repartição dos deveres funcionais (deveres de vigilância e de controle dos riscos) de acordo com a posição que cada membro ocupa. Tudo dependerá da análise da estrutura da organização empresarial e das fontes legais ou instrumentais em que se baseiam esses deveres.

Em suma, deve atender-se à estrutura da empresa em questão, aos deveres funcionais dos agentes e à sua omissão na implementação dos meios necessários para evitar o resultado. Há que considerar que se trata de crime omissivo de *violação de dever* que não se exige o domínio do facto, bastando a titularidade do dever violado no momento típico do domínio. Em particular quanto aos *quadros superiores* da empresa, a estes incumbe em primeiro lugar criar os mecanismos de articulação com os quadros inferiores, impendendo sobre eles o domínio funcional organizativo,

A evolução do conceito de autoria imediata no âmbito das organizações, nomeadamente, na organizações empresariais é matéria que tem vindo a ser desenvolvida por vários autores, nomeadamente por Roxin, propondo-se que os vários tipos de comportamentos no seio da empresa se possam enquadrar na figura da *coautoria*.

A estrutura empresarial com os seus mecanismos de comunicação permite concluir pela existência de um acordo, podendo ser autor é *aquele que intervém em todo o processo de decisão e de execução* nas estruturas da segurança. Dito doutra forma, são os quadros intermédios nas grandes estruturas empresariais que possuem o conhecimento e a competência técnica necessárias para conformar a execução do facto de uma dada maneira.

Nos casos de **delegação de poderes** não se mostra afastada a possibilidade de responsabilização do quadro superior ou do dirigente da empresa, pois estes têm de facultar aos técnicos os meios necessários para cumprir as medidas de protecção aplicáveis, impendendo sobre aquele o dever de verificar se as funções delegadas estão a ser cumpridas adequadamente. Esse dever não impende apenas sobre o empresário, mas também sobre aqueles que tenham funções relacionadas com o facultar os meios de segurança para os trabalhadores, desde que essas funções resultem de instrumento idóneo. A responsabilidade não está restringida à obrigação decorrente da lei laboral, pois engloba a obrigação de facto, desde que tenha ocorrido uma delegação de tarefas relativas à medidas de segurança em pessoas da cadeia hierárquica da estrutura empresarial, onde o delegado “assume a posição de garante”, *podendo existir vários responsáveis*, cuja responsabilidade se apurará segundo o



grau de culpabilidade que lhes seja exigível. A delegação de poderes dá origem a uma nova posição de garante, do “delegado”, a qual pressupõe um acto formal e também o de se facultar os meios económicos e materiais imprescindíveis ao bom desempenho dessas funções. Estes princípios poderão também ser aplicados aos casos de **subcontratação**, em função da forma como a segurança decorrente desta foi colocada em prática, quais os instrumentos aplicáveis e os meios necessários para o cumprimento das regras de segurança aplicáveis, bem como da efectiva disponibilidade destes relativamente às condições de trabalho.

A questão da **conduta do trabalhador** tem vindo a ser abordada, com reflexos laborais e penais, havendo que distinguir várias situações, em particular as seguintes: a) a existência de acção “imprudente” do trabalhador; b) a acção “imprudente” do trabalhador em conjugação com a conduta omissiva do empregador ao não fornecer os meios de segurança necessários e exigíveis ao caso; c) a acção do trabalhador que contraria as ordens expressas do empregador quanto às regras a cumprir e os meios de protecção a utilizar (conduta temerária). No entanto, a conduta do trabalhador deve ser analisada e enquadrada com as condições gerais em que a actividade laboral é prestada, na medida em que recai sobre a entidade empregadora o dever de vigiar o cumprimento das regras de segurança, facultando os meios necessários a tal, sob pena de criarem mecanismos de “desresponsabilização” inaceitáveis.

4. Aspectos relacionados com a prova nesta criminalidade

Nesta criminalidade existem aspectos específicos relativos à prova que importa abordar de forma sintética, pela relevância no desfecho do processo judicial.

Na **fase de inquérito** destaca-se o seguinte: a) importância dos actos cautelares e de recolha dos elementos probatórios após o evento, o que envolve a questão da intervenção da ACT (Autoridade para as Condições do Trabalho) e da sua colaboração com os órgãos de polícia criminal; b) reconstituição da forma como se deu o evento, das vítimas envolvidas, local onde ficaram e dos *meios* utilizados na altura do mesmo; c) necessidade da eventual intervenção de especialistas em face das questões técnicas de segurança que se tornam necessárias conhecer para a compreensão da dinâmica dos factos na altura; d) recolha dos elementos necessários para a determinação dos agentes que tiveram participação no sinistro, por acção e/ou por omissão, em particular: esquema de segurança montado; existência de comparticipação de vários agentes; importância das provas documentais nas grandes obras e/ou grandes empresas; e e) a forma como o sinistrado actuava e relevo da sua conduta em termos criminais.



Na **fase de julgamento** importa considerar: 1) a compreensão do concurso de causas; 2) a compreensão das regras de segurança aplicáveis; 3) a determinação das regras de segurança violadas; 4) a determinação das pessoas que devem ser responsabilizadas criminalmente (a existência de vários intervenientes permite a “diluição” da responsabilidade criminal de cada um deles); 5) a determinação do esquema de segurança existente na empresa; e 6) o eventual relevo da acção das vítimas para o sinistro.

Também se poderá discutir a relevância no âmbito do processo criminal das decisões proferidas nos **processos de contra-ordenação laboral** eventualmente instaurados na sequência do sinistro por violação das regras legais e regulamentares aplicáveis. Uma vez que a tramitação destes processos segue autonomamente, há que procurar conciliar os termos da decisão do processo de contra-ordenação com o processo penal. Desde logo há que verificar se não existe identidade de sujeitos, de factos e de fundamento em ambos os processos sob pena de que, caso tal aconteça, estarmos perante uma situação de “ne bis in idem”. Na grande maioria dos casos, esta situação não ocorrerá dado que os agentes e os factos do processo de contra-ordenação são distintos daqueles que estão em causa no processo penal. Uma vez que o processo contraordenacional, por regra, é mais célere, deverá ser ponderada na decisão penal os termos dessa decisão, por ser relevante para a atribuição da responsabilidade criminal no que respeita em particular à forma como eventualmente as regras de segurança aplicáveis foram violadas.

5. Conclusão

A sinistralidade laboral pode ter diversas causas, para ela contribuindo um conjunto de factores, sendo os mais relevantes aqueles que resultam das condutas humanas (activas ou omissivas).

Na confluência dos aspectos relevantes para a compreensão do sinistro laboral é de grande importância determinar *as regras legais, regulamentares e técnicas aplicáveis, a estrutura empresarial existente, a forma como as regras em questão eram respeitadas e os comportamentos que eram exigíveis no caso concreto.*

No âmbito do apuramento da responsabilidade criminal há que atender aos sujeitos envolvidos nos factos relevantes, deveres que sobre cada um deles impende e ponderação da dinâmica dos factos e forma como tais deveres, eventualmente, foram violados, donde resultou a criação do perigo típico.

A recolha de provas na fase inicial, logo após o sinistro, poderá ser determinante para a compreensão dos motivos que estiveram na sua base e das pessoas que deverão ser



responsabilizadas criminalmente, com a atribuição rigorosa do grau de culpa e com o enquadramento-jurídico penal adequado.

Referências

- *Circular nº 19/94 da Procuradoria-Geral da República*, de 9/12/94, “Acidentes de trabalho mortais. Instauração de Inquérito”;
- João Palma Ramos, “Crime de infracção de regras de segurança do art. 277º, n.º 1, al. b), 2ª parte do Código Penal – Elementos típicos – Autoria – Estrutura empresarial – Dolo e negligência – Conceitos de Meios”, *Revista do Ministério Público*, n.º 124, pp. 227-253;
- José Ribeiro Albuquerque, “Violação das Regras de Segurança no Trabalho”, *Revista do CEJ*, n.º 14, 2.º Semestre 2010, pp. 193-229;
- Pedro Soares de Albergaria, “A Posição de Garante dos Dirigentes no âmbito da Criminalidade da Empresa”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 9, 4º, p. 624;
- Pedro Correia Gonçalves, “A Responsabilidade por Omissão dos Administradores e Gestores Empresariais”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 19, 4.º, pp. 529-573;
- Teresa Quintela de Brito, “Responsabilidade criminal de entes colectivos”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 20, 1.º, pp. 41-72;
- Roxin, “El dominio de organización como forma independiente de autoria inmediata”, *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 7, 2006, disponível em <http://www.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%207/EL%20DOMINIO%20DE%20LA%20ORGANIZACION%20COMO%20FORMA%20INDEPENDIENTE%20DE%20AUTORIA%20IMEDIATA.pdf>;
- Rui Patrício, “Apontamentos sobre um crime de perigo comum e concreto complexo”, *Revista do Ministério Público*, n.º 81, pp. 91e segs;
- Elena B. Marín de Espinosa Ceballos, “La Responsabilidade Penal en Estructuras Jerárquicamente Organizadas y Complejas”, *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa* 1/2011, pp. 59-70;
- Bernard Schünemann, “Responsabilidade penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”, *Anuário de Derecho Penal e Ciências Penales*, tomo LV, MMII, 2004, pp. 19-38;



- Paula Andrea Ramírez Barbosa, “Determinación de la conducta típica como elemento objetivo de delito contra la seguridad y salud en el trabajo”, *Revista Penal* n.º 19, 2007, pp. 137-151;
- Luís Arroyo Zapatero, “La Protección Penal de la Seguridad en el Trabajo”, 1981, Madrid, disponível em http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/AREAS_TEMATICAS/LIBROS_CAPITULOS?p_cod_libro=434.

Setúbal e Aveiro, 23 de Março de 2012

João Palma Ramos



**Título: Jurisdição Penal e Processual Penal.
Jurisdição do Trabalho e da Empresa. Ações de
formação – 2011-2012. Textos dispersos**

Ano de Publicação: 2013

ISBN: 978-972-9122-43-9

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt