

■ COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA ■

DIREITO E PROCESSO PENAL

- PROVA
- LEI DAS ARMAS

JURISDIÇÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL

DEZEMBRO 2018

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ

Foto

Victor Pimenta





A política editorial do Centro de Estudos Judiciários passa pelo cumprimento de dois objectivos: maior aproveitamento das acções realizadas; maior utilidade dada às temáticas abordadas.

O presente e-book – que reúne textos de intervenções realizadas no âmbito de formações da Jurisdição Penal e Processual Penal (oito), desde 2014 e que não tinham ainda sido publicadas – dá corpo a esses objectivos.

Assim, aqui se reúnem treze apresentações e respectivos vídeos que agora podem ser por todos/as usufruídos/as.

As matérias vão das declarações do arguido e depoimento das testemunhas (depois da revisão de 2013 do CPP), aos actos de fala de testemunhas e arguidos anteriores ao julgamento, ao direito ao silêncio corporal, à recusa de colaboração do arguido em se sujeitar a diligências de prova, ao Nemo Tenetur e a transmissibilidade da prova entre procedimentos, às técnicas de inquirição e interrogatório, à valoração da prova (incluindo a indiciária), à fundamentação da decisão penal, à fixação dos factos na decisão penal e, por fim, às perplexidades e dúvidas suscitadas pela Lei das Armas.

O e-book de que os cultores do Direito Penal e do Direito Processual Penal não poderão deixar de utilizar como ferramenta de trabalho.

(ETL)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito e Processo Penal: – Prova; – Lei das armas

Jurisdição Penal e Processual Penal:

Helena Susano – Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição

José Quaresma – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Alexandre Au-Yong de Oliveira – Juiz de Direito e Docente do CEJ

Rui Cardoso – Procurador da República e Docente do CEJ

Susana Figueiredo – Procuradora da República e Docente do CEJ

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República e Docente do CEJ

Miguel Rodrigues – Procurador da República e Docente do CEJ ¹

Catarina Fernandes (Procuradora-Adjunta, Docente do CEJ)*

Francisco Mota Ribeiro (Juiz de Direito, Docente do CEJ)*

João Aibéo (Procurador-Geral Adjunto, Docente do CEJ)*

Sérgio Pena (Procurador-Adjunto, Docente do CEJ)*

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2017-2018:

“Direito probatório, substantivo e processual penal” – Lisboa, 19 de janeiro de 2018 ([programa](#))

Plano de Formação 2016-2017:

“Direito probatório, substantivo e processual penal” – Lisboa, 25 de novembro de 2016 ([programa](#))

Plano de Formação 2015-2016:

“Tráfico de seres humanos” – Lisboa, 4 de dezembro de 2015 ([programa](#))

“Temas de direito penal e processual penal” – Lisboa, 5, 12, 19 e 26 de fevereiro de 2016 ([programa](#))

Plano de Formação Contínua 2014-2015:

“Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal” – Lisboa, 13 de março de 2015 ([programa](#))

“Técnicas de inquirição e interrogatório em processo penal” – Lisboa, 16 de janeiro de 2015 ([programa](#))

Plano de Formação Contínua 2013-2014:

“As alterações ao Código de Processo Penal” – Lisboa, 10 de abril de 2014 ([programa](#))

“Direção da Audiência de Julgamento e Produção, Apreciação e Valoração da Prova em Processo Penal” – Lisboa, 21 de março de 2014 ([programa](#))

¹ Até agosto de 2018.

*À data da ação de formação.

Conceção e organização:

Jurisdição Penal

Intervenientes:

Alberto Ruço – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto

António Pires Henriques da Graça – Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça

António João Latas – Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Évora

Carla Costa – Inspetora da Polícia Judiciária, Adjunta no Gabinete do Ministro da Saúde

João Gouveia de Caires – Mestre em Direito, Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Jorge dos Reis Bravo – Procurador da República

José Mouraz Lopes – Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas

Maria Teresa de Teixeira de Simões Morais – Procuradora da República

Patrícia Naré Agostinho – Procuradora da República e Docente do CEJ

Paulo Dá Mesquita – Procurador-Geral Adjunto, Vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República

Paulo de Sousa Mendes – Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Sandra Oliveira e Silva – Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

Revisão final:

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

Ana Caçapo – Departamento da Formação do CEJ

Notas:

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

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

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

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

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

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

Exemplo:

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

[Consult. 12 mar. 2015].

Disponível na

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

ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição –21/12/2018	

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Direito e Processo Penal

– Prova

– Lei das armas

Índice

1. A valoração da prova no crime de tráfico de pessoas António Pires Henriques da Graça	11
2. Processo Penal Português - Questões de Prova António Pires Henriques da Graça	45
3. As declarações do arguido e o depoimento das testemunhas, em especial face à revisão de 2013 do CPP João Gouveia de Caires	69
4. A fixação dos factos na decisão penal António João Latas	79
5. A fundamentação da decisão penal José Mouraz Lopes	91
6. Prova indiciária Alberto Ruço	101
7. Atos de fala de testemunhas e arguidos anteriores ao julgamento Paulo Dá Mesquita	131
8. Direito ao silêncio corporal? Ingerências corporais probatórias: a identificação genético-criminal Jorge dos Reis Bravo	149
9. A recusa de colaboração do arguido em se sujeitar a diligências de prova Patrícia Naré Agostinho	177
10. <i>Nemo Tenetur</i> e a Transmissibilidade da Prova Entre Procedimentos Paulo de Sousa Mendes	199
11. A transmissibilidade de documentos entre o procedimento administrativo tributário e o processo sancionatório penal ou contraordenacional Sandra Oliveira e Silva	233
12. Técnicas de inquirição e interrogatório - em especial na criminalidade económico-financeira Carla Costa	249
13. Lei das Armas (perplexidades, dúvidas e algumas outras questões) Maria Teresa de Teixeira de Simões Morais	305

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1.

A valoração da prova no crime de tráfico de pessoas

António Pires
Henriques da Graça



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

1. A VALORAÇÃO DA PROVA NO CRIME DE TRÁFICO DE PESSOAS ¹

António Pires Henriques da Graça*

1. Considerações gerais

1.1. Globalização e criminalidade organizada

1.2. O crime de tráfico de pessoas

1.2.1. A nível internacional

1.2.2. A nível nacional

2. A valoração da prova

2.1. Produção e valoração da prova nos processos relativos ao crime organizado

Bibliografia

Vídeo da apresentação

1. Considerações gerais

1.1. Globalização e criminalidade organizada

O denominador funcional da sociedade contemporânea, a sociedade pós-moderna, ou da era digital, vem sendo caracterizado de globalização, em que apesar da evolução tecnológica na procura insatisfeita do bem-estar material, na melhoria da qualidade de vida e da fluidez social nos seus diversos quadrantes – político, económico, social e cultural – da interação pluralista e pluricontinental, geram-se também novas formas de comportamentos desviantes, comportamentos criminais, contra a salubridade da harmonia social e da ordem e segurança públicas, pondo em causa o normal funcionamento do Estado-de-Direito, que vai suscitar deste e das suas competentes autoridades modos de eficácia de prevenção e repressão do crime organizado.

“Com a globalização, a análise da delinquência muda de foco: os delitos do paradigma clássico do processo de criminalização perdem espaço para os delitos classificados criminologicamente como crimes *of the powerful*”.²

“Estes crimes caracterizam-se pelo portentoso grau de ofensividade à paz pública, merecendo pois um tratamento penal e processual penal diferenciado do dispensado à criminalidade comum. Mesmo porque, a criminalidade organizada escarnece dos instrumentos processuais tradicionais utilizados para a apuração [apuramento] da delinquência individualizada, que se mostram desfasados ante o seu carácter multiforme. E de outro modo não poderia ser, já que é ilógico tentar combater coisas distintas valendo-se de um único método, ou seja, é irracional a aplicação de um mesmo aparato para a contenção de criminalidades abissalmente diversas.”³

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Tráfico de seres humanos”, no Auditório do Montepio (Lisboa), a 4 de dezembro de 2015.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

² FABIANA GREGHI, A Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado.

³ *Idem, ibidem.*

A Agência das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) – *United Nations Office on Drugs and Crime* - tem-se empenhado na cooperação com governos, organizações internacionais e da chamada sociedade civil com vista a fortalecer o Estado de Direito no combate à criminalidade organizada, nomeadamente pela tipificação, nas legislações nacionais, de infrações penais relacionadas com crime organizado.⁴

1.2. O crime de tráfico de pessoas

“O tráfico de seres humanos é, em todo o mundo, o terceiro negócio ilícito mais rendível, logo depois da droga e das armas. Tendo como causa principal a pobreza e as grandes desigualdades sociais, este tráfico não exclui nenhum país, seja ele de origem, de trânsito ou de destino. Mulheres, crianças e adolescentes continuam a ser as principais vítimas.

O número exato das vítimas de tráfico de seres humanos é difícil de avaliar, mas pode ascender a vários milhões em todo o mundo, 2,5 milhões, de acordo com as estimativas da Organização Internacional do Trabalho (OIT). E, apesar da consciência atual sobre o que são os direitos humanos, não cessa de aumentar, alimentando um negócio ilícito que a mesma OIT avalia em mais de 30 000 milhões de dólares por ano.

Por tráfico de pessoas «entende-se o recrutamento, transporte, acolhimento ou receção de pessoas recorrendo ao uso da força ou outras formas de coação, rapto, fraude, engano, abuso de poder ou de uma situação de vulnerabilidade, ou a concessão de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra, para fins de exploração», segundo a definição que consta do Protocolo para a Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, Especialmente Mulheres e Crianças.

Na sua definição, este Protocolo adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, de Novembro de 2000, acrescenta ainda que «essa exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição alheia ou outras formas de exploração sexual, os trabalhos ou serviços forçados, a escravatura ou práticas análogas à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos».⁵

⁴ Como se assinala no “Escritório de Ligação e Parceria no Brasil da UNODC”, que vale a pena transcrever: UNODC mantém, desde março de 1999, o Programa contra o Tráfico de Seres Humanos, em colaboração com o Instituto das Nações Unidas de Pesquisa sobre Justiça e Crime Interregional (UNICRI). O programa coopera com os Estados-Membros em seus esforços de combater o tráfico de seres humanos, ressaltando o envolvimento do crime organizado nesta atividade e promovendo medidas eficazes para reprimir ações criminosas. A adoção, em 2000, do Protocolo Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças e do Protocolo contra o Crime Organizado Transnacional, Relativo ao Combate ao Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea, que complementam a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, representa um marco fundamental nos esforços internacionais para enfrentar o tráfico de seres humanos, considerado uma forma moderna de escravidão.

⁵ ANA GLÓRIA LUCAS, Jornalista, Tráfico de seres humanos: A escravatura do século XXI, ALÉM-MAR, julho de 2012.

1.2.1. A nível internacional

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças (Protocolo de Palermo de 2000, em vigor desde 25-12-2003) completou a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional⁶, deverá ser interpretado em conjunto com a Convenção.⁷

Teve como objeto prevenir e combater o tráfico de pessoas, prestando uma especial atenção às mulheres e às crianças; Proteger e ajudar as vítimas desse tráfico, respeitando plenamente os seus direitos humanos; e promover a cooperação entre os Estados Partes de forma a atingir estes objetivos, sendo que de harmonia e para efeitos do referido Protocolo:

- a) Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente artigo, deverá ser considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração deverão ser considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a) do presente artigo;
- d) Por “criança” entende-se qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.⁸

De igual forma, a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos, aberta à assinatura em Varsóvia, em 16 de maio de 2005, aprovada pela Resolução n.º 1/2008, de 14 de janeiro considerou no art.º 4:

- a) «Tráfico de seres humanos» designa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de uma situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa com autoridade sobre outra,

⁶ Foi aprovado pela Resolução da Assembleia da República n.º 32/2004, de 02.04.2004.

⁷ Art.º 1.º, n.º 1, do Protocolo.

⁸ Art.ºs 2.º e 3.º do Protocolo.

para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, a escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a extração de órgãos;

b) O consentimento dado pela vítima de «tráfico de seres humanos» à exploração referida na alínea a) do presente artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios indicados na alínea a) do presente artigo;

c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração deverão ser considerados «tráfico de seres humanos» mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos na alínea a) do presente artigo;

d) «Criança» designa qualquer pessoa com idade inferior a 18 anos;

e) «Vítima» designa qualquer pessoa física sujeita a tráfico de seres humanos conforme definido no presente artigo.

Estabeleceu-se no art.º 3.º o princípio da não discriminação, no sentido de que a aplicação da presente Convenção pelas Partes, em particular das medidas que visam proteger e promover os direitos das vítimas, deverá ser assegurada sem qualquer discriminação com base no sexo, na raça, na cor, na língua, na religião, nas opiniões políticas ou outras, na origem nacional ou social, na pertença a uma minoria nacional, na riqueza, no nascimento ou em qualquer outra situação.

Elementos do Tráfico de Pessoas são o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas, feito com os seguintes meios: Ameaça ou uso da força, coerção, abdução, fraude, engano, abuso de poder ou de vulnerabilidade, ou pagamentos ou benefícios em troca do controle da vida da vítima.

Objetivos do crime de tráfico de pessoas são “fins de exploração, que inclui prostituição, exploração sexual, trabalhos forçados, escravidão, remoção de órgãos e práticas semelhantes. Para verificar se uma circunstância particular constitui tráfico de pessoas, há que considerar a definição de tráfico no protocolo sobre tráfico de pessoas e os elementos constitutivos do delito, conforme definido pela legislação nacional pertinente.”

Diferente do tráfico de pessoas é **o contrabando de migrantes**.

“O Contrabando de Migrantes é um crime que envolve a obtenção de benefício financeiro ou material pela entrada ilegal de uma pessoa num Estado no qual essa pessoa não seja natural ou residente. O contrabando de migrantes afeta quase todos os países do mundo. Ele mina a integridade dos países e comunidades e custa milhares de vidas a cada ano. O UNODC, como guardião da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (UNTOC)

e seus Protocolos, assiste os Estados em seus esforços para implementar o Protocolo contra o Contrabando de Migrantes por via Terrestre, Marítima e Aérea (Protocolo dos Migrantes).

Consentimento

O contrabando de migrantes, mesmo em condições perigosas e degradantes, envolve o conhecimento e o consentimento da pessoa contrabandeada sobre o ato criminoso. No tráfico de pessoas, o consentimento da vítima de tráfico é irrelevante para que a ação seja caracterizada como tráfico ou exploração de seres humanos, uma vez que ele é, geralmente, obtido sob malogro.

Exploração

O contrabando termina com a chegada do migrante em seu destino, enquanto o tráfico de pessoas envolve, após a chegada, a exploração da vítima pelos traficantes, para obtenção de algum benefício ou lucro, por meio da exploração. De um ponto de vista prático, as vítimas do tráfico humano tendem a ser afetadas mais severamente e necessitam de uma proteção maior.

Caráter Transnacional

Contrabando de migrantes é sempre transnacional, enquanto o tráfico de pessoas pode ocorrer tanto internacionalmente quanto dentro do próprio país.”⁹

1.2.2. A nível nacional

O crime de tráfico de pessoas vem previsto no art.º 160.º do Código Penal, integra-se no capítulo IV (Dos crimes contra a liberdade pessoal) do Título I (Dos crimes contra as pessoas) do Livro II (Parte especial), do Código Penal.

As condutas que o integram constituem “criminalidade altamente organizada”, nos termos do art.º 1.º, al. m), do CPP.

Explicita o art.º 160.º do CPP,

Tráfico de pessoas

1 – Quem oferecer, entregar, recrutar, aliciar, aceitar, transportar, alojar ou acolher pessoa para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicância, a escravidão, a extração de órgãos ou a exploração de outras atividades criminosas:

- a)** Por meio de violência, rapto ou ameaça grave;
- b)** Através de ardil ou manobra fraudulenta;
- c)** Com abuso de autoridade resultante de uma relação de dependência hierárquica, económica, de trabalho ou familiar;

⁹ UNODC – Escritório de Ligação e Parceria com o Brasil.

- d) Aproveitando-se de incapacidade psíquica ou de situação de especial vulnerabilidade da vítima; ou
- e) Mediante a obtenção do consentimento da pessoa que tem o controlo sobre a vítima;
- f) É punido com pena de prisão de três a dez anos.

2 – A mesma pena é aplicada a quem, por qualquer meio, recrutar, aliciar, transportar, proceder ao alojamento ou acolhimento de menor, ou o entregar, oferecer ou aceitar, para fins de exploração, incluindo a exploração sexual, a exploração do trabalho, a mendicidade, a escravidão, a extração de órgãos, a adoção ou a exploração de outras atividades criminosas.

3 – No caso previsto no número anterior, se o agente utilizar qualquer dos meios previstos nas alíneas do n.º 1 ou atuar profissionalmente ou com intenção lucrativa, é punido com pena de prisão de três a doze anos.

4 – As penas previstas nos números anteriores são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, se a conduta neles referida:

- a) Tiver colocado em perigo a vida da vítima;
- b) Tiver sido cometida com especial violência ou tenha causado à vítima danos particularmente graves;
- c) Tiver sido cometida por um funcionário no exercício das suas funções;
- d) Tiver sido cometida no quadro de uma associação criminosa; ou
- e) Tiver como resultado o suicídio da vítima.

5 – Quem, mediante pagamento ou outra contrapartida, oferecer, entregar, solicitar ou aceitar menor, ou obtiver ou prestar consentimento na sua adoção, é punido com pena de prisão de um a cinco anos.

6 – Quem, tendo conhecimento da prática de crime previsto nos n.ºs 1 e 2, utilizar os serviços ou órgãos da vítima é punido com pena de prisão de um a cinco anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

7 – Quem retiver, ocultar, danificar ou destruir documentos de identificação ou de viagem de pessoa vítima de crime previsto nos n.ºs 1 e 2 é punido com pena de prisão até três anos, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

8 – O consentimento da vítima dos crimes previstos nos números anteriores não exclui em caso algum a ilicitude do facto.

Não se confunde com **o crime de escravidão**, p. e p. no art.º 159.º do CP, porque os “fins de exploração sexual, exploração de trabalho ou extração de órgãos” são conseguidos pelos meios previstos nas diversas alíneas do n.º 1 do art.º 160.º do CP, e no crime de escravidão a pessoa é reduzida ao estado ou condição de escravo, há alienação, cedência, aquisição ou apossamento de uma pessoa com a intenção de a manter no estado ou condição de escravo.

Por sua vez, ainda que o crime de tráfico de pessoas possa ser praticado por meio de **rapto**, não exclui a autonomia deste último, por os fins serem diferentes e este ser um dos meios de prática daquele.

Porque traduzido na violação de bens jurídicos diferentes, embora ambos decorrentes da privação da liberdade da pessoa vítima, sempre haveria concurso real.

Também quanto ao crime de **tomada de reféns**, em que o sequestro ou rapto de pessoa é motivado pela intenção de realização de “finalidades políticas, ideológicas, filosóficas ou confessionais”, com vista a constrangimento de terceiro, a uma ação ou omissão ou a suportar uma atividade – v. art.º 162.º do CP.

Por outro lado, quando o crime de tráfico de pessoas é praticado para fins de exploração sexual”, não se confunde com a autonomia dos concretos crimes praticados contra a liberdade sexual ou contra a autodeterminação sexual da pessoa traficada.¹⁰

Mesmo no crime de **lenocínio** – genericamente p e p. no art.º 169.º do CP – que possa ser potenciado pelo crime de tráfico de outra pessoa, não fica inviabilizado o concurso real de ambos, atentos os respetivos pressupostos, bens jurídicos abrangidos, e a autonomia real das condutas delituosas.

Note-se ainda os crimes previstos na Lei n.º 23/2007, de 04 de julho¹¹, referente à entrada, permanência, saída e afastamento de estrangeiros do território nacional, a saber:¹²

- Artigo 181.º: **Entrada, permanência e trânsito ilegais;**
- Artigo 182.º **Responsabilidade criminal e civil das pessoas coletivas e equiparadas;**
- Artigo 183.º **Auxílio à imigração ilegal;**
- Artigo 185.º **Angariação de mão-de-obra ilegal**, pode resultar do crime de tráfico mas são autónomos.

Note-se também, **a nível do mandado de detenção europeu**, que:

Será concedida a entrega da pessoa procurada com base num mandado de detenção europeu, **sem controlo da dupla incriminação do facto**, sempre que os factos, de acordo com a legislação do Estado membro de emissão, constituam as seguintes infrações, puníveis no Estado membro de emissão com pena ou medida de segurança privativas de liberdade de duração máxima não inferior a três anos.

- a) [...]
- b) [...]
- c) Tráfico de seres humanos;

¹⁰ V. Secção I e Secção II do capítulo V do título I do Código Penal.

¹¹ Atualizada pela Lei n.º 29/2012 de 9 de agosto.

¹² Atualizada por diplomas posteriores, sendo o último a Lei n.º 63/2015, de 30/06.

2. A valoração da prova

Falar-se em valoração da prova no crime de tráfico de seres humanos, pode coincidir tecnicamente com a valoração da prova obtida e produzida, *maxime* em julgamento, como se pode incluir na sua abrangência a valoração do que se entende como útil ao *thema probandum*, perante a percepção de *factos relevantes* e *obtenção da prova* pelos competentes *meios legítimos* para o efeito.

A especificidade do crime em causa, perante o crime organizado, face às suas características, e modo de apresentação, crime inovador perante a dogmática do direito penal clássico, poderia sugerir que os novos métodos delituosos, também poderiam reclamar a necessidade de novos métodos de obtenção de prova.

Hassemer questiona que os modernos problemas da criminalidade deixam o Direito Penal incapacitado, levantando a questão de se refletir sobre este problema, visando solucioná-lo, com algo mais eficaz. No entanto, adverte que o Direito Penal tem uma tradição normativa de proteção jurídica.¹³

A função de garantia dos tipos penais convocaria uma metodologia própria de verificação da conduta proibida, quanto mais os tipos legais fossem de alguma imprecisão, como que normas penais em branco, limitados apenas pela reserva de lei na sua criação.

Em tal construção, o *princípio da proporcionalidade* estabeleceria o equilíbrio entre a obrigatoriedade da não desautorização dos direitos fundamentais e das necessidades da repressão criminal.

Todavia, o processo penal, como direito constitucional aplicado, na expressão de Henkel, não poderá afastar ou subverter a dignidade da pessoa humana, o que significa que não pode realizar-se a custo de qualquer prova, mas somente as que não desprezam aquela dignidade.

Como escreve Figueiredo Dias, “em processo penal está em causa não a ‘verdade formal’, mas a ‘verdade material’, que há de ser tomada em duplo sentido: no sentido de uma verdade subtraída à influência que, através do seu comportamento processual, a acusação e a defesa queiram exercer sobre ela; mas também no sentido de uma verdade, que não sendo ‘absoluta’ ou ‘ontológica’, há de ser antes de tudo uma verdade *judicial, prática* e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas *processualmente válida*.”¹⁴

E, como explicita o mesmo Insigne Professor “Já em relação aos métodos proibidos de prova (art.º 126.º) – pensados a partir da necessária proteção dos direitos fundamentais das pessoas – nenhuma transação é possível já que em causa está a proteção da dignidade humana. Daí

¹³ ROBERTO SCHULTZE, O Crime Organizado no Direito Penal Brasileiro: por uma análise do tratamento distinto da criminalidade organizada no plano processual.

HASSEMER, Winfried. Perspectiva de uma Moderna Política Criminal. Revista Brasileira de Ciência Criminal.

FIGUEIREDO DIAS; Direito Processual Penal, (Lições coligidas por Maria João Antunes) Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1088-9, § 71, p. 131.

que, as provas obtidas através de tais métodos não possam ser valoradas ainda que dessa forma contribuíssem para a descoberta da verdade material.”¹⁵

Aliás, uma das dimensões do princípio da publicidade da audiência de julgamento, está precisamente em dar a conhecer de forma pública as provas produzidas e a sua legalidade.

Tudo isto, sem prejuízo, porém, do valor da *segurança* – tão premente nos dias de hoje e, constitucionalmente afirmado no art.º 27.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa –, que como causa prévia à Justiça, garante ao Estado de Direito a sua subsistência para poder agir com eficácia de forma justa: “ o Estado de Direito não exige apenas a tutela dos interesses das pessoas e o reconhecimento dos limites inultrapassáveis, dali decorrentes, à prossecução do interesse dos criminosos. Ele exige também a proteção das suas instituições e a viabilização de uma eficaz administração da justiça penal, já que pretende ir ao encontro da verdade material. Assim, e vendo as coisas sob um outro prisma, em certas circunstâncias, para que os interesses se concretizem, necessário se torna por em causa os direitos fundamentais das pessoas.”¹⁶

E, sem prejuízo, acrescentamos, da salvaguarda da dignidade humana, na sua integridade psíquica e física – inviolável.

Em suma: “A evolução da criminalidade individual para a criminalidade especialmente organizada, que se serve de meios logísticos modernos e está fechada ao ambiente exterior, em certa medida imune aos meios tradicionais de investigação (observações, interrogatórios, estudos dos vestígios deixados), determinou a busca de novos métodos de investigação da polícia [...]”.

A idoneidade, a necessidade, intervenção mínima, alternativa menos gravosa ou subsidiariedade devem ser analisadas pelo legislador e o magistrado, diante de um caso concreto, todas as outras formas admitidas por lei como meio de obtenção de resultado satisfatório, aplicando imposição de medidas restritivas de direitos apenas em casos de real necessidade. De acordo com o subprincípio da Proporcionalidade, o legislador, assim como o juiz, deve analisar se o interesse estatal é proporcional à violação dos direitos individuais constitucionalmente garantidos, que deve ser aplicada em casos excepcionais. A fim de se evitar a inconstitucionalidade das medidas impostas, os operadores do direito devem atender aos critérios de consequência jurídica; importância da causa; grau de imputação e êxito previsível da medida.¹⁷

¹⁵ Idem, ibidem, p. 26, nota 38.

¹⁶ Idem, ibidem, p. 23.

¹⁷ Roberto Schultze.

Caraterísticas específicas das análises de cenas do crime relacionadas com o tráfico de pessoas

1.3.1. Produção e valoração da prova nos processos relativos ao crime organizado

Nas investigações de tráfico de pessoas, as *cenas do crime* apresentam inúmeros desafios aos investigadores.

Os investigadores terão experiência na utilização das análises de cenas do crime para apoiar investigações criminais; isto demonstra algumas das diferenças entre a análise de provas materiais e de cenas do crime tradicionais e os casos de tráfico de pessoas.

Cooperação inicial entre o investigador e os profissionais forenses

Esta cooperação é sempre importante, mas particularmente em investigações de tráfico de pessoas, devido às questões referidas abaixo.

Relatos de vítimas/testemunhas e outras informações

Inicialmente, e ao decidir uma estratégia forense em casos de tráfico de pessoas, as informações disponíveis poderão ser mais confusas do que na generalidade dos crimes. As razões para tal incluem a reação das vítimas à vitimização (depoimentos inconsistentes ou incompletos), barreiras linguísticas, identificação de suspeitos apenas através de alcunhas e detalhes vagos ou imprecisos dos locais.

Falta de conhecimentos sobre o tráfico de pessoas

Os crimes de tráfico de pessoas, as suas consequências e os vestígios que deixam poderão não estar enquadrados na experiência anterior do investigador ou do pessoal forense. Os profissionais forenses deverão receber informações por parte de um investigador experiente em casos de tráfico de pessoas acerca dos processos de tráfico.

Múltiplos locais

Em muitos crimes, é provável que o cenário se subdivida em múltiplos locais: por exemplo, o carro onde a violação ocorreu ou o banco onde ocorreu o roubo, etc. Em casos de tráfico de pessoas, existe uma probabilidade maior de haver um número elevado de locais de interesse para o investigador. Estes poderão exigir uma gestão simultânea.

Poderão existir locais relacionados na origem, trânsito e destino num caso de tráfico. É provável que existam provas forenses das vítimas e dos traficantes em todos estes locais. De igual forma, poderão existir provas que liguem uma pessoa ao transporte utilizado em todos os locais ou a um veículo que tenha passado por todos. A publicidade, os documentos financeiros e equipamentos de comunicações podem representar eventuais oportunidades para uma análise forense.

Deverá sempre considerar quais os locais que poderão estar relacionados entre si e onde estarão localizados os mesmos. Explorar as oportunidades para os analisar ou pedir a realização de uma perícia. Isto poderá não ser prático em todos os casos, mas os vários locais poderão ter ligações muito particulares entre si que não deverão ser ignoradas. Mesmo

quando um local do crime pertencer a outra jurisdição, poderão ser partilhados resultados de eventuais exames já realizados.

Estabelecer uma ligação entre diferentes locais poderá permitir a identificação de mais vítimas ou suspeitos, gerar informações e apresentar um caso mais consistente e abrangente em tribunal.

Os profissionais deverão evitar contactar com mais do que uma cena do crime, suspeito, ou vítima, de modo a acautelar a contaminação cruzada.

Pessoas presentes nos locais

Por definição, é provável que existam pessoas em locais relacionados com o tráfico de pessoas, o que apresenta uma série de dificuldades. As próprias pessoas poderão ser consideradas «cenas» (como vítimas ou suspeitos), tal como o local. Identificar quem é suspeito ou potencial vítima será difícil e poderão existir muitas possibilidades de contaminação cruzada.

Nos locais onde as pessoas vivem ou trabalham, os vestígios transferidos podem ou não resultar do contacto fortuito ou constituir prova de exploração.

Gestão de provas: garantir a cadeia de custódia

A principal diferença entre os casos de tráfico de pessoas e os restantes casos criminais reside no facto de existir um elevado número de itens que precisam de ser recolhidos como provas.

Tudo isto torna a abordagem estruturada particularmente importante.

A «cadeia de custódia» num caso de tráfico de pessoas poderá ser longa e complexa, dado que poderá existir uma necessidade de transferir provas entre jurisdições. Qualquer transferência desse tipo deverá ser sempre feita de forma a respeitar a legislação dos Estados envolvidos na mesma, uma vez que o sistema de uma jurisdição pode não se aplicar a outras jurisdições.

Duração do período de exploração

Um grande número de casos criminais é constituído por um evento isolado que foi vivido durante um curto período de tempo. Nos casos de tráfico de pessoas, é provável que o crime consista numa série de eventos que envolvem exploração durante um longo período de tempo ou de forma continuada no tempo, tornando difícil isolar eventos individuais. É ainda provável que os casos de tráfico de pessoas envolvam um grande número de suspeitos.

Tal significa que estes casos incluem cenários (pessoas, locais, etc.) suscetíveis de apresentarem muitos vestígios forenses. Alguns desses vestígios podem ser relevantes, muitos poderão não o ser e algumas provas poderão ter-se deteriorado a ponto de não poder ser valoradas.

«Processo comercial»

O tráfico de pessoas é um processo comercial. O objetivo de qualquer investigação criminal não deverá ser apenas condenar os autores do crime, mas também desmantelar redes. Uma

estratégia forense num caso de tráfico de pessoas deverá considerar a forma como os exames forenses podem ser ligadas aos cinco processos [modos] do tráfico de pessoas — publicidade, instalações, transporte, comunicações e registos financeiros.¹⁸

Como se sintetiza no Acórdão do Supremo de 28-06-2007, Proc. n.º 1409/07 - 5.ª Secção: «Na aplicação da regra processual da “livre apreciação da prova” (art.º 127.º do CPP), não haverá que lançar mão, limitando-a, do princípio *in dubio pro reo* exigido pela constitucional presunção de inocência do acusado, se a prova produzida [ainda que «indireta»] não conduzir, depois de avaliada segundo as regras da experiência e a liberdade de apreciação da prova, “à subsistência no espírito do tribunal de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência do facto” (cf. Cristina Líbano Monteiro, *In Dubio Pro Reo*, Coimbra, 1997).

O princípio da legalidade da prova perfilhado pelo art.º 125.º do CPP considera “admissíveis as provas que não forem proibidas por lei”. Incluindo-se nelas as presunções judiciais (ou seja, «as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido»: art.º 349.º do CC).

“A prova, mais do que uma demonstração racional, é um esforço de razoabilidade”: «no trabalho de verificação dos enunciados factuais, a posição do investigador - juiz pode, de algum modo, assimilar-se à do historiador: tanto um como o outro, irremediavelmente situados num qualquer presente, procuram reconstituir algo que se passou antes e que não é reproduzível». Donde que «não seja qualquer dúvida sobre os factos que autoriza sem mais uma solução favorável ao arguido», mas apenas a chamada dúvida razoável (a *doubt for which reasons can be given*). Pois que «nos atos humanos nunca se dá uma certeza contra a qual não militem alguns motivos de dúvida». «Pedir uma certeza absoluta para orientar a atuação seria, por conseguinte, o mesmo que exigir o impossível e, em termos práticos, paralisar as decisões morais». Enfim, «a dúvida que há de levar o tribunal a decidir *pro reo* tem de ser uma dúvida positiva, uma dúvida racional que ilida a certeza contrária, ou, por outras palavras ainda, uma dúvida que impeça a convicção do tribunal».¹⁹

Daí que a circunstância de a presunção judicial não constituir «prova direta» não contraria o princípio da livre apreciação da prova, que permite ao julgador apreciar a «prova» (qualquer que ela seja, desde que não proibida por lei) segundo as regras da experiência e a livre convicção do tribunal (art.º 127.º do CPP). Não está, por isso, vedado, ante factos conhecidos, a extração – por presunção judicial – de ilações capazes de «firmar um facto desconhecido».

Em processo penal não existe um verdadeiro ónus da prova em sentido formal; nele vigora o princípio da aquisição da prova ligado ao princípio da investigação, donde resulta que são boas

¹⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - **Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal.**

Módulo 7:Análise de provas materiais e da cena do crime nas investigações de tráfico de pessoas
Nova Iorque, 2009.

¹⁹ Acórdão do Supremo de 10-01-2008, proc. n.º 07P4198, www.dgsi.pt
CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, «*In Dubio Pro Reo*», Coimbra, 1997.

as **provas validamente trazidas ao processo**, sem importar a sua origem, devendo o tribunal, em último caso, investigar e esclarecer os factos na procura da verdade material.²⁰

Perante as provas legalmente admissíveis, é dos princípios gerais da produção da prova que o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa – v. art.º 340.º, n.º 1, do CPP – sem prejuízo do contraditório (v. n.º 2 do preceito).²¹

“Os meios de prova admissíveis são aqueles cujo conhecimento se afigure necessário para a descoberta da verdade e boa decisão da causa (n.º 1). É afloramento do *princípio da necessidade*.”²²

Necessidade essa subordinada ao *princípio da legalidade*.

O Processo Penal fundamenta-se e é conduzido de harmonia com as exigências legais da produção e exame de provas legalmente válidas, com vista à determinação da existência de infração, identificação do seu agente e definição da sua responsabilidade criminal.

Assim também quanto ao tráfico de pessoas:

Engloba “revistas e buscas; declarações para memória futura; interceção de comunicações; gravação de imagem e de som; interceção e apreensão de ativos bancários; de móveis e imóveis; operacionalização de ações encobertas para fins de prevenção e investigação criminal; aplicação dos mecanismos de proteção de testemunhas e das vítimas de crime de tráfico de pessoas; aplicação do regime especial de concessão de autorização de residência com dispensa da verificação, no caso concreto, da necessidade da sua permanência em território nacional no interesse das investigações e dos procedimentos judiciais. Imprescindível é também a articulação e o trabalho multidisciplinar com todas as demais entidades e instituições que estão no terreno.”²³

A atividade probatória consiste na produção, exame e ponderação dos elementos legalmente possíveis a habilitarem o julgador a formar a sua convicção sobre a existência ou não de concreta e determinada situação de facto.

²⁰ Acórdão do STJ, de 23 de julho de 1999, proc. n.º 650/98, 3ª Secção, in SASTJ, n.º 32, p. 87.

²¹ Conforme art.º 340.º do CPP, que versa sobre o princípio da investigação, ou da verdade material:

1. O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.

2. Se o tribunal considerar necessária a produção de meios de prova não constantes da acusação, da pronúncia ou da contestação, dá disso conhecimento, com a antecedência possível, aos sujeitos processuais e fá-lo constar da ata.”

²² MAIA GONÇALVES, Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar, 17ª edição – 2009, p. 781:

²³ MARIA HELENA FAZENDA, Da fiscalização, do controlo, da proteção à vítima. A Coordenação da investigação do crime de Tráfico de Pessoas.

Há três patamares de recolha de prova:

A **voluntariamente cedida** à entidade investigatória, que respeitando à mera investigação policial cautelar e urgente, nos termos do art.º 249.º do CPP, não é proibida;

A **resultante de conversas informais**, havendo já inquérito instaurado, que é proibida, por constituir uma maneira indireta ou capciosa de obtenção de prova através de confissão, prejudicando o eventual direito ao silêncio do arguido que nunca o pode desfavorecer;

A **validamente obtida de harmonia e nos termos do Código de Processo Penal**, havendo inquérito instaurado, que é sempre permitida.

Como se disse, no sistema processual penal português, vigora a regra da livre apreciação da prova, em que conforme art.º 127.º do CPP, salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.

O artigo 127.º do CPP estabelece **três tipos de critérios para avaliação da prova**, com características e natureza completamente diferente: uma avaliação da *prova inteiramente objetiva* quando a lei assim o determinar (o caso dos documentos autênticos), outra, também *objetiva*, quando for imposta pelas regras da experiência, finalmente uma outra, eminentemente *subjetiva*, que resulta da livre convicção do julgador.

Porém não há que confundir o grau de discricionariedade implícito na formação do juízo e valoração do julgador com o mero arbítrio: a livre ou íntima convicção do juiz não poderá ser nunca puramente subjetiva ou emotiva, e, por isso, há de ser fundamentada, racionalmente objetivada e logicamente motivada, de forma a suscetibilizar controlo.

A livre apreciação da prova liberta do rígido sistema da prova tarifada, ou prova legal, realiza-se obedecendo a critérios lógicos e objetivos, determinando uma convicção racional e, por isso objetivável e explicável.²⁴

As regras da experiência não exigem certezas científicas, não são perícias, nem exames donde resultem aquelas certezas, mas informações reais que a vida ensina na verificação empírica de resultados produzidos, valendo a máxima de Cícero de que a experiência é a mestra da vida.

“Ao analisar as declarações incriminadoras do coarguido, deve-se observar que o acusado não presta o compromisso de falar a verdade em seu interrogatório e está em situação de beneficiário processual, podendo figurar como beneficiário penal. Em consonância com o acatado, o magistrado deverá considerar os seguintes elementos para a valoração desse meio de prova: a verdade da confissão, a inexistência de ódio em qualquer das manifestações, a homogeneidade e coerência de suas declarações, a inexistência da finalidade de atenuar ou

²⁴ V., v.g., Acórdãos do STJ, de 4 de novembro de 1998, 21 de janeiro de 1999 e 18 de janeiro de 2001, respetivamente na “CJ, Acórdãos do STJ VI”, Tomo 3, p. 201; “SAASTJ”, n.º 27, p. 38; e n.º 47, p. 88.

mesmo eliminar a própria responsabilidade penal e a confirmação da delação por outras provas.

Deve, ainda, o juiz considerar, na valoração do depoimento prestado por pessoa protegida, as seguintes presunções:

- a) Se os sentidos não enganaram a testemunha;
- b) Se a testemunha não quer enganar o júízo.

Em relação à percepção e à transmissão do percebido, devem ser analisados o desenvolvimento e a qualidade das faculdades mentais da testemunha, o funcionamento dos sentidos das testemunhas, as condições em que se produziu a percepção, sob o plano físico e psíquico, as características do objeto percebido, as percepções do tempo, da distância e do volume, além das condições de transmissão do percebido. No tocante à sinceridade do depoimento, é preciso observar a presença ou não de algum interesse que possa exercer influência consciente ou inconsciente sobre a vontade do depoente, a existência de relatos dúbios e a consideração individual de cada testemunho. A valoração de depoimento policial, por sua vez, deve atender a dois elementos: a inexistência de interesse em afastar eventual ilicitude em suas diligências e a comprovação de seu depoimento por outros meios de prova, salvo impossibilidade de fazê-lo. Tais requisitos devem ser observados devido à possibilidade do temor presente nas investigações influenciar a imparcialidade das palavras dos policiais envolvidos. Ressalve-se que, nos últimos anos, nos processos instaurados para apuração dos crimes organizados, nota-se uma acentuada tendência quanto à valoração da prova indiciária. O primeiro dos requisitos a ser considerado pelo juiz é a certeza de existência do facto indiciante. Já o segundo, trata da exclusão de hipótese de azar, pois existindo a possibilidade de falsa conexão entre o indício e o facto apurado, o juiz não deverá fundamentar seu convencimento. Ainda, tem-se a hipótese de falsificação do facto indicador. Também é preciso atentar-se à análise da inexistência de contraindícios. Por fim, o juiz deverá considerar a existência de relação de causalidade entre o facto indicador e o indicado, a pluralidade de indícios e a convergência ou concordância destes”.²⁵

O Código de Processo Penal não enumera taxativamente as provas proibidas, mas aponta limites à produção de provas e à sua valoração.

Assim, considera métodos proibidos de prova os indicados no art.º 126.º considerando “nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coação ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas.” (n.º 1), descrevendo as que “são ofensivas da integridade física ou moral das pessoas, mesmo que com consentimento delas” (n.º2) e, ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas nos termos do n.º 3 do mesmo preceito.

²⁵ ALLINE GONÇALVES GONÇALEZ, ANNA PAOLA BONAGURA, BEATRIZ ANTONIETTI GARCIA, LEANDRO LOPES DE ALMEIDA, LUCIANA LIE KUGUIMIYA e PAULO M. de AQUINO LOPES, “O crime organizado”. A *delação*, própria do regime jurídico-penal brasileiro, corresponde *grosso modo* à figura do *arrepentido*.

As provas não proibidas serão todas as que não vão contra a dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, sendo porém certo que se houver colisão de direitos fundamentais no binómio liberdade/segurança, gerando por isso uma situação de conflito, há que ponderar a definição e imposição de limites constitucionalmente consagrados ou imanentes para que seja possível a coexistência.

Sirva de exemplo o Artigo 34.º da Constituição da República sobre a Inviolabilidade do domicílio e da correspondência:

1. O domicílio e o sigilo da correspondência e dos outros meios de comunicação privada são invioláveis.
2. A entrada no domicílio dos cidadãos contra a sua vontade só pode ser ordenada pela autoridade judicial competente, nos casos e segundo as formas previstos na lei.
3. Ninguém pode entrar durante a noite no domicílio de qualquer pessoa sem o seu consentimento, salvo em situação de flagrante delito ou mediante autorização judicial em casos de criminalidade especialmente violenta ou altamente organizada, incluindo o terrorismo e o tráfico de pessoas, de armas e de estupefacientes, nos termos previstos na lei.
4. É proibida toda a ingerência das autoridades públicas na correspondência, nas telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvos os casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Quanto á **proibição de valoração de provas**, como resulta do art.º 355.º do CPP, não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência, ressalvando-se apenas as provas contidas em atos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas,

A propósito de documentos, não são inconstitucionais os normativos do art.º 355.º do CPP, interpretados no sentido de que os documentos juntos aos autos não são de leitura obrigatória na audiência de julgamento, considerando-se nesta produzidos e examinados, desde que se trate de caso em que a leitura não seja proibida.²⁶

Basta a existência dos mesmos e a possibilidade de relativamente a eles poder exercer-se o contraditório.²⁷

Quanto à **prova por reconhecimento**, o Tribunal Constitucional pronunciou-se no sentido de “Julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, a norma constante do artigo 127.º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a

²⁶ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 87/99, de 10 de fevereiro, proc. n.º 444/98, in DR II Série, de 1 de julho de 1999.

²⁷ Acórdão do STJ, de 27 de janeiro de 1999, proc. n.º 350/98, 3ª Secção, SASTJ, n.º 27, p. 83.

observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147.º do Código de Processo Penal.”²⁸

As regras de reconhecimento pessoal prescritas pelo art.º 147.º do CPP não se aplicam em julgamento, mas antes à fase de inquérito e de instrução. O reconhecimento feito em audiência integra-se num conjunto probatório que lhe retira não só autonomia como meio de prova especificamente previsto no art.º 147.º, como lhe dá sobretudo um cariz de instrumento, entre outros, para avaliar a credibilidade de determinado depoimento, inserindo-se assim numa estrutura de verificação do discurso produzido pela testemunha. Nesta perspetiva, tal reconhecimento feito em audiência, a avaliar segundo as regras próprias do art.º 127.º do CPP, não carece, para ser válido, de ser precedido do reconhecimento propriamente dito – realizado na fase de investigação – o inquérito e a instrução.²⁹

Quanto a **depoimentos indiretos**:

Como se sabe, a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento direto e que constituam objeto da prova. – artº 128.º do CPP.

Porém, conforme artigo 129.º do CPP:

1. Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível, por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.
2. O disposto no número anterior aplica-se ao caso em que o depoimento resultar da leitura de documento da autoria de pessoa diversa da testemunha
3. Não pode em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através dos quais tomou conhecimento dos factos.

Por sua vez, do artigo 343.º, n.º 1, do CPP, resulta que o arguido “tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo.”

O Tribunal Constitucional já decidiu que o artigo 129.º, n.º 1, (conjugado com o art.º 128.º, n.º 1, do CPP), interpretado no sentido de que o tribunal pode valorar livremente os depoimentos indiretos de testemunhas que relatem conversas tidas com um coarguido que, chamado a depor, se recusa a fazê-lo no exercício do seu direito ao silêncio, não atinge, de forma intolerável, desproporcionada ou manifestamente opressiva, o direito de defesa do arguido.

²⁸ Acórdão n.º 137/2001, de 28 de março.

²⁹ Acórdão do STJ, de 16 de junho de 2005, proc. n.º 553/05- 5ª Secção, “SASTJ”, n.º 92, p- 114.

Por isso, não havendo um encurtamento inadmissível do direito de defesa do arguido, tal forma não é inconstitucional.³⁰

A **prova por ouvir dizer**, quando reportada a afirmações produzidas extraprocessualmente pelo arguido é passível de livre apreciação pelo tribunal quando o arguido se encontre presente em audiência e, por isso, com plena possibilidade de a contraditar, ou seja, de se defender.

Como referiu o Supremo Tribunal, de acordo com o disposto no art.º 129.º, n.º 1, do CPP, quando o depoimento indireto resulta do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, deverá considerar válido e, portanto, valorável, quando depõe perante o tribunal aquele a quem a testemunha ouviu dizer.³¹

Não há prejuízo para o direito de defesa do arguido que, presente, poderá contraditar a informação, ou remeter-se ao silêncio, sem que este o possa desfavorecer.

O facto de o arguido nada dizer, significa que não podem extrair-se ilações sobre o seu silêncio.

Mas, não significa, que não possam valorar-se depoimentos, nas respetivas condições legais, por não constituírem provas proibidas por lei, ficando sujeitas à valoração constante do artigo 355.º do CPP, e à livre apreciação nos termos do artigo 127.º do CPP, sendo que por outro lado, inclui-se nos poderes de cognição do tribunal, balizado pelos princípios da necessidade, legalidade, adequação e obtenibilidade das provas, pois que como supra se referiu, deve haver lugar à produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. – art.º 340.º do CPP.

Como resulta do Acórdão do STJ, de 19-02-2015³², “[...] do elenco constante do artigo 126.º (métodos proibidos de prova), não fazem parte as declarações dos coarguidos.

Não há qualquer impedimento legal a que as declarações dos arguidos ou dos coarguidos sejam valoradas como meio de prova. Os arguidos podem prestar declarações no exercício do direito que lhes assiste de o fazerem em qualquer altura do processo, podendo as declarações ser prestadas sobre factos de que possuam conhecimento direto e que constituam objeto de prova, sejam eles factos que só digam diretamente respeito ao declarante sejam eles factos que respeitem a outros coarguidos.

Não há, pois, qualquer impedimento do coarguido a, nessa qualidade, prestar declarações contra os coarguidos no mesmo processo e, conseqüentemente, de valoração da prova feita por um coarguido contra os seus coarguidos.

Com uma limitação, porém.

³⁰ Ac. do Tribunal Constitucional n.º 440/99, de 8 de julho, proc. n.º 268/99, DR, II Série, de 9 de novembro de 1999.

³¹ Ac. do STJ, de 25-01-2006, Proc. n.º 184/06, 3ª Secção.

³² Proc., 617/11.8JABRG.G2.S1.

Nos termos do n.º 4 do artigo 345.º do CPP, não podem valer como meio de prova as declarações de um coarguido em prejuízo de outro coarguido quando, a instâncias deste outro coarguido, o primeiro se recusar a responder no exercício do direito ao silêncio. Do que se trata, aqui, é de retirar valor probatório a declarações totalmente subtraídas ao contraditório.

Como refere o acórdão do Tribunal Constitucional n.º 133/2010, de 14 de abril, [...]“seguramente que, submetidas a estas exigências de exame crítico e fundamentação acrescidas, as declarações de coarguido são meio de prova idóneo de um processo penal de uma sociedade democrática. O processo penal destina-se à realização da justiça penal e seria comunitariamente insuportável negar valor probatório a declarações providas de quem tem com os factos em discussão maior proximidade apenas pela circunstância de ser seu autor um dos arguidos quando essas declarações são emitidas livremente e, num escrutínio particularmente exigente, se conclui não haver razão para duvidar da sua correspondência à realidade.

Não deixando de acentuar que é decisivo que o arguido contra quem tais declarações sejam feitas não tenha sido impedido de submetê-las ao contraditório.

A proibição que decorre alínea a) do n.º 1 do artigo 133.º do CPP nada tem a ver com a validade das declarações do arguido como meio de prova.

Na verdade, o âmbito daquele n.º 1 restringe-se à proibição de audição de arguidos como testemunhas.

Estatui o artigo 133.º do CPP, na matéria de impedimentos de depor como testemunhas, que:

«1. Estão impedidos de depor como testemunhas:

«a) O arguido e os coarguidos no mesmo processo ou em processos conexos, enquanto mantiverem aquela qualidade;

«(...)».

O impedimento de o arguido depor como testemunha radica na ideia de proteção do próprio arguido constituindo expressão do privilégio contra a autoincriminação.

Tal como decorre da norma transcrita, o impedimento não se traduz apenas na limitação ao testemunho contra si próprio por parte do arguido [princípio *nemo tenetur*] na medida em que o seu direito a não responder abrange todas as perguntas que lhe sejam feitas, independentemente do conteúdo intrínseco da resposta. O alargamento do direito do arguido ao silêncio ao próprio coarguido, isto é, a não ser obrigado a prestar depoimento, precedido de juramento, e a não ser punido por falsas declarações, emerge desta matriz da garantia contra a autoincriminação, enquanto expressão privilegiada do direito de defesa, entendida neste contexto como a exigência de assegurar ao coarguido o direito a defender-se [...].

Contudo, nos termos do n.º 2 do artigo 133.º, em caso de conexão (artigo 24.º CPP), mas tendo havido separação de processos (artigo 30.º do CPP), o arguido, já julgado no processo inicial, tem capacidade para ser testemunha no julgamento do arguido, no processo separado, podendo o seu depoimento ser usado como meio de prova na formação da convicção do tribunal.”

Relativamente a **depoimentos de agentes policiais**, o n.º 7 do art.º 356.º do CPP, apenas proíbe que os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, bem como quaisquer pessoas que, a qualquer título, tiverem participado da sua recolha possam ser inquiridas como testemunhas sobre o conteúdo daquelas.

Concorda-se pois com Maia Gonçalves, quando refere: “o n.º 7 proíbe apenas a reprodução daquelas declarações cuja leitura não é permitida, como aí claramente se expressa e resulta do pensamento legislativo. Consideramos assim, manifestamente errada a interpretação que por vezes se tem dado a esse dispositivo de que os órgãos de polícia criminal não podem ser testemunhas no processo.”³³

Como se considerou no Acórdão do Supremo Tribunal Justiça, de 04-01-2007, proc. n.º 3111/06 – 3ª Secção.

Para garantir a eficácia e reforçar a consistência do conteúdo material do princípio *nemo tenetur*, a lei portuguesa impõe às autoridades judiciais ou órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido é chamado a prestar declarações, o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos decorrentes daquele princípio (cf., v.g., arts.º 58.º, n.º 2, 61.º, n.º 1, al. g), 141.º, n.º 4, e 343.º, n.º 1, todos do CPP, normas cuja eficácia é, por seu turno, contrafactivamente assegurada através da drástica sanção da proibição da valoração – art.º 58.º, n.º 3, do mesmo diploma).

«Não há conversas informais, com validade probatória à margem do processo, sejam quais forem as formas que assumam, desde que não tenham assumido os procedimentos de recolha admitidos por lei e por ela sancionados... (as diligências são reduzidas a auto – art.º 275.º, n.º 1, do CPP. Haveria fraude à lei se se permitisse o uso de conversas informais não documentadas e fora de qualquer controlo» (cf. Ac. do STJ de 11-07-2001).

Qualquer arguido goza do direito ao silêncio e à assistência de defensor no ato do seu interrogatório, e sem que o silêncio o possa desfavorecer.

Relativamente ao alcance da proibição do testemunho de “ouvir dizer”, pode considerar-se adquirido, por um lado, que os agentes policiais não estão impedidos de depor sobre factos por eles detetados e constatados durante a investigação e, por outro lado, que são irrelevantes as provas extraídas de “conversas informais” mantidas entre esses mesmos agentes e os arguidos, ou seja, declarações obtidas à margem das formalidades e das garantias que a lei processual impõe.

³³ Código de Processo Penal, anotado, 16ª edição, 2007, p. 741, nota 7.

Pretenderá, assim, a lei impedir, com a proibição destas “conversas”, que se frustrasse o direito do arguido ao silêncio, silêncio esse que seria “colmatado” ilegitimamente através da “confissão por ouvir dizer” relatada pelas testemunhas.

Pressuposto desse direito ao silêncio é, no entanto, a existência de um inquérito e a condição de arguido: a partir de então, as suas declarações só podem ser recolhidas e valoradas nos estritos termos indicados na lei, sendo irrelevantes todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente.

De forma diferente se passam as coisas quando se está no plano da recolha de indícios de uma infração de que a autoridade policial acaba de ter notícia: compete-lhe praticar “os atos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova”, entre os quais, “colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime” (art.º 249.º do CPP).

Esta é uma fase de pura recolha informal de indícios, que não é dirigida contra ninguém em concreto; as informações que então forem recolhidas pelas autoridades policiais são necessariamente informais, dada a inexistência de inquérito. Ainda que provenham de eventual suspeito, essas informações não são declarações em sentido processual, precisamente porque não há ainda processo.

Completamente diferente é o que se passa com as ditas “conversas informais” ocorridas já durante o inquérito, quando já há arguido constituído, e se pretende “suprir” o seu silêncio, mantido em auto de declarações, por depoimentos de agentes policiais testemunhando a “confissão” informal ou qualquer outro tipo de declaração prestada pelo arguido à margem dos formalismos impostos pela lei processual para os atos a realizar no inquérito.

O que o art.º 129.º do CPP proíbe são estes testemunhos que visam suprir o silêncio do arguido, não os depoimentos de agentes de autoridade que relatam o conteúdo de diligências de investigação, nomeadamente a prática das providências cautelares a que se refere o art.º 249.º do CPP. (v. Ac. do STJ de 15-02-2007, Proc. n.º 4593/06 - 5.ª Secção)

Na verdade, se qualquer suspeito, de sua livre vontade e iniciativa fornece dicas ou informações relevantes para a investigação policial, à autoridade que investiga e que utiliza tais informações na investigação, não se pode dizer que a prova da investigação assenta em conversas informais, mas sim nas diligências e atuações da entidade policial que devem decorrer de harmonia com o princípio da legalidade das provas quer no conteúdo quer na forma, não ficando por isso, inibida a autoridade investigatória de explicar os termos da sua investigação e das bases em que assentou.

Os depoimentos dos agentes policiais constituíam meio de prova proibido se na sua investigação policial se fundassem em declarações dos arguidos, obtidas, de forma fraudulenta, sob coação, ou com meios enganosos, violando o direito deles, à sua livre autodeterminação no exercício do direito de expressão e colaboração, ou, se se substituíssem às exigências legais ou proibições processuais de produção de prova, desprezando-as ou aniquilando-as.

O art.º 356.º, n.º 7 do CPP, pretende abarcar a credibilidade e validade da prova, delimitada em atos processuais mas já não exclui a colaboração voluntária e livre de *motu proprio*, de quem quer que seja, no apuramento dos factos em sede de investigação meramente policial.

Se um dos fins do processo penal é a busca da verdade material obtida, não a tudo o custo, mas de forma legalmente válida através de prova não proibida e de meios de prova válidos na sua obtenção, não há contudo, nem podia haver, uma proibição de colaboração ou de ajuda (mesmo que provenha dos arguidos, voluntariamente, a quem incumbe o dever de investigar matéria criminal; a busca da justiça interessa a todos – a justiça é para toda a gente; a vontade de ajudar de forma livre e espontânea, na procura da verdade com vista à justiça, ainda que não integre um dever de colaboração é uma manifestação sã de cidadania.

O depoimento dos agentes policiais apenas tem por objeto a investigação desenvolvida mas já não as declarações dos arguidos, só naquela medida é prova válida.

Sobre a prova indiciária

A prova nem sempre é direta, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.

Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indireta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.

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

O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexos preciso, direto, segundo as regras da experiência.³⁴

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

Tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contraíndícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que, sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto contra indiciante infirmo a conclusão que se tinha extraído do facto indício. Dito por outras palavras, o funcionamento do contraíndício, ou do indício de teor negativo, tem como

³⁴ Acórdão do STJ, de 11 de julho de 2007.

pressuposto básico a afirmação de uma regra de experiência que permita, perante um determinado facto, a afirmação de que está debilitada a conclusão que se extraiu dos indícios de teor positivo.

Os factos indiciadores devem ser objeto de análise crítica dirigida à sua verificação, precisão e avaliação:

Facto indiciário – convergência ou concordância indiciária – presunção entre o facto indiciante e o facto probando. Salvo se demonstre a existência de algo que aponte em sentido contrário ou porque a experiência ou perspicácia indicam uma conclusão contrária.

O processo de inferência supõe factos concludentes de indícios comprovados e não descredibilizados por outros indícios e não excludentes de conclusão razoável de harmonia com a lógica da experiência comum no discernimento humano.³⁵

Esclarece Santos Cabral: “a prova indiciária é uma prova de probabilidades e é a soma das probabilidades que se verifica em relação a cada facto indiciado que determinará a certeza. Todavia, a transposição da soma de probabilidades que dá a convergência dos factos indiciados para a certeza sobre o facto, ou factos probandos, que consubstanciam a responsabilidade criminal do agente é uma operação em que a lógica se interliga com o domínio da livre convicção do juiz. Convicção sustentada, e motivada

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

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

[...]

É **grave** o indício que resiste às objeções e que tem uma elevada carga de persuasividade como ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade. Por seu turno é **preciso** o indício quando não é suscetível de outras interpretações. Mas sobretudo, o facto indiciante deve estar amplamente provado ou, como refere Tonini, corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas.

³⁵ Acórdão do STJ, de 2 de abril de 2011.

Por fim, os indícios devem ser **concordantes**, convergindo na direção da mesma conclusão factu indiciante. Porém, uma perplexidade assalta o analista destas áridas matérias na enumeração dos requisitos deste tipo de prova, pelo menos em face da lógica. É que ultrapassando a questão da necessidade de vários indícios ou da suficiência de um indício, o certo é que, quando existe aquela pluralidade, coloca-se a questão do objeto em função dos quais se deve avaliar os requisitos enunciados.”³⁶

Como refere Euclides Dâmaso Simões:³⁷

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

1.1. De carácter formal:

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

1.2. De carácter material:

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

2. Requisitos do juízo de inferência:

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

De outra banda, as escutas telefónicas, agentes infiltrados, quebra do sigilo fiscal, bancário e financeiro, intercetação ambiental, com registo de imagem e som, colaboração das vítimas, são importantes meios de obtenção de prova com credibilidade para sua valoração.

Segundo informa Resende Salgado: “As intercetações telefónicas foram um importante método de investigação. Antes, os casos de tráfico de seres humanos eram investigados a

³⁶ JOSÉ ANTÓNIO HENRIQUES DOS SANTOS CABRAL, Prova indiciária e as novas formas de criminalidade.

³⁷ EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, Prova Indiciária (Contributos Para o Seu Estudo e Desenvolvimento em dez sumários e Um Apelo Premente), JULGAR - N.º 2 – 2007.

partir da prisão em flagrante de supostos traficantes e declarações das indigitadas vítimas, só se alcançando, nestes casos, uma pequena ponta dos grupos criminosos. Com as intercetações telefônicas, somadas ao acompanhamento policial no embarque das vítimas (com gravação audiovisual e fotografias – cotejando-as com os audios gravados), apreensão de passagens ou comprovantes de embarques e pedidos de emissão de passagens aéreas, além de comprovantes de pagamentos e quebras bancárias, conseguimos intensificar o ajuizamento de ações penais e melhor alicerçar as condenações.”³⁸

Valorar a prova, entre nós, *maxime* em audiência de discussão e julgamento, é, afinal de contas, ponderar de forma fundamentada e objetiva – o *exame crítico* referido no n.º 2 do artº 374.º do CPP –, as realidades circunstanciais validamente obtidas relativas ao objeto do processo.

A Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional estabelece:

Artigo 24.º

Proteção das testemunhas

1. Cada Estado Parte, dentro das suas possibilidades, adotará medidas apropriadas para assegurar uma proteção eficaz contra eventuais atos de represália ou de intimidação das testemunhas que, no âmbito de processos penais, deponham sobre infrações previstas na presente Convenção e, quando necessário, aos seus familiares ou outras pessoas que lhes sejam próximas.
2. Sem prejuízo dos direitos do arguido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no n.º 1 do presente artigo poderão incluir, entre outras:
 - a) Desenvolver, para a proteção física destas pessoas, procedimentos destinados a, consoante as necessidades e na medida do possível fornecer-lhes um novo domicílio e, se necessário, impedir ou restringir a divulgação de informações relativas à sua identidade e paradeiro;
 - b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor em segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados.
3. Os Estados Partes considerarão a possibilidade de celebrar acordos com outros Estados para facultar um novo domicílio às pessoas referidas no n.º 1 do presente artigo.
4. As disposições do presente artigo aplicam-se igualmente às vítimas, quando forem testemunhas.

Artigo 25.º

Assistência e proteção às vítimas

1. Cada Estado Parte adotará, segundo as suas possibilidades, medidas apropriadas para prestar assistência e assegurar a proteção às vítimas de infrações previstas na presente Convenção, especialmente em caso de ameaça de represálias ou de intimidação.

³⁸ DANIEL DE RESENDE SALGADO, Enfrentamento ao tráfico internacional de seres humanos.

2. Cada Estado Parte estabelecerá procedimentos adequados para que as vítimas de infrações previstas na presente Convenção possam obter reparação.
3. Cada Estado Parte, sem prejuízo do seu direito interno, assegurará que as opiniões e preocupações das vítimas sejam apresentadas e tomadas em consideração nas fases adequadas do processo penal instaurado contra os autores de infrações, por forma que não prejudique os direitos da defesa.

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças, consagra de forma mais pormenorizada:

II. Proteção das vítimas de tráfico de pessoas

Artigo 6.º

Assistência e proteção às vítimas de tráfico de pessoas

1. Nos casos em que se considere apropriado e na medida em que o permita o seu direito interno, cada Estado Parte deverá proteger a privacidade e a identidade das vítimas de tráfico de pessoas, nomeadamente estabelecendo a confidencialidade dos processos judiciais relativos a esse tráfico.
2. Cada Estado Parte deverá assegurar que o seu sistema jurídico ou administrativo contenha medidas que forneçam às vítimas de tráfico de pessoas, quando necessário:
 - a) Informação sobre os processos judiciais e administrativos aplicáveis;
 - b) Assistência para permitir que as suas opiniões e preocupações sejam apresentadas e tomadas em conta nas fases adequadas do processo penal instaurado contra os autores das infrações, sem prejuízo dos direitos de defesa.
3. Cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de aplicar medidas que permitam a recuperação física, psicológica e social das vítimas de tráfico de pessoas, nomeadamente, se for caso disso, em cooperação com organizações não-governamentais, outras organizações competentes e outros sectores da sociedade civil e, em especial, facultar:
 - a) Alojamento adequado;
 - b) Aconselhamento e informação, em particular, quanto aos direitos que a lei lhes reconhece, numa língua que compreendam;
 - c) Assistência médica, psicológica e material; e
 - d) Oportunidades de emprego, de educação e de formação.
4. Cada Estado Parte deverá ter em conta, ao aplicar as disposições do presente artigo, a idade, o sexo e as necessidades especiais das vítimas de tráfico de pessoas, em particular as necessidades especiais das crianças, nomeadamente o alojamento, a educação e os cuidados adequados.
5. Cada Estado Parte deverá esforçar-se por garantir a segurança física das vítimas de tráfico de pessoas enquanto estas se encontrarem no seu território.
6. Cada Estado Parte deverá assegurar que o seu sistema jurídico preveja medidas que ofereçam às vítimas de tráfico de pessoas a possibilidade de obterem indemnização pelos danos sofridos.

Artigo 7.º

Estatuto das vítimas de tráfico de pessoas nos Estados de acolhimento

1. Além de adotar as medidas previstas no artigo 6.º do presente Protocolo, cada Estado Parte deverá considerar a possibilidade de adotar medidas legislativas ou outras medidas adequadas que permitam às vítimas de tráfico de pessoas permanecerem no seu território, se for caso disso, temporária ou permanentemente.
2. Ao aplicar o disposto no n.º 1 do presente artigo, cada Estado Parte deverá ter devidamente em conta fatores humanitários e compassivos.

Artigo 8.º

Repatriamento das vítimas de tráfico de pessoas

1. O Estado Parte do qual a vítima de tráfico de pessoas é nacional ou no qual esta tinha direito de residência permanente no momento da sua entrada no território do Estado Parte de acolhimento, deverá facilitar e aceitar, tendo devidamente em conta a segurança dessa pessoa, o seu regresso sem demora indevida ou injustificada.
2. Quando um Estado Parte repatria uma vítima de tráfico de pessoas para um Estado Parte do qual essa pessoa é nacional ou no qual esta tinha direito de residência permanente, no momento da sua entrada no território do Estado Parte de acolhimento, deverá assegurar que esse repatriamento tenha devidamente em conta a segurança da pessoa, bem como o estado de qualquer processo judicial relacionado com o facto de ela ser uma vítima de tráfico, e que seja, de preferência, voluntário.
3. A pedido do Estado Parte de acolhimento, qualquer Estado Parte requerido deverá verificar, sem demora indevida ou injustificada, se uma vítima de tráfico de pessoas é sua nacional ou tinha direito de residência permanente no seu território no momento da sua entrada no território do Estado Parte de acolhimento.
4. De forma a facilitar o repatriamento de uma vítima de tráfico de pessoas que não possua os documentos devidos, o Estado Parte do qual essa pessoa é nacional ou no qual esta tinha direito de residência permanente no momento da sua entrada no território do Estado Parte de acolhimento, deverá aceitar emitir, a pedido do Estado Parte de acolhimento, os documentos de viagem ou qualquer outro tipo de autorização necessária que permitam à pessoa viajar e voltar a entrar no seu território.
5. O presente artigo não prejudica os direitos reconhecidos às vítimas de tráfico de pessoas por força de qualquer disposição do direito interno do Estado Parte de acolhimento.
6. O presente artigo não prejudica qualquer acordo bilateral ou multilateral aplicável que regule, no todo ou em parte, o repatriamento das vítimas de tráfico de pessoas.

A Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos estabelece:

Artigo 28.º

Proteção das vítimas, testemunhas e pessoas que colaborem com as autoridades judiciais

1. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas ou outras necessárias para garantir uma proteção efetiva e adequada face às possíveis represálias ou ações de intimidação, em particular durante ou após a conclusão de investigações e procedimentos criminais contra os autores de infrações, a favor:

- a) Das vítimas;
 - b) Se apropriado, das pessoas que prestem informação acerca da prática de infrações penais previstas no artigo 18.º da presente Convenção ou que colaborem, por qualquer outra forma, com as autoridades encarregadas de proceder às investigações e de instaurar procedimentos criminais;
 - c) Das testemunhas cujos depoimentos digam respeito a infrações criminais previstas no artigo 18.º da presente Convenção;
 - d) Se necessário, dos familiares das pessoas referidas nas alíneas a) e c).
2. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas ou outras necessárias para garantir e oferecer diversas formas de proteção. Tais medidas poderão incluir a proteção física, a atribuição de um novo local de residência, a alteração de identidade e a ajuda na obtenção de emprego.
3. As crianças beneficiarão de medidas de proteção especiais tendo em consideração o seu superior interesse.
4. Cada uma das Partes adotará as medidas legislativas ou outras necessárias para garantir, se necessário, uma proteção apropriada aos membros dos grupos, das fundações, das associações ou das organizações não governamentais que exerçam uma ou várias das atividades referidas no n.º 3 do artigo 27.º, face às possíveis represálias ou ações de intimidação, em particular durante ou após a conclusão de investigações e procedimentos criminais contra os autores de infrações.
5. Cada uma das Parte procurará concluir acordos ou convénios com outros Estados com o objetivo de implementar o disposto no presente artigo.

Por sua vez, as **Diretrizes e Princípios Recomendados sobre Direitos Humanos e Tráfico de Pessoas, apresentados ao Conselho Económico e Social das Nações Unidas em anexo a relatório da Alta Comissária para os Direitos Humanos (documento E/2002/68/Add.1).**

Sobre **Proteção e assistência:**

7. As pessoas vítimas de tráfico não deverão ser detidas, acusadas ou perseguidas judicialmente em virtude da sua entrada ou residência ilegal nos países de trânsito e de destino, ou do seu envolvimento em atividades ilegais, na medida em que tal envolvimento seja consequência direta da sua situação de vítimas de tráfico.
8. Os Estados deverão garantir a proteção das vítimas de tráfico contra novas explorações e malefícios e o seu acesso a cuidados físicos e psicológicos adequados. Essa proteção e esses cuidados não deverão ser condicionados pela capacidade ou disponibilidade da vítima para cooperar nos processos judiciais.
9. As vítimas de tráfico deverão beneficiar de assistência jurídica ou outra ao longo de todos os processos penais, civis ou de outra natureza instaurados contra os presumíveis traficantes. Os Estados deverão conceder proteção e autorizações de residência temporárias às vítimas e testemunhas no decorrer dos processos judiciais.
10. As crianças vítimas de tráfico serão identificadas como tal. O seu interesse superior terá a consideração primacial em todos os momentos. As crianças vítimas de tráfico beneficiarão de uma assistência e proteção adequadas. Serão plenamente tidas em conta as suas vulnerabilidades, direitos e necessidades especiais.

11. Tanto o Estado de acolhimento como o Estado de origem deverão garantir o regresso seguro (e, na medida do possível, voluntário) das pessoas vítimas de tráfico. Às vítimas de tráfico deverão ser oferecidas alternativas legais ao repatriamento caso seja razoável supor que este coloca graves riscos à sua segurança e/ou à segurança das suas famílias.

Entre nós consta:

Proteção às vítimas de crimes

Lei n.º 61/91, de 13 de agosto – garante proteção adequada às mulheres vítimas de violência.

Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro – aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos e de violência doméstica.

Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro – estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas.

Alterado por:

Lei n.º 19/2013, de 21 de fevereiro (altera os artigos 35.º e 36.º).

Regulado por:

Portaria n.º 220-A/2010, de 16 de abril – estabelece as condições de utilização inicial dos meios técnicos de teleassistência, previstos nos n.ºs 4 e 5 do artigo 20.º, e dos meios técnicos de controlo à distância previstos no artigo 35.º, ambos da Lei n.º 112/2009, de 16 de setembro, que estabelece o regime jurídico aplicável à prevenção da violência doméstica, à proteção e à assistência das suas vítimas.

Portaria n.º 229-A/2010, de 23 de abril – aprova os modelos de documentos comprovativos da atribuição do estatuto de vítima.

Decreto Regulamentar n.º 1/2006, de 25 de janeiro – regula as condições de organização, funcionamento e fiscalização das casas de abrigo.

Decreto-Lei n.º 201/2007, de 24 de maio – (...) isentando as vítimas de violência doméstica do pagamento de taxas moderadoras no acesso à prestação de cuidados de saúde.

Lei n.º 104/2009, de 14 de setembro – aprova o regime de concessão de indemnização às vítimas de crimes violentos.³⁹

Lei n.º 93/99, de 14 de julho – LEI DE PROTEÇÃO DE TESTEMUNHAS em processo penal, (com as alterações das Leis n.º- Lei n.º 42/2010, de 03/09, e Lei n.º 29/2008, de 04/07).

³⁹ Referido no *site* da DGPJ – Direcção-Geral de Política de Justiça.

Lei n.º 130/2015, de 04 de setembro, aprova o ESTATUTO DA VÍTIMA, transpondo a Diretiva 2012/29/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012, que estabelece normas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade e que substitui a Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001.

Bibliografia

Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008, que Aprova a Convenção do Conselho da Europa Relativa à Luta contra o Tráfico de Seres Humanos (Convenção de Varsóvia de 2005).

Revista do CEJ, 1.º semestre 2008, número 8 (especial) relativa às Jornadas sobre a revisão do Código Penal, designadamente os artigos de Paulo Sousa Mendes e de Pedro Maria Godinho Vaz Patto.

Revista 'Investigação Criminal, Ensaios e Estudos', n.º 1, da ASFIC, artigo de Anabela Filipe, pág. 109 e segs.

Euclides Dâmaso Simões, Tráfico de seres humanos: prevenção e repressão á luz do Protocolo adicional á Convenção de Palermo, Revista *Julgar on line*, 2009

Fabiana Greggi, A Delação Premiada no Combate ao Crime Organizado

ANA GLÓRIA LUCAS, Jornalista, Tráfico de seres humanos: A escravatura do século XXI

Além-Mar, julho de 2012 Tráfico de seres humanos: A escravatura do século XXI

Roberto Schultze, O CRIME ORGANIZADO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO: por uma análise do tratamento distinto da criminalidade organizada no plano processual

Hassemer, Winfried. Perspetiva de uma Moderna Política Criminal. Revista Brasileira de Ciência Criminal

Figueiredo Dias, Direito Processual Penal (Lições coligidas por Maria João Antunes) Secção de textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1088-9, § 71, p. 131

Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal

Módulo 7:

Análise de provas materiais e da cena do crime nas investigações de tráfico de pessoas

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

Nova Iorque, 2009

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10-01-2008, proc. n.º 07P4198, www.dgsi.pt

Cristina Líbano Monteiro, «*In Dubio Pro Reo*», Coimbra, 1997.

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 23 de julho de 1999, proc. n.º 650/98, 3ª Secção, SASTJ, n.º 32, p. 87

Maia Gonçalves, Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar, 17ª edição – 2009, p. 781

Maria Helena Fazenda, Da fiscalização, do controlo, da proteção à vítima. A Coordenação da investigação do crime de Tráfico de Pessoas

Acórdãos do STJ, de 4 de novembro de 1998, 21 de janeiro de 1999 e 18 de janeiro de 2001, respetivamente na “CJ, Acórdãos do STJ”, VI, Tomo 3, p. 201; “SAASTJ” n.º 27, p. 38; e n.º 47, p. 88.

Alline Gonçalves Gonzalez, Anna Paola Bonagura, Beatriz Antonietti Garcia, Leandro Lopes de Almeida, Luciana Lie Kuguimiya e Paulo M. de Aquino Lopes, O crime organizado

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 87/99, de 10 de fevereiro, proc. n.º 444/98, in DR II Série, de 1 de julho de 1999

Acórdão do STJ, de 27 de janeiro de 1999, proc. n.º 350/98, 3ª Secção, "SASTJ", n.º 27, p. 83

Acórdão do STJ, de 16 de junho de 2005, proc. n.º 553/05-5ª Secção, "SASTJ", n.º 92, p. 114

Acórdão do Tribunal Constitucional, n.º 440/99, de 8 de julho, proc. n.º 268/99, DR, II Série, de 9 de novembro de 1999

Acórdão do STJ de 25-01-2006, Proc. n.º 184/06, 3ª Secção

Acórdão do STJ, de 11 de julho de 2007

Acórdão do STJ, de 2 de abril de 2011

Código de Processo Penal, Anotado, 16ª edição, 2007, p. 741, nota 7

José António Henriques dos Santos Cabral, Prova indiciária e as novas formas de criminalidade

Euclides Dâmaso Simões, PROVA INDICIÁRIA (CONTRIBUTOS PARA O SEU ESTUDO E DESENVOLVIMENTO EM DEZ SUMÁRIOS E UM APELO PREMENTE), JULGAR - N.º 2 - 2007

Daniel de Resende Salgado, Enfrentamento ao tráfico internacional de seres humanos

Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças

Vídeo da apresentação



➔ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1ib0v4kzbb/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2.

**Processo Penal
Português - questões
de Prova**

António Pires
Henriques da Graça



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

2. PROCESSO PENAL PORTUGUÊS - QUESTÕES DE PROVA ¹

António Pires Henriques da Graça*

Vídeo da apresentação

O processo penal fundamenta-se e é conduzido de harmonia com as exigências legais da produção e exame de provas legalmente válidas, com vista à determinação da existência de infracção, identificação do seu agente e definição da sua responsabilidade criminal.

A actividade probatória consiste na produção, exame e ponderação dos elementos legalmente possíveis a habilitarem o julgador a formar a sua convicção sobre a existência ou não de concreta e determinada situação de facto.

«No trabalho de verificação dos enunciados factuais, a posição do investiga pode, de algum modo, assimilar-se à do historiador: tanto um como outro, irremediavelmente situados num qualquer presente, procuram reconstituir algo que se passou antes e que não é reproduzível». Donde que “não seja qualquer dúvida sobre os factos que autoriza sem mais uma solução favorável ao arguido», mas apenas a chamada dúvida razoável (*a doubt for which reasons can be given*). Pois que «nos actos humanos nunca se dá um a certeza contra a qual não militem alguns motivos de dúvida». «Pedir uma certeza absoluta para orientar a actuação seria, por conseguinte, o mesmo que exigir o impossível e, em termos práticos, paralisar as decisões morais». Enfim, «a dúvida que há-de levar o tribunal a decidir *pro reo* tem de ser uma dúvida positiva, uma dúvida racional que ilida a certeza contrária, ou, por outras palavras ainda, um a dúvida que impeça a convicção do tribunal» (Cristina Líban o Monteiro, «*In Dubio Pro Reo*», Coimbra, 1997).

No sistema processual penal, vigora a regra da livre apreciação da prova, conforme art.º 127.º do CPP, em que, salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo *as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente*.

O **art.º 127.º** indica-nos, assim, um **limite à discricionariedade do julgador**: *as regras da experiência comum e da lógica do homem médio* suposto pela ordem jurídica.

Por força do **art.º 205.º, n.º 1**, da Constituição da República: As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei.

Para tanto, aproveita-se a exigência dos códigos modernos, inspirados nos valores democráticos, no sentido de que as decisões judiciais, quer em matéria de facto, quer em matéria de direito, sejam fundamentadas.

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal”, no Auditório do Edifício-Sede da Polícia Judiciária (Lisboa), a 13 de março de 2015.

* Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça.

Desse modo, com tal exigência, consegue-se que as decisões judiciais se imponham não em razão da autoridade de quem as profere, mas antes pela razão que lhes subjaz. (Marques Ferreira, *Jornadas de Direito Processual Penal*, pág. 230)

Ao mesmo tempo, permite-se, através da fundamentação, a plena observância do princípio do duplo grau de jurisdição, podendo, desse modo, o tribunal superior verificar se, na sentença, se seguiu um processo lógico e racional de apreciação da prova, ou seja, se a decisão recorrida não se mostra ilógica, arbitrária ou notoriamente violadora das regras da experiência comum (Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal, III*, pág. 294), sem olvidar que, face aos princípios da oralidade e da imediação, é o tribunal de 1.ª instância aquele que está em condições melhores para fazer um adequado uso do princípio da livre apreciação da prova (Ac. do STJ de 17-05-2007, Proc. n.º 1608/07 - 5.ª Secção).

Determina o **art.º 347.º, n.º 2**, do Código de Processo Penal, sobre os requisitos da sentença, que: Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

O **dever constitucional de fundamentação** da sentença basta-se assim, com a exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos *motivos de facto e de direito* que fundamentam a decisão, bem como o *exame crítico das provas* que serviram para fundar a decisão, sendo que tal exame exige não só a indicação dos meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal, mas, também, os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do Tribunal se formasse em determinado sentido, ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência (Ac. do STJ de 14-06-2007, Proc. n.º 1387/07 - 5.ª Secção).

O **exame crítico das provas** imposto pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, tem como finalidade impor que o julgador esclareça "quais foram os elementos probatórios que, em maior ou menor grau, o elucidaram e porque o elucidaram, de forma a que se possibilite a compreensão de ter sido proferida uma dada decisão e não outra. (Ac. do S.T.J. de 01.03.00, BMJ 495, 209).

Não dizendo a lei em que consiste o exame crítico das provas, esse exame tem de ser aferido com critérios de razoabilidade, sendo fundamental que permita avaliar cabalmente o porquê da decisão e o processo lógico-formal que serviu de suporte ao respectivo conteúdo. (Ac. do STJ de 12 de Abril de 2000, proc. n.º 141/2000-3.ª; SASTJ, n.º 40. 48.).

Desde que a motivação explique o porquê da decisão e o processo lógico-formal que serviu de suporte ao respectivo conteúdo, inexistente falta ou insuficiência de fundamentação para a decisão.

Como se decidiu por ex., no Ac. do STJ, de 3-10-07, proc. 07PI779, 3.ª Secção, a fundamentação da sentença em matéria de facto consiste na indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal, que constitui a enunciação das

razões de ciência reveladas ou extraídas das provas administradas, a razão de determinada opção relevante por um ou outro dos meios de prova, os motivos da credibilidade dos depoimentos, o valor de documentos e exames, que o tribunal privilegiou na formação da convicção, em ordem a que os destinatários (e um homem médio suposto pelo ordenamento jurídico, exterior ao processo, com a experiência razoável da vida e das coisas) fiquem cientes da lógica do raciocínio seguido pelo tribunal e das razões da sua convicção.

A integração das noções de "exame crítico" e de "fundamentação" de facto envolve a implicação, ponderação e aplicação de critérios de natureza prudencial que permitam avaliar e decidir se as razões de uma decisão sobre os factos e o processo cognitivo de que se socorre são compatíveis com as regras da experiência da vida e das coisas, e com a razoabilidade das congruências dos factos e dos comportamentos.

Em processo penal não existe um verdadeiro ónus da prova em sentido formal; nele vigora o **princípio da aquisição da prova** ligado ao **princípio da investigação**, donde resulta que são boas as provas validamente trazidas ao processo, sem importar a sua origem, devendo o tribunal, em último caso, investigar e esclarecer os factos na procura da verdade material (v. já por ex. o acórdão do STJ, de 23 de Julho de 1999, proc. n.º 650/98, 3.ª secção, (in SASTJ, n.º 32, 87).

Perante as provas admissíveis, é dos princípios gerais da produção da prova que o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade; e à boa decisão da causa – v. art.º 340.º, n.º 1 do CPP- sem prejuízo do contraditório (v. n.º 2 do preceito).

Há três patamares de recolha de prova:

- A voluntariamente cedida à entidade investigatória, que respeitando à mera investigação policial cautelar e urgente, nos termos do art.º 249.º CPP, não é proibida;
- A resultante de conversas informais, havendo já inquérito instaurado, que é proibida, por constituir uma maneira indirecta ou capciosa de obtenção de prova através de confissão, prejudicando o eventual direito ao silêncio do arguido que nunca o pode desfavorecer;
- A validamente obtida de harmonia e nos termos do Código de Processo Penal, havendo inquérito instaurado, que é sempre permitida.

O artigo 127.º do CPP estabelece **três tipos de critérios para avaliação da prova**, com características e natureza completamente diferente: uma avaliação da prova inteiramente objectiva quando a lei assim o determinar (o caso dos documentos autênticos), outra, também objectiva, quando for imposta pelas regras da experiência, finalmente uma outra, eminentemente subjectiva, que resulta da livre convicção do julgador.

Porém não há que confundir o grau de discricionariedade implícito na formação do juízo e valoração do julgador com o mero arbítrio: a livre ou íntima convicção do juiz não poderá ser

nunca puramente subjectiva ou emotiva, e, por isso, há-de ser fundamentada, racionalmente objectivada e logicamente motivada, de forma a susceptibilizar controlo.

A livre apreciação da prova liberta do rígido sistema da prova tarifada, ou prova legal, realiza-se obedecendo a critérios lógicos e objectivos, determinando uma convicção racional e, por isso, objectivável e explicável. (v. v.g. acs do STJ de: 4 de Novembro de 1998, 21 de Janeiro de 1999 e 18 de Janeiro de 2001, respectivamente na CJ, Acs do STJ VI, tomo 3, 20 1; SAASTJ n.º 27, 38; e n.º 47, 88).

Costuma distinguir-se entre **prova directa** e **prova indiciária**, referindo-se aquela ao *thema probandum*, aos factos a provar, e respeitando a prova indirecta ou indiciária a factos diversos (instrumentais) do tema probatório, mas que possibilitam, pelo uso das regras da experiência, extrair ilações no domínio do *thema probandum*, de convicção racional e objectivável do julgador.

O **princípio da legalidade da prova** perfilhado pelo art.º 125.º do CPP considera "admissíveis as provas que não forem proibidas por lei."

O Código de Processo Penal não enumera taxativamente as **provas proibidas**, mas aponta limites à produção de provas e à sua valoração.

Assim, considera **métodos proibidos de prova** os indicados no art.º 126.º, considerando "nulas, não podendo ser utilizadas, as provas obtidas mediante tortura, coacção ou, em geral, ofensa da integridade física ou moral das pessoas", n.º 1, descrevendo as que são ofensivas da integridade física ou moral das pessoas, mesmo que com consentimento delas" (n.º 2) e, ressalvados os casos previstos na lei, são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas as provas obtidas nos termos do n.º 3 do mesmo preceito.

Acentua Costa Andrade (invocando Gossel, in *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, págs. 85 e ss.) que as **proibições de prova** são «barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo». Mais do que a modalidade do seu enunciado, o que define proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade. Normalmente formulada como proibição, a proibição de prova pode igualmente ser ditada através de um a imposição e, mesmo, de uma permissão.

Diferentemente, as **regras de produção da prova** – cf., v.g., o art.º 341.º do CPP – visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração. As regras de produção da prova configuram, na caracterização de Figueiredo Dias, «meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (...) mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor». Uma vez pré-ordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos.

Resumidamente, e dito com *Peters*, as regras de produção da prova são «ordenações do processo que devem possibilitar e assegurar a realização da prova. Elas visam dirigir o curso da obtenção da prova sem excluir a prova. As regras de produção da prova têm assim a tendência oposta à das proibições de prova. Do que aqui se trata não é de estabelecer limites à prova com o sucede com as proibições prova, mas apenas de disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo».

Quanto à **proibição de valoração de provas**, como resulta do **art.º 355.º**, do CPP, não valem em julgamento, nomeadamente para o efeito de formação da convicção do tribunal, quaisquer provas que não tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência, ressalvando-se apenas as provas contidas em actos processuais cuja leitura, visualização ou audição em audiência sejam permitidas.

Como se sabe, não são inconstitucionais os normativos do art.º 355.º, do CPP, interpretados no sentido de que os documentos juntos aos autos não são de leitura obrigatória na audiência de julgamento, considerando-se nesta produzidos e examinados, desde que se trate de caso em que a leitura não seja proibida. (Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 87/99, de 10 de Fevereiro, proc. n.º 444/98 in DR II série, de 1 de Julho de 1999.)

Por outro lado, como já salientava o Acórdão do STJ de 27 de Janeiro de 1999, proc. 350/98, 3.ª Secção, (*in* SASTJ, n.º 27, 83), a observância do disposto no art.º 355.º, n.º 1, do CPP, não exige a leitura em audiência dos documentos constantes dos autos, bastando a existência dos mesmos e a possibilidade de relativamente a eles poder exercer-se o contraditório.

O Tribunal Constitucional por seu acórdão n.º 137/2001 de 28 de Março, considerou que "é claramente lesivo do direito de defesa do arguido, consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, interpretar o artigo 127.º do Código de Processo Penal no sentido de que o princípio da livre apreciação da prova permite valorar, em julgamento, um acto de reconhecimento realizado sem a observância de nenhuma das regras previstas no artigo 147.º do mesmo diploma." Tendo assim, decidido "Julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, a norma constante do artigo 127.º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um **reconhecimento do arguido** realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147.º do Código de Processo Penal".

Quanto a **depoimentos indirectos**:

Como se sabe, a testemunha é inquirida sobre factos de que possua conhecimento directo e que constituam objecto da prova.– **art.º 128.º** do CPP.

Porém, conforme artigo 129.º do CPP:

1. Se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela

parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível, por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de serem encontradas.

2. O disposto no número anterior aplica-se ao caso em que o depoimento resultar da leitura de documento da autoria de pessoa diversa da testemunha.

3. Não pode em caso algum, servir com o meio de prova o depoimento de quem recusar ou não estiver em condições de indicar a pessoa ou a fonte através dos quais tomou conhecimento dos factos.

O Tribunal Constitucional já decidiu – Ac. n.º 440/99, de 8 de Julho, proc. n.º 268/99 DR, II série, de 9 de Novembro de 1999, que o artigo 129.º, n.º 1 (conjugado com o art.º 128.º, n.º 1, do CPP), interpretado no sentido de que o tribunal pode valorar livremente os depoimentos indirectos de testemunhas que relatem conversas tidas com um co-arguido que, chamado a depor, se recusa a fazê-lo no exercício do seu direito ao silêncio, não atinge, de forma intolerável, desproporcionada ou manifestamente opressiva, o direito de defesa do arguido. Por isso, não havendo um encurtamento inadmissível do direito de defesa do arguido, tal forma não é inconstitucional.

A **prova por ouvir dizer**, quando reportada a afirmações produzidas extraprocessualmente pelo arguido é passível de livre apreciação pelo tribunal quando o arguido se encontre presente em audiência e, por isso, com plena possibilidade de a contraditar, ou seja, de se defender.

Como referiu o STJ, Ac. de 25-01-2006, Proc. n.º 184/06, de acordo com o disposto no art. 129.º, n.º 1 do CPP, quando o depoimento indirecto resulta do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, dever-se-á considerar válido e, portanto, valorável, quando depõe perante o tribunal aquele a quem a testemunha ouviu dizer.

Não há prejuízo para o **direito de defesa do arguido** que, presente, poderá contraditar a informação, ou remeter-se ao silêncio, sem que este o possa desfavorecer.

Na verdade, do **art.º 343.º, n.º 1**, do CPP, resulta que o arguido "tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto, a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo."

O facto de o arguido nada dizer, significa que não podem extrair-se ilações sobre o seu silêncio.

Mas, não significa que, não possam valorar-se depoimentos, nas respectivas condições legais por não constituírem provas proibidas por lei, ficando sujeitas à valoração constante do artigo 355.º do CPP, e à livre apreciação nos termos do artigo 127.º do CPP, sendo que por outro lado, inclui-se nos poderes de cognição do tribunal, balizado pelos **princípios da necessidade**,

legalidade, adequação e obtenibilidade das provas, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. – art.º 340.º do CPP.

Como salienta Santos Cabral, *Código de Processo Penal Comentado*, 2014, Almedina:

"O depoimento indirecto refere-se a um meio de prova, e não aos factos objecto de prova, pois que o que está em causa não é o que a testemunha percepcionou, mas sim o que lhe foi transmitido por quem percepcionou os factos, Assim, o depoimento indirecto não incide sobre os factos que constituem objecto de prova, mas sim sobre algo diferente, ou seja, sobre um depoimento que se ouviu." [pág. 486]

"O depoimento indirecto será objecto de valoração quando a testemunha referenciada comparecer, existindo então, a necessidade de, com observância do princípio da livre apreciação da prova, conjugar e cotejar o depoimento indirecto e o depoimento directo, esclarecendo, e concluindo, sobre eventuais contradições ou convergências.

A mesma testemunha, referenciada no depoimento indirecto, pode não comparecer ou, comparecendo, recusar-se, de forma ilegal, a prestar depoimento. Em qualquer uma dessas hipóteses, assegurado que está o princípio de imediação com a valoração da credibilidade e fiabilidade dos depoimentos, ou do próprio comportamento pessoal processual da testemunha, os depoimentos directo, e indirecto, deverão ser livremente valorados." – pág. 487.

Relativamente a **depoimentos de agentes policiais**, o n.º 7, do **art.º 356.º**, do CPP, apenas proíbe que os órgãos de polícia criminal que tiverem recebido declarações cuja leitura não for permitida, bem como quaisquer pessoas que, a qualquer título, tiverem participado da sua recolha possam ser inquiridas como testemunhas sobre o conteúdo daquelas.

Concorda-se pois com Maia Gonçalves, (*Código de Processo Penal, Anotado*, 16.º edição, 2007, p. 741, nota 7), quando refere: "o n.º 7 proíbe apenas a reprodução daquelas declarações cuja leitura não é permitida, como aí claramente se expressa e resulta do pensamento legislativo. Consideramos assim, manifestamente errada a interpretação que por vezes se tem dado a esse dispositivo de que os órgãos de polícia criminal não podem ser testemunhas no processo".

Para garantir a eficácia e reforçar a consistência do conteúdo material do **princípio nemo tenetur**, a lei portuguesa impõe às autoridades judiciárias ou órgãos de polícia criminal, perante os quais o arguido é chamado a prestar declarações, o dever de esclarecimento ou advertência sobre os direitos decorrentes daquele princípio (cf., v.g., arts. 58.º, n.º 2, 61.º, n.º 1, al. g), 141.º, n.º 4 e 343.º, n.º 1, todos do CPP, normas cuja eficácia é, por seu turno, contrafactivamente assegurada através da drástica sanção da proibição da valoração – art. 58.º, n.º 3, do mesmo diploma – v. Ac. do STJ, de 04-01-2007, Proc. n.º 3111/06, 3ª Secção.

«Não há conversas informais, com validade probatória à margem do processo, sejam quais forem as formas que assumam, desde que não tenham assumido os procedimentos de recolha admitidos por lei e por ela sancionados... (as diligências são reduzidas a auto – art. 275.º, n.º 1, do CPP. Haveria fraude à lei se se permitisse o uso de conversas informais não documentadas e fora de qualquer controlo» (cf. Ac. do STJ de 11- 07-2001).

Qualquer arguido goza do direito ao silêncio e à assistência de defensor no acto do seu interrogatório, e sem que o silêncio o possa desfavorecer.

Relativamente ao alcance da proibição do testemunho de "ouvir dizer", pode considerar-se adquirido, por um lado, que os agentes policiais não estão impedidos de depor sobre factos por eles detectados e constatados durante a investigação e, por outro lado, que são irrelevantes as provas extraídas de "**conversas informais**" mantidas entre esses mesmos agentes e os arguidos, ou seja, declarações obtidas à margem das formalidades e das garantias que a lei processual impõe.

Pretenderá, assim, a lei impedir, com a proibição destas "conversas", que se frustre o direito do arguido ao silêncio, silêncio esse que seria "colmatado" ilegitimamente através da "confissão por ouvir dizer" relatada pelas testemunhas.

Pressuposto desse **direito ao silêncio** é, no entanto, a existência de um inquérito e a condição de arguido: a partir de então, as suas declarações só podem ser recolhidas e valoradas nos estritos termos indicados na lei, sendo irrelevantes todas as conversas ou quaisquer outras provas recolhidas informalmente.

De forma diferente se passam as coisas quando se está no plano da recolha de indícios de uma infracção de que a autoridade policial acaba de ter notícia: compete-lhe praticar "os actos necessários e urgentes para assegurar os meios de prova", entre os quais, "colher informações das pessoas que facilitem a descoberta dos agentes do crime" (art.º 249.º do CPP).

Esta é uma fase de pura **recolha informal de indícios**, que não é dirigida contra ninguém em concreto; as informações que então forem recolhidas pelas autoridades policiais são necessariamente informais, dada a inexistência de inquérito. Ainda que provenham de eventual suspeito, essas informações não são declarações em sentido processual, precisamente porque não há ainda processo.

Completamente diferente é o que se passa com as ditas "conversas informais" ocorridas já durante o inquérito, quando já há arguido constituído, e se pretende "suprir" o seu silêncio, mantido em auto de declarações, por depoimentos de agentes policiais testemunhando a "confissão" informal ou qualquer outro tipo de declaração prestada pelo arguido à margem dos formalismos impostos pela lei processual para os actos a realizar no inquérito.

O que o **art.º 129.º** do CPP proíbe são estes testemunhos que visam suprir o silêncio do arguido, não os depoimentos de agentes de autoridade que relatam o conteúdo de diligências de investigação, nomeadamente a prática das providências cautelares a que se refere o art.º

249.º do CPP. (v. Ac. do STJ de 15-02-2007, Proc. n.º 4593/06 - 5.ª Secção e Santos Cabral, [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 2014, Almedina, p. 493).

Na verdade, se qualquer suspeito, de sua livre vontade e iniciativa, fornece dicas ou informações relevantes para a investigação policial, à autoridade que investiga e que utiliza tais informações na investigação, não se pode dizer que a prova da investigação assenta em conversas informais, mas sim nas diligências e actuações da entidade policial que devem decorrer de harmonia com o princípio da legalidade das provas quer no conteúdo quer na forma, não ficando por isso, inibida a autoridade investigatória de explicar os termos da sua investigação e das bases em que assentou.

Os **depoimentos dos agentes policiais** constituíam meio de prova proibido se na sua investigação policial se fundassem em declarações dos arguidos, obtidas, de forma fraudulenta, sob coacção, ou com meios enganosos, violando o direito deles, à sua livre autodeterminação no exercício do direito de expressão e colaboração, ou, se se substituíssem às exigências legais ou proibições processuais de produção de prova, desprezando-as ou aniquilando-as.

O **art.º 356.º**, n.º 7 do CPP, pretende abarcar a *credibilidade e validade da prova*, delimitada em actos processuais mas já não exclui a **colaboração voluntária e livre** de *motu próprio*, de quem quer que seja, no apuramento dos factos em sede de investigação meramente policial.

Se um dos fins do processo penal é a busca da *verdade material* obtida, não a tudo o custo, mas de forma legalmente vá lida através de prova não proibida e de meios de prova válidos na sua obtenção, não há contudo, nem podia haver, uma proibição de colaboração ou de ajuda (mesmo que provenha dos arguidos, voluntariamente), a quem incumbe o dever de investigar matéria criminal; a busca da justiça interessa a todos - a justiça é para toda a gente; a vontade de ajudar de forma livre e espontânea, na procura da verdade com vista à justiça, ainda que não integre um dever de colaboração é um a manifestação sã de cidadania.

Nas provas admissíveis são incluídas as **presunções judiciais** (ou seja, «as ilações que o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido»: art.º 349.º do CC).

Daí que a circunstância de a presunção judicial não constituir «prova directa» não contraria o princípio da livre apreciação da prova, que permite ao julgador apreciar a «prova» (qualquer que ela seja, desde que não proibida por lei) segundo as regras da experiência e a livre convicção do tribunal (art.º 127.º do CPP). Não está, por isso, vedado às instâncias, ante factos conhecidos, a extracção – por presunção judicial – de ilações capazes de «firmar um facto desconhecido».

Quanto ao princípio *in dubio pro reo*,

A violação do princípio *in dubio pro reo*, que dizendo respeito à matéria de facto é um princípio fundamental em matéria de apreciação e valoração da prova, só pode ser sindicado pelo STJ dentro dos seus limites de cognição, devendo, por isso, resultar do texto da decisão recorrida em termos análogos aos dos vícios do art.º 410.º, n.º 2, do CPP, e só se verifica quando

seguinte o processo decisório evidenciado através da motivação da convicção se chegar à conclusão de que o tribunal, tendo ficado num estado de dúvida, decidiu contra o arguido, ou quando a conclusão retirada pelo tribunal em matéria de prova se materialize numa decisão contra o arguido que não seja suportada de forma suficiente, de modo a não deixar dúvidas irremovíveis quanto ao seu sentido, pela prova em que assenta a convicção.

Como se sintetiza no Ac. do STJ de 28-06-2007, Proc. n.º 1409/07 - 5.ª Secção: «Na aplicação da regra processual da "livre apreciação da prova"(art.º 127.º do CPP), não haverá que lançar mão, limitando-a, do princípio *in dubio pro reo* exigido pela constitucional presunção de inocência do acusado, se a prova produzida [ainda que «indirecta»] não conduzir, depois de avaliada segundo as regras da experiência e a liberdade de apreciação da prova, "à subsistência no espírito do tribunal de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência do facto" (cf. Cristina Líbano Monteiro, *In Dubio Pro Reo*, Coimbra, 1997).

Parafraseando o Ac. do STJ de 10-01-2008, proc. n.º 07P41198, www.dgsi.pt.

Não haverá, na aplicação da regra processual da «livre apreciação da prova» (art.º 127.º do CPP), que lançar mão, limitando-a, do princípio *in dubio pro reo* exigido pela constitucional presunção de inocência do acusado, se a prova produzida, depois de avaliada segundo as regras da experiência e a liberdade de apreciação da prova, não conduzir «à subsistência no espírito do tribunal de uma dúvida positiva e invencível sobre a existência ou inexistência do facto». O *in dubio pro reo*, com efeito, «parte da dúvida, supõe a dúvida e destina-se a permitir uma decisão judicial que veja ameaçada a concretização por carência de uma firme certeza do julgador» (Cristina Líbano Monteiro, «*In Dubio Pro Reo*», Coimbra 1997). Até porque «a prova, mais do que uma demonstração racional, é um esforço de razoabilidade» (idem, pág. 17): «O juiz lança-se à procura do «realmente acontecido» conhecendo, por um lado, os limites que o próprio objecto impõe à sua tentativa de o «agarrar (idem, pág. 13)». E, por isso, é que, «nos casos em que as regras da experiência, a razoabilidade e a liberdade de apreciação da prova convencerem da verdade da acusação, não há lugar à intervenção da «contraface (de que a «face» é a «livre convicção») da intenção de imprimir à prova a marca da razoabilidade ou da racionalidade objectiva» que é o *in dubio pro reo* (cuja pertinência «partiria da dúvida, suporia a dúvida e se destinaria a permitir uma decisão judicial que visse ameaçada a sua concretização por carência de uma firme certeza do julgador» (idem).

Para efeitos de sindicância da alegada violação do **princípio *in dubio pro reo***, não há que comparar a decisão do tribunal *a quo* com a decisão do tribunal *ad quem*.

Há apenas que conhecer e julgar a decisão recorrida, e decisão recorrida é aquela que é remetida para apreciação e decisão ao tribunal de recurso.

Em termos de decisão que julga o recurso, não há uma relação de conhecimento de todas as decisões, mas apenas da última decisão, já que é dela que se recorre.

Inexistindo *dúvida razoável* na formulação do juízo factual que conduziu à condenação do arguido, fica afastado o princípio *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, nomeadamente quando tal juízo factual não teve por fundamento uma imposição de inversão

da prova, ou ónus da prova a cargo do arguido, mas resultou do exame e discussão livre das provas produzidas e examinadas em audiência, como impõe o artigo 355.º, n.º 1, do CPP, subordinadas ao princípio do contraditório, conforme art.º 355.º, n.º 1, da Constituição da República.

Discordância na valoração da prova

Em recurso para o STJ, se a discordância for apenas quanto à forma como o tribunal valorou a prova e decidiu a matéria de facto, traduzida em impugnação de matéria de facto apurada, constitui matéria especificamente questionada, que se integra em objecto de recurso em matéria de facto, e que o recorrente somente pode exercer em recurso interposto para a Relação, e por isso não pode repristinar, ainda que em crítica ao acórdão recorrido – o da Relação – por extravasar os poderes de cognição do Supremo Tribunal de Justiça, que sem prejuízo do disposto nos n.ºs 2 e 3 do art.º 410.º efectua exclusivamente o reexame da matéria de direito – art.º 434.º) do CPP.

Sobre os vícios contemplados nas alíneas do n.º 2 do art.º 410º do CPP

Embora o n.º 1 do art.º 410.º do CPP, refira: "Sempre que a lei não restringir a cognição do tribunal ou os respectivos poderes, o recurso pode ter como fundamento quaisquer questões de que pudesse conhecer a decisão recorrida", vem sendo entendido pelo Supremo Tribunal de Justiça, que os vícios constantes do artigo 410.º, n.º 2, do CPP, apenas podem ser conhecidos oficiosamente e não quando suscitados pelos recorrentes.

Trata-se, na realidade, de vícios ao nível da matéria de facto, que tornam impossível uma decisão jurídico-factualmente correcta e, por isso, configuram vícios da própria decisão e não do julgamento, mas não se trata de vícios de lógica jurídica.

A lógica jurídica é matéria de consonância de argumentação juridicamente relevante, que não apuramento de matéria de facto.

E certo que dispõe o n.º 2 do artigo 410.º.

Mesmo nos casos em que a lei restrinja a cognição do tribunal de recurso a matéria de direito, o recurso pode ter como fundamentos, desde que o vício resulte do texto da decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum:

- a) A insuficiência para a decisão da matéria de facto provada,
- b) A contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão;
- c) Erro notório na apreciação da prova.

É certo também que o art.º 434.º do CPP determina que o recurso interposto para o Supremo Tribunal de Justiça exclusivamente o reexame da matéria de direito, sem prejuízo do disposto no artigo 410.º, n.ºs 2 e 3 – art.º 434.º do CPP.

Mas, isto significa que sendo o Supremo Tribunal de Justiça um tribunal de revista, só conhece dos vícios aludidos no artigo 410.º, n.º 2, de forma oficiosa, por sua própria iniciativa, quando tais vícios se perfilarem, que não a requerimento dos sujeitos processuais.

Mesmo nos recursos das decisões finais do tribunal colectivo, o Supremo só conhece dos vícios do art.º 410.º, n.º 2, do CPP, por sua própria iniciativa, e nunca a pedido do recorrente, que, para o efeito, sempre terá de se dirigir à Relação.

Esta é a solução que está em sintonia com a filosofia do processo penal emergente da reforma de 1998 que, significativamente, alterou a redacção da al. d) do citado art.º 432.º; fazendo-lhe acrescer a expressão antes inexistente "visando exclusivamente o reexame da matéria de direito", filosofia que, bem vistas as coisas, visa limitar o acesso ao Supremo Tribunal, sob pena do sistema vigente comprometer irremediavelmente a dignidade deste como tribunal de revista que é (v. Acórdão deste Supremo Tribunal de 09-11-2006 Proc. n.º 4056/06 – 5.ª Secção).

Com tal inovação, o legislador claramente pretendeu dar acolhimento a óbvias razões de operacionalidade judiciária, nomeadamente, restabelecendo mais equidade na distribuição de serviço entre os tribunais superiores e garantir o desejável duplo grau de jurisdição em matéria de facto.

Esta posição nada tem de contraditório, já que a invocação expressa dos vícios da matéria de facto, se bem que algumas das vezes possa implicar alguma intromissão nos domínios do conhecimento de direito, leva sempre ancorada a pretensão de reavaliação da matéria de facto, que a Relação tem, em princípio, condições de conhecer e colmatar, se for caso disso, sendo claros os benefícios em sede de economia e celeridade processuais que, em casos tais, se conseguem, se o recurso para ali for logo encaminhado.

Como se decidiu por ex. no Acórdão de 8-11-2006, do Supremo Tribunal I, Proc. n.º 3102/06 – 3ª Secção: Os vícios elencados no art.º 410.º, n.º 2, do CPP, pertinem à matéria de facto. São anomalias decisórias ao nível da confecção da sentença, circunscritos à matéria de facto, apreensíveis pelo seu simples texto, sem recurso a quaisquer outros elementos a ela estranhos, impeditivos de bem se decidir tanto ao nível da matéria de facto como de direito. Também o apelo ao princípio *in dubio pro reo* respeita à matéria de facto.

Se o agente intenta ver reapreciada a matéria de facto, esta e a de direito, recorre para a Relação; se pretende ver reapreciada exclusivamente a matéria de direito recorre para o STJ, no condicionalismo restritivo vertido nos art.ºs 432.º e 434.º do CPP, pois que este tribunal, salvo nas circunstâncias exceptuadas na lei, não repondera a matéria de facto.

É ao tribunal da relação a quem cabe, em última instância, reexaminar e decidir a matéria de facto – arts. 427.º e 428.º do CPP.

A reforma do Código de Processo Penal operada quer pela Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, quer pela Lei n.º 28/2010, de 30 de Agosto, não alterou esse entendimento.

O **artigo 32.º da Constituição da República Portuguesa** não confere a obrigatoriedade de um terceiro grau de jurisdição, assegura sim, o direito ao recurso nos termos processuais admitidos pela lei ordinária.

Inexiste uma terceira instância do facto ou duplo grau de recurso em matéria de facto, pelo que a valoração de prova s legalmente permitidas não integra a função do Supremo Tribunal.

Ao Supremo, como tribunal de revista, e, na inexistência de vícios constantes do art.º 410.º, n.º 2, do CPP apenas incumbe sindicar eventuais nulidades, se a convicção do tribunal do julgamento se fundamentou em meios de prova, e provas, proibidos por lei, atentos do princípio da legalidade das provas e os métodos proibidos de prova – art.ºs 125.º e 126.º do CPP – já que quanto ao aspecto substancial ou modo de valoração de provas e ao modo de exercício do direito de defesa são questões fácticas, do âmbito do recurso em matéria de facto, estranhas à competência do Supremo Tribunal, que reexamina exclusivamente a questão de direito, sem prejuízo do disposto nos artigo 410.º, n.º 2 e 3, do CPP – v. art.º 434.º deste diploma.

A impugnação da matéria de facto perante o Tribunal da Relação

A impugnação da decisão em matéria de facto - factos provados e não provados e respectiva motivação da convicção do Tribunal, é feita através do recurso em matéria de facto nos termos do art.º 412.º, n.ºs 3 e 4, do CPP.

De harmonia com o n.º 3 do art.º 412.º, do CPP:

Quando impugne a decisão proferida sobre matéria de facto, o recorrente deve especificar:

- a) Os concretos pontos de facto que considera incorrectamente julgados;
- b) As concretas provas que impõem decisão diversa da recorrida;
- c) As provas que devem ser renovadas.

E, segundo o n.º 4 do mesmo preceito: Quando as provas tenham sido gravadas, as especificações previstas nas alíneas b) e c) d) número anterior fazem-se por referência ao consignado na acta, nos termos no disposto no n.º 2 do art.º 364.º, devendo o recorrente indicar concretamente as passagens em que se funda a impugnação.

O duplo grau de jurisdição em matéria de facto não visa a repetição do julgamento na 2.ª instância, mas dirige-se somente ao exame dos erros de procedimento ou de julgamento que lhe tenham sido referidos em recurso e às provas que impõem decisão diversa e não indiscriminadamente a todas as provas produzidas em audiência.

Os recursos são remédios jurídicos que se destinam a despistar e corrigir erros *in judicando* ou *in procedendo*, reexaminando decisões proferidas por jurisdição inferior.

Ao tribunal superior pede-se que aprecie a decisão à luz dos dados que o juiz recorrido possuía.

Aplicada aos tribunais de recurso, contudo, a norma do **art.º 374.º, n.º 2**, do CPP, não tem porém, aplicação em toda a sua extensão, pois que, nomeadamente não faz sentido a aplicação da parte final de tal preceito (exame crítico das provas que serviram para formar a livre convicção do tribunal) quando referida a acórdão confirmatório proferido pelo Tribunal da Relação ou quando referida a acórdão do STJ funcionando como tribunal de revista.

Se a Relação, reexaminando a matéria de facto, mantém a decisão da primeira instância, é suficiente que do respectivo acórdão passe a constar esse reexame e a conclusão de que, analisada a prova respectiva, não se descortinaram razões para exercer censura sobre o decidido (v. Ac. do STJ de 13 de Novembro de 2002, SASTJ, n.º 65, 60).

Sempre que a convicção seja uma convicção possível e explicável pelas regras da experiência comum, perante as provas produzidas que motivaram essa convicção, deve acolher-se a opção do julgador da 1.ª instância, em caso de concordância pelo Tribunal da Relação, até porque o mesmo beneficiou da oralidade e imediação da recolha da prova, e traduz a dimensão soberana da independência judicial na administração da justiça.

Na verdade, como se elucida no Ac. do STJ, de 14-06-2007, Proc. n.º 1387/07 – 5.ª Secção, se a Relação sindicou todo o processo, fundamentou a decisão sobre a improcedência do recurso em matéria de facto nas provas examinadas no processo, acolhendo, justificando-o na parte respectiva, a fundamentação do acórdão do tribunal colectivo que se apresenta como detalhada, então as instâncias cumpriram suficientemente o encargo de fundamentar, sendo que a alegada discordância quanto aos factos apurados não permite afirmar que não foi (ou não foi suficientemente) efectuado o exame crítico pelas instâncias.

Na verdade, ao apreciar-se o processo de formação da convicção do julgador, não pode ignorar-se que a apreciação da prova obedece ao disposto no art.º 127.º do CPP, ou seja, assenta (fora das excepções relativas a prova legal), na livre convicção do julgador e nas regras da experiência. Por outro lado, também não pode esquecer-se o que a imediação em 1.ª instância dá e o julgamento da Relação não permite. Basta pensar naquilo que, em matéria de valorização de testemunhos pessoais, deriva de reacções do próprio ou de outros, de hesitações, pausas, gestos, expressões faciais, enfim, das particularidades de todo um evento que é impossível reproduzir.

Mas, sem prejuízo de que, a Relação, ao julgar o recurso em matéria de facto, e atenta a existência de um **efectivo recurso** em matéria de facto, pode em sua convicção devidamente fundamentada, não perfilhar o entendimento da 1.ª instância, no âmbito dos seus poderes de cognição da matéria de facto, perante as mesmas provas produzidas e examinadas em 1.ª instância, sendo que como supra se aludiu, a Relação conhece de facto e de direito.

Em síntese e, parafraseando o Acórdão do STJ de 03-04-2008, Proc. n.º 28 11/06 - 5.ª Secção:

No recurso de matéria de facto, haverá que ter por objectivo o passo que se deu, da prova produzida aos factos dados por assentes, e/ou o passo que se deu, destes à decisão. O recorrente poderá insurgir-se contra o modo como teve lugar um ou ambos os momentos deste trânsito, desde logo, impugnando a matéria de facto devido ao confronto entre a prova que se fez e o que se considerou provado, lançando mão do disposto no n.º 3 do art.º 412.º do CPP, e podendo mesmo ser pedida a renovação de prova, ou, então, invocando um dos vícios do n.º 2 do art.º 410.º do CPP. Neste caso, o vício há-de resultar da própria decisão recorrida, por si só ou conjugada com as regras da experiência comum, e tanto pode incidir sobre a relação entre a prova efectivamente produzida e o que se considerou provado (al. c) do n.º 2 do art.º 410.º, como sobre a relação entre o que se considerou provado e o que se decidiu (al. a) e b) do n.º 2 do art.º 410.º).

Em qualquer das hipóteses, haverá que ter em conta que, uma coisa é considerar objecto do recurso ordinário a **questão** sobre que incidiu a decisão recorrida e, outra, ter por objecto do recurso essa **decisão** ela mesma. No primeiro caso, haverá que decidir de novo a questão que foi levada a julgamento, podendo inclusive atender-se a factos novos e produzir prova nunca antes produzida. No segundo caso, haverá que apreciar da bondade da decisão recorrida só a partir dos dados de que o(s) julgador(es) recorrido(s) dispôs(useram). Acresce que a avaliação da decisão é a resposta, enquanto remédio jurídico, para incorrecções e ilegalidades concretamente assinaladas. Não um novo julgamento global de todo o objecto do processo.

É certo que o mesmo **art.º 379.º** determina que é nula a sentença quando o tribunal deixe de pronunciar -se sobre queres que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento (n.º 1, al. c).

As questões impostas à apreciação do julgador são as suscitadas pelos sujeitos processuais, ou as de conhecimento oficioso, juridicamente relevantes, no âmbito dos poderes de cognição do tribunal de recurso.

Mas a discordância do recorrente no modo de valoração das provas, e no juízo resultante dessa mesma valoração, não traduz omissão de pronúncia nem ilegalidade de procedimento ao não coincidir com a perspectiva do recorrente sobre o modo e consequência da valoração dessas mesmas provas, efectuada pelo tribunal competente para apreciá-las, pelo que não integra qualquer nulidade, desde que o tribunal se orienta na valoração das provas legalmente permitidas, de harmonia com os critérios legais.

Nos poderes de cognição de tribunal de revista apenas a sindicância sobre eventual admissibilidade de prova proibida e privação de efectivo exercício do direito de defesa, geradoras de nulidade poderão ser equacionadas, já que quanto ao aspecto substancial ou modo de valoração de provas e ao modo de exercício do direito de defesa são questões fácticas, do âmbito do recurso em matéria de facto, estranhas à competência do Supremo Tribunal que reexamina exclusivamente a questão de direito, sem prejuízo do disposto nos artigos 410.º, n.º 2 e 3, do CPP – v. art.º 434.º deste diploma.

O caso do concurso de crimes:

A segunda parte do n.º 1 do art.º 77.º do CP determina que "na medida da pena são considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente".

O concurso de crimes tanto pode decorrer de factos praticados na mesma ocasião, como de factos perpetrados em momentos distintos, temporalmente próximos ou distantes. Por outro lado, o concurso tanto pode ser constituído pela repetição do mesmo crime, como pelo cometimento de crimes de mais diversa natureza. Por outro lado ainda, o concurso tanto pode ser formado por um número reduzido de crimes, como pode englobar inúmeros crimes.

Não tendo o legislador nacional optado pelo sistema de acumulação material (soma das penas com mera limitação do limite máximo) nem pelo da exasperação ou agravamento da pena mais grave (elevação da pena mais grave, através da avaliação conjunta da pessoa do agente e dos singulares factos puníveis, elevação que não pode atingir a soma das penas singulares nem o limite absoluto legalmente fixado), é forçoso concluir que com a fixação da pena conjunta se pretende sancionar o agente, não só pelos factos individualmente considerados, mas também e especialmente pelo respectivo conjunto, não como mero somatório de factos criminosos, mas enquanto revelador da dimensão e gravidade global do comportamento delituoso do agente, visto que a lei manda se considere e pondere, **em conjunto** (e não unitariamente), os factos e a personalidade do agente: como doutamente diz Figueiredo Dias (*Direito Penal Português – As Consequências Jurídicas do Crime*, págs. 290-292), como se o conjunto dos factos fornecesse a gravidade do ilícito global perpetrado.

Importante na determinação concreta da pena conjunta será, pois, a averiguação sobre se ocorre ou não ligação ou conexão entre os factos em concurso, a existência ou não de qualquer relação entre uns e outros, bem como a indagação da natureza ou tipo de relação entre os factos, sem esquecer o número, a natureza e gravidade dos crimes praticados e das penas aplicadas, tudo ponderando em conjunto com a personalidade do agente referenciada aos factos, tendo em vista a obtenção de uma visão unitária do conjunto dos factos, que permita aferir se o ilícito global é ou não produto de tendência criminosa do agente, bem como fixar a medida concreta da pena dentro da moldura penal do concurso. Ac. deste Supremo e desta Secção de 06-02-2008, *in Proc. n.º 4454/07*.

Será, assim, o conjunto dos factos que fornece a gravidade do ilícito global perpetrado, sendo decisiva para a sua avaliação a conexão e o tipo de conexão que entre os factos concorrentes

se verifique. Na avaliação da personalidade – unitária – do agente relevará, sobretudo, a questão de saber se o conjunto dos factos é reconduzível a uma tendência (ou eventualmente mesmo a uma «carreira») criminosa, ou tão-só a uma pluriocasionalidade que não radica na personalidade: só no primeiro caso, não já no segundo, será cabido atribuir à pluralidade de crimes um efeito agravante dentro da moldura penal conjunta. De grande relevo será também a análise do efeito previsível da pena sobre o comportamento futuro do agente (exigências de prevenção especial de socialização) – Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, Acs. de 11-10-2006 e de 15-11-2006 da 3.ª Secção do Supremo, in Proc. n.º 1795/06, e Proc. n.º 3268/04.

Tal concepção da pena conjunta obriga a que do teor da sentença conste uma especial fundamentação, em função de um tal critério, da medida da pena do concurso, só assim se evitando que a medida da pena do concurso surja como fruto de um acto intuitivo – da «arte» do juiz – ou puramente mecânico e portanto arbitrário», embora se aceite que o dever de fundamentação não assume aqui nem o rigor nem a extensão pressupostos pelo art.º 71.º.

Só assim se evita que a medida da pena do concurso surja consequente de um acto intuitivo, da apregoada e, ultrapassada, arte de julgar, puramente mecânico e, por isso arbitrário.

Note-se que o artigo 71.º, n.º 3, do Código Penal determina que na sentença são expressamente referidos os fundamentos da medida da pena.

Embora não seja exigível o rigor e a extensão nos termos do n.º 2 do mesmo art.º 71.º, nem por isso tal dever de fundamentação deixa de ser obrigatório, quer do ponto de vista legal, quer do ponto de vista material, e, sem prejuízo de que os factores enumerados no citado n.º 2 podem servir de orientação na determinação da medida da pena do concurso (Figueiredo Dias, *Direito Penal Português, As Consequências Jurídicas do Crime*, Aequitas, Editorial Notícias, 1993, p. 291).

Não é necessário nem útil que a decisão que efectue o cúmulo de penas constante de condenações já transitadas em julgado, enumere os factos provados que integraram a decisão onde foram aplicadas as penas parcelares, mas já é necessário que a decisão que efectue o cúmulo, descreva ou resuma todos os factos pertinentes de forma a habilitar os destinatários da decisão e o tribunal superior, a conhecer a realidade concreta dos crimes anteriormente cometidos, bem como os factos anteriormente provados que demonstrem qual a personalidade, modo de vida e inserção social do agente, com vista a poder compreender-se o processo lógico, o raciocínio da ponderação conjunta dos factos e personalidade do mesmo que conduziu o tribunal à fixação da pena única (v. Ac. do Supremo Tribunal de Justiça de 27 de Março de 2003, in proc. n.º 4408/02, da 5.ª secção).

A determinação da pena do cúmulo, exige pois um exame crítico de ponderação conjunta sobre a interligação entre os factos e a personalidade do condenado, de molde a poder valorar-se o ilícito global perpetrado, nos termos expostos.

Aliás, salienta Maia Gonçalves (Código Penal Português Anotado e Comenta, 18.ª ed., pág. 295, nota 5), "na fixação da pena correspondente ao concurso entra como factor a personalidade do agente, a qual deve ser objecto de especial fundamentação na sentença.

Ela é mesmo o aglutinador da pena aplicável aos vários crimes e tem, por força das coisas, carácter unitário".

Qualquer decisão cumulatória que descreva factos conotados com o modo de inserção familiar do agente, e, que na motivação remeta para a fundamentação das certidões juntas aos autos e no relatório social junto aos autos, não descreve a síntese dos factos integrantes dos crimes: não os reproduz nem os sintetiza, nem os equaciona em breve resumo, sendo certo que nos termos do art.º 472.º, n.º 1, do CPP, o tribunal ordena, "oficiosamente ou a requerimento, as diligências que se lhe afigurem necessárias para a decisão".

A decisão de cúmulo que apenas se refira à identificação das decisões condenatórias havidas, indicando os crimes e respectivas datas de ocorrência bem como as penas aplicadas, é legalmente insuficiente, atento o disposto nos art.ºs 77.º, n.º 1, do CP e 374.º, n.º 2, do CPP.

Quanto à personalidade do arguido é necessário que se encontrem descritos factos, ainda que em síntese, que definam as características da sua personalidade, nomeadamente ao tempo da prática dos mesmos, que possibilitem o conhecimento da motivação da sua actuação delituosa.

A decisão de cúmulo tem de efectuar uma ponderação em conjunto, *interligada*, quer da *apreciação dos factos*, nos termos *necessários*, de forma a poder avaliar-se **globalmente** da *gravidade* destes e da *(in)existência de conexão* entre eles, quer da *personalidade neles manifestada*, de forma a poder concluir-se sobre a sua motivação subjacente (se oriunda de tendência para delinquir ou de pluriocasionalidade não fundamentada na personalidade).

A ausência de factos concretizados de forma sucinta e sintética, para essa demonstração traduz falta de fundamentação e, impossibilita pois, a valoração do ilícito global perpetrado, na ponderação conjunta dos factos e personalidade do arguido.

A decisão que efectua o cúmulo jurídico de penas não se pode reconduzir à invocação de fórmulas genéricas ou conclusivas sem apoio factual de significação concreta.

Tem, antes, de demonstrar a relação de proporcionalidade que existe entre a pena conjunta a aplicar e a avaliação conjunta dos factos e da personalidade.

Por outro lado, essa decisão deve efectuar o correlato com as exigências de prevenção especial, ou seja, sobre os efeitos previsíveis da pena sobre o comportamento futuro do condenado, poer serem exigências de socialização que estão em causa.

Afastada a possibilidade de aplicação de um critério abstracto, que se reconduz a um mero enunciar matemático de premissas, impende sobre o juiz um especial ónus de determinar e

justificar quais os factores relevantes de cada operação de formação de pena conjunta, quer no que respeita à **culpa** em relação ao conjunto dos factos, quer no que respeita à **prevenção**, quer, ainda, no que concerne à **personalidade** e **factos** considerados no seu significado conjunto.

Um dos critérios fundamentais em sede deste sentido de culpa, numa perspectiva global dos factos, é o da determinação da *intensidade da ofensa e dimensão do bem jurídico ofendido*, sendo certo que assume significado profundamente diferente a *violação repetida de bens jurídicos* ligados à dimensão pessoal e em relação a bens patrimoniais. Por outro lado, importa determinar *os motivos e objectivos do agente* no denominador comum dos actos ilícitos praticados e, eventualmente, dos *estados de dependência*, bem como a *tendência para a actividade criminosa* expressa pelo número de infracções, pela sua permanência no tempo, pela dependência de vida em relação àquela actividade.

Na avaliação da personalidade expressa nos factos é todo um processo de socialização e de inserção, ou de repúdio pelas normas de identificação social e de vivência em comunidade, que deve ser ponderado (v. Ac. do STJ, 3ª Secção, de 09-01-2008, *in* Proc. n.º 3177/07)

Se omitir esta avaliação o tribunal omite pronúncia sobre questão que tinha de apreciar e decidir, o que determina a nulidade da respectiva decisão (art.º 379.º do CPP – Ac. do Supremo Tribunal de 22-11-2006, Proc. n.º 3126/96 – 3.ª Secção).

Na verdade, a omissão de pronúncia significa, na essência, ausência de posição ou de decisão do tribunal em caso ou sobre matérias em que a lei imponha que o juiz tome posição expressa sobre questões que lhe sejam submetidas: as questões que o juiz deve apreciar são todas aquelas que os sujeitos processuais interessados submetam à apreciação do tribunal (art.º 660.º, n.º 2, do CPC), e as que sejam de conhecimento oficioso, isto é, de que o tribunal deva conhecer independentemente de alegação e do conteúdo concreto da questão controvertida, quer digam respeito à relação material, quer à relação processual.

E, em bom rigor, viola o disposto no art.º 32, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa, pois que este normativo contempla as garantias de processo criminal, que na óptica de um processo justo, "assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso", e a fundamentação aduzida na decisão recorrida, não habilita o condenado a poder defender-se cabalmente da decisão que o afecta na discussão da pena aplicada, por a mesma decisão não dar a conhecer as necessárias razões de facto e de direito, que justificaram, em exame crítico de ponderação conjunta dos factos e personalidade do agente, a conclusão pela pena concretamente aplicada.

Jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão n.º 1/2015, in DR 18 SÉRIE I de 2015-01-27

«A falta de descrição, na acusação, dos elementos subjectivos do crime, nomeadamente dos que se traduzem no conhecimento, representação ou previsão de todas as circunstâncias da factualidade típica, na livre determinação do agente e na vontade de praticar o facto com o sentido do correspondente desvalor, não pode ser integrada, em julgamento, por recurso ao mecanismo previsto no art. 358.º do Código de Processo Penal.»

Acórdão n.º 11/2013, in DR 138 SÉRIE I de 2013-07-19

«A alteração, em audiência de discussão e julgamento, da qualificação jurídica dos factos constantes da acusação, ou da pronúncia, não pode ocorrer sem que haja produção de prova, de harmonia com o disposto no art.º 358º n.ºs 1 e 3 do CPP».

Acórdão n.º 3/2012, in DR 77 SÉRIE I de 2012-04-18

Visando o recurso a impugnação da decisão sobre a matéria de facto, com reapreciação da prova gravada, basta, para efeitos do disposto no artigo 412.º, n.º 3, alínea b), do CPP, a referência às concretas passagens/excertos das declarações que, no entendimento do recorrente, imponham decisão diversa da assumida, desde que transcritas, na ausência de consignação na acta do início e termo das declarações.

Acórdão n.º 7/2008, in DR 146 SÉRIE I de 2008-07-30

«Em processo por crime de condução perigosa de veículo ou por crime de condução de veículo em estado de embriaguez ou sob a influência de estupefacentes ou substâncias psicotrópicas, não constando da acusação ou da pronúncia a indicação, entre as disposições legais aplicáveis, do n.º 1 do artigo 69.º do Código Penal, não pode ser aplicada a pena acessória de proibição de conduzir ali prevista, sem que ao arguido seja comunicada, nos termos dos n.ºs 1 e 3 do artigo 358.º do Código de Processo Penal, a alteração da qualificação jurídica dos factos daí resultante, sob pena de a sentença incorrer na nulidade prevista na alínea b) do n.º 1 do artigo 379.º deste último diploma legal.»

Acórdão n.º 111/2008, in DR 239 SÉRIE I de 2008-12-11

«Nos termos do artigo 328.º, n.º 6, do Código de Processo Penal, o adiamento da audiência de julgamento por prazo superior a 30 dias implica a perda de eficácia da prova produzida com sujeição ao princípio da imediação. Tal perda de eficácia ocorre independentemente da existência de documentação a que alude o artigo 363.º do mesmo diploma.

Vídeo da apresentação



→ https://educast.fccn.pt/vod/clips/4f6hzuxge/link_box

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

3.

As declarações do arguido e o depoimento das testemunhas

João Gouveia de Caires



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

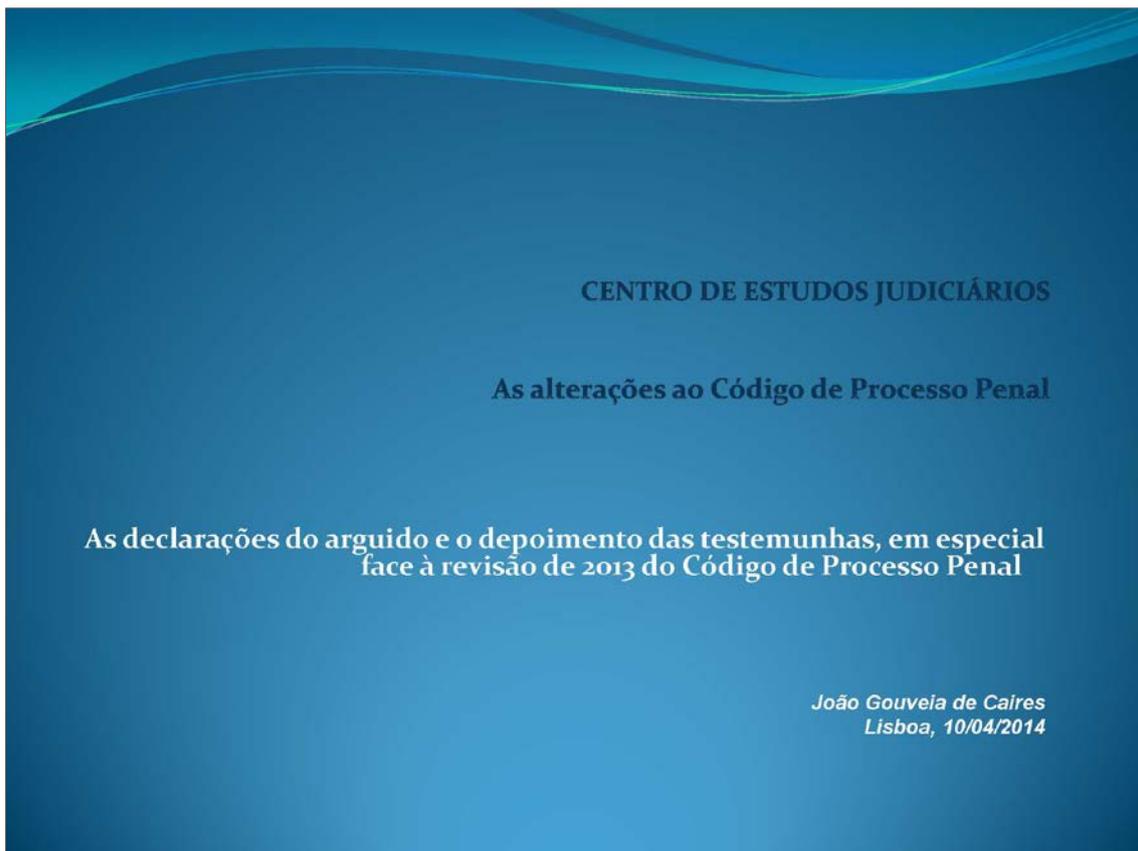
3. AS DECLARAÇÕES DO ARGUIDO E O DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS, EM ESPECIAL FACE À REVISÃO DE 2013 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL¹

João Gouveia de Caires*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point*



¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “As alterações ao Código de Processo Penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), a 10 de abril de 2014.

* Mestre em Direito, Assistente na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

Sumário

- **Introdução**
- **1.- As declarações do arguido**
 - 1.1 Breve análise do regime
 - 1.2 Valor probatório
 - 1.3 O caso especial das declarações de co-arguidos
 - 1.4 Consequências
 - 1.5 O “clamor” pela alteração de 2013
 - 1.5.1 O caso típico
 - 1.5.2 A revisão do CPP de 2013
 - 1.5.3 Consequências
 - 1.5.4 A admissibilidade
- **2.- O depoimento testemunhal**
 - 2.1 Meio de prova oral: especial destaque de alguns aspectos do seu regime
 - 2.2 A alteração de 2013
 - 2.3 Consequências

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

2

1.- As declarações do arguido

- **1.1 Breve análise do seu regime**
 - Direito à prova?
 - Direitos do arguido e seu estatuto: art. 61.º do CPP
 - Exercício do direito de defesa
 - Consequências em termos de dinâmica processual
 - Primeiro interrogatório judicial e não judicial de arguido detido – art. 141.º/4 e 143.º/2 do CPP
 - Determinação da medida de coacção – art. 194.º
 - Interrogatório (obrigatório) até ao final do inquérito – art. 272.º/1 do CPP
 - No julgamento:
 - Procedimento: identificação – art. 342.º do CPP
 - Declarações do arguido – art. 343.º do CPP
 - Regime especial da confissão integral e sem reservas – art. 344.º do CPP

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

3

1.- As declarações do arguido

- **1.2 Valor probatório**
 - Prova por declarações do arguido
 - Especialidade da confissão integral e sem reservas – art. 344.º do CPP
- **1.3 O caso especial das declarações de co-arguidos**
- **1.4 Consequências**
 - Direito do arguido *participar* no processo: prestando declarações – *exercício do direito de defesa*
 - *Prerrogativa contra a auto-incriminação* e o direito ao silêncio impõem à total voluntariedade das declarações do arguido
 - Sujeição à *livre apreciação*

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

4

1.- As declarações do arguido

- **1.5 O “clamor” pela alteração de 2013**
 - **1.5.1 O caso típico**
 - *Arguido confesso. Acusação subsequente. No julgamento o arguido remete-se ao silêncio. Na falta de outros meios de prova, o arguido é absolvido. O que correu mal?*
 - **1.5.2 A revisão do CPP de 2013**
 - As alterações ao nível do primeiro interrogatório de arguido detido, assistência por defensor e leitura ou reprodução das declarações do arguido prestadas anteriormente

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

5

1.- As declarações do arguido

- **1.5 O “clamor” pela alteração de 2013**
 - **1.5.3 Consequências**
 - Só as declarações que respeitem os *requisitos cumulativos* são admissíveis - devendo ser efectivamente reproduzidas ou lidas, com total respeito pelo Contraditório
 - Obtidas no *mesmo processo*
 - Livrementemente apreciáveis – provas “(ir)repetíveis”
 - Dever *especial* de fundamentação da livre convicção: *v.g.*, na ausência de registo áudio ou audiovisual ou na falta de contraditório – inadmissibilidade

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

6

1.- As declarações do arguido

- **1.5.4 A admissibilidade**
 - A inconstitucionalidade do novo regime?
 - A) A estrutura acusatória
 - B) Congruência sistemática: princípios do contraditório, igualdade de armas, oralidade, imediação e livre convicção
 - C) Garantias de defesa e prerrogativa contra a auto-incriminação

A eventual eficácia?

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

7

2.- O depoimento testemunhal

• 2.1 Meio de prova oral: especial destaque de alguns aspectos do seu regime

- Dever de colaboração
- Dever de responder com verdade
- Direito de assistência por advogado
- Direito de recusar-se a responder legitimamente
- Imediação e oralidade, salvo declarações para memória futura
- Valor probatório

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

8

2.- O depoimento testemunhal

• 2.2 A alteração de 2013

- Alteração do art. 356.º 3 do CPP: alargamento face às declarações prestadas perante o MP (competência exclusiva e não delegável)
- Prova não aquisitiva
- Problema: *quid juris* se tais declarações tiverem sido prestadas perante o MP na fase de inquérito sem qualquer participação da defesa (preterição do contraditório) ou registo áudio ou audiovisual (preterição da imediação)?
 - Manifesta inconstitucionalidade no caso de preterição do P. do Contraditório – art. 32.º n.º 5 da CRP

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

9

2.- O depoimento testemunhal

- **2.2 A alteração de 2013**
 - Alteração do art. 356.º/4 do CPP: extensão da situação de “impossibilidade duradoira”?
 - A expressão designadamente é manifestamente errónea: trata-se de um *novo caso*
 - Carece de interpretação *restritiva*: deve esgotar-se *exaustivamente* todas as diligências para a comparência da testemunha em sede de julgamento (não bastará a mera consulta de bases de dados)

2.- O depoimento testemunhal

- **2.2 A alteração de 2013**
 - Manutenção do 356.º n.º 5 do CPP: necessidade de acordo entre arguido, assistente e MP para a sua leitura/reprodução de declarações prestadas perante MP ou OPC
 - Problemas decorrentes da alteração do depoimento: testemunha no inquérito presta declarações no sentido de ilibar o arguido e no julgamento em sentido inverso. *Quid juris?*
 - Consequências extra-processuais: extracção de certidão
 - Consequência intra-processual: livre apreciação e *in dubio pro reo*

2.- O depoimento testemunhal

• 2.3 Consequências

- Leitura/reprodução é *obrigatória* e não mera remissão: exigência de contraditório;
- Dever *especial* de fundamentação quanto menor for a imediação
- Preterição do Contraditório invalida a valoração: inconstitucionalidade
- Alteração do depoimento inicial convoca especiais cuidados na livre apreciação da prova: *in dubio pro reo...*

- Dúvidas, comentários ou sugestões:

joaogouveiadecaires@hotmail.com

João Gouveia de Caires - Lisboa - 10/04/2014

12

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/2p68jvyxpb/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4.

A fixação dos factos na decisão penal

António João Latas



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

4. A FIXAÇÃO DOS FACTOS NA DECISÃO PENAL¹

António João Latas*

Apresentação *Power Point*
Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point*

Fixação dos factos na sentença penal

António João Latas

CEJ-LISBOA 19.02.2016

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Temas de direito penal e processual penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), nos dias 5, 12, 19 e 26 de fevereiro de 2016.

* Juiz Desembargador do Tribunal da Relação de Évora.

Caso 1 Nulidade por falta de enumeração de factos – síntese

- 1. O arguido foi condenado como autor de um crime de falsificação de documento p. e p. pelo 256º, nº 1, alínea c), e nº3, do Código Penal, por ter preenchido , com o seu próprio punho, o impresso de um cheque (...), apondo nele, no local destinado à assinatura do sacador, uma assinatura como sendo a do respetivo titular da conta”;
- Declarou em audiência **não ter sido ele mas outra pessoa**, não identificada, **que o acompanhava, quem assinou o cheque.**
- O tribunal de recurso julgou verificada a nulidade de falta de enumeração de factos alegados pela defesa, por não constar como **não provado**, da enumeração dos factos, *que tivesse sido outra pessoa a assinar o cheque*, mas apenas que foi o arguido quem o assinou tal como constava da acusação.

Síntese (cont)

Tribunal *ad quem* – fundamentação do acórdão

“**Da própria decisão recorrida resulta** que a discussão em audiência de julgamento não se restringiu à versão da acusação e à sua simples negação, **tendo o arguido oralmente alegado um conjunto de factos** com relevância para a decisão a proferir que são aflorados na motivação da convicção para rejeitar credibilidade à versão do arguido, **mas não se encontram no elenco descritivo dos factos como não provados**, como impõe o disposto no artigo 374º, nº 2 em conjugação com o artigo 368º, nº 2 do Código de Processo Penal.

- “A referência a tais factos na motivação não pode considerar-se como suficiente porque justamente a motivação da convicção se destina a justificar porque decidiu o tribunal no sentido em que decidiu, o que pressupõe a fixação e descrição prévia dos factos que foram objeto de decisão.
- Nos termos do artigo 122º do Código de Processo Penal a sanção da apontada nulidade importa a prolação de novo acórdão pelo tribunal coletivo.

Síntese (cont)

Tribunal a quo – apreciação crítica da prova

- O tribunal *a quo*, ao explicar as razões pelas quais julgou provada a factualidade típica relativa à *autoria* da assinatura, referiu-se às declarações (versão) do arguido nestes termos:
 - *O arguido ...afirmou que o cheque lhe foi entregue por um indivíduo, que identificou como F... , dizendo que este se intitulava administrador da sociedade « H... », tendo sido este quem assinou o cheque, assim o entregando ao arguido, que o preencheu;*
 - Deste depoimento ressalta que as questões a resolver, numa primeira fase, residiam na autoria das assinaturas dos cheques
 - Quanto à autoria da assinatura aposta no cheque, do exame pericial nada se pode inferir, por não ser conclusivo.
 - Por outro lado, apesar da tentativa empreendida pelo Tribunal Coletivo , não foi possível notificar o identificado F... , desconhecendo-se mesmo se tal pessoa efetivamente existe. Para esclarecimento da questão restava assim a prova testemunhal.
 - A testemunha G... afirmou que o arguido surgiu com uma outra pessoa, que permaneceu num *Fiat Punto*, verificando que vinham em conjunto porque ...
 - Se é certo que este elemento suscita a possibilidade de a versão do arguido corresponder à realidade, verifica-se, porém, que, segundo a testemunha, em momento algum, o arguido foi falar com a pessoa que se manteve no *Fiat Punto*, tendo sido o arguido a retirar o cheque de uma pasta, a preenchê-lo e a assiná-lo.
 - *Também D... , funcionário no posto de abastecimento de combustíveis ...*
 - *Há uma contradição direta entre os depoimentos das indicadas testemunhas e as declarações prestadas pelo arguido e, apesar do interesse direto deste na decisão da causa, não há razão para, em qualquer caso, retirar credibilidade ao arguido, conferindo-a às testemunhas.*
 - *Porém, no caso vertente, há razões suficientes para que o Tribunal Coletivo julgue provada a versão das testemunhas, em detrimento da versão do arguido.*
 - Na verdade, a contradição estende-se
 - Certo é que a versão do arguido, nesse ponto, revela-se despida de sentido quando analisada à luz das regras da experiência e juízos de normalidade

Falta de enumeração de factos – caso2

- Nas suas conclusões de recurso, o arguido refere que *foi a falta de insuflação do pneu que originou o despiste do veículo conduzido pelo arguido*, tal como alegara na audiência de julgamento,

Caso 2 – cont.

- Não se encontrava elencado autonomamente como facto **não provado** na sentença recorrida que *foi a falta de insuflação do pneu que originou o despiste do veículo conduzido pelo arguido*

Caso 2 - Tribunal a quo - apreciação crítica da prova

- Na apreciação crítica da prova, o tribunal *a quo* conclui expressamente que *não ocorreu o rebentamento de qualquer pneumático do veículo conduzido pelo arguido, deixando expresso a fls 747 que após o acidente a roda traseira esquerda do veículo conduzido pelo arguido estava completamente cheia de ar, afirmando então não se mostrar provado que o arguido tenha sentido falta de aderência da roda traseira esquerda por falta de insuflação do respetivo pneumático*

Caso 2 - Nulidade de sentença – decisão do tribunal *ad quem*

- O tribunal de recurso considerou não se verificar nulidade de sentença por resultar da apreciação crítica da prova que o tribunal *a quo* julgou não provado ter ocorrido o esvaziamento do pneu traseiro esquerdo do veículo conduzido pelo arguido, apesar de não autonomizar tal facto elencando-o como não provado na sentença recorrida,

Caso 2 - Tribunal *ad quem* . Fundamentação jurídica

- O dever de enumeração dos factos provados e não provados mostra-se cumprido, porque noutra parte da fundamentação da sentença – apreciação crítica da prova- faz-se menção de ***que o tribunal a quo julgou não provado o facto em causa, de forma tal que transmite a certeza de que aquele facto foi sujeito a julgamento e a decisão efetivos por parte do tribunal recorrido.***

Factos negatórios e *in dubio* – Ac Viação

- Constava da acusação, por homicídio negligente, que:
 - No momento em que foi colhido pelo veículo automóvel conduzido pelo arguido, o falecido encontrava-se, na berma que ladeava a hemi-faixa de rodagem existente na Estrada Nacional x em que circulava o veículo do arguido.

Alegação do arguido (condutor)

- “ O falecido, que circulava apeado, com uma bicicleta pela mão, sem qualquer colete reflector e com roupa escura, no mesmo sentido de trânsito, havia-se colocado repentinamente dentro da hemi-faixa de rodagem onde o arguido circulava, provindo da berma ali existente.”

Alegação do arguido (cont)

- Não obstante ter visionado segundos antes do embate o ofendido António Valente Frazão, que se havia colocado repentinamente dentro da hemifaixa onde o arguido circulava, e de ter tentado guinar à esquerda o seu veículo para evitar o embate, o arguido não foi capaz de evitar o atropelamento do mencionado ofendido, colhendo o mesmo com a parte frontal direita do seu veículo dentro da hemifaixa onde circulava.

Caso 3 - Ac viação – julgamento do tribunal *a quo*

- *Julgou não provado que o falecido se encontrasse na berma, tal como constava na acusação, invocando **dúvida razoável e insuperável.***
- *Julgou provado que o falecido se encontrava na hemi-faixa por onde circulava o arguido, quando foi atingido pelo automóvel conduzido por este, por considerar que **tal lhe era imposto pelo princípio *in dubio pro reo****

Caso 3 - Julgamento do tribunal a quo (cont)

*Julgou provado que o falecido se encontrava na hemi-faixa por onde circulava o arguido, quando foi atingido pelo automóvel conduzido por este, por considerar que se impunha-se “.... **ter por certa, em função do princípio in dubio pro reo, a versão apresentada pelo arguido de que se terá confrontado subitamente com o ofendido na sua frente, dentro da hemi-faixa de rodagem,...**”*

- “

Caso 3 - Julgamento do tribunal a quo (cont)

- Com base nos factos provados o arguido foi absolvido do crime e a seguradora foi absolvida do pedido cível, por ser imputável a vítima a culpa (exclusiva) pelo embate de que resultou a sua morte

Caso 3 - Julgamento do tribunal de recurso

- Considerou haver erro notório na apreciação da prova - 410º nº 2 c) CPP
- Manteve absolvição do arguido e condenou, em substituição, a seguradora no pedido cível

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2la4awhly6/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5.

A fundamentação da decisão penal

José Mouraz Lopes



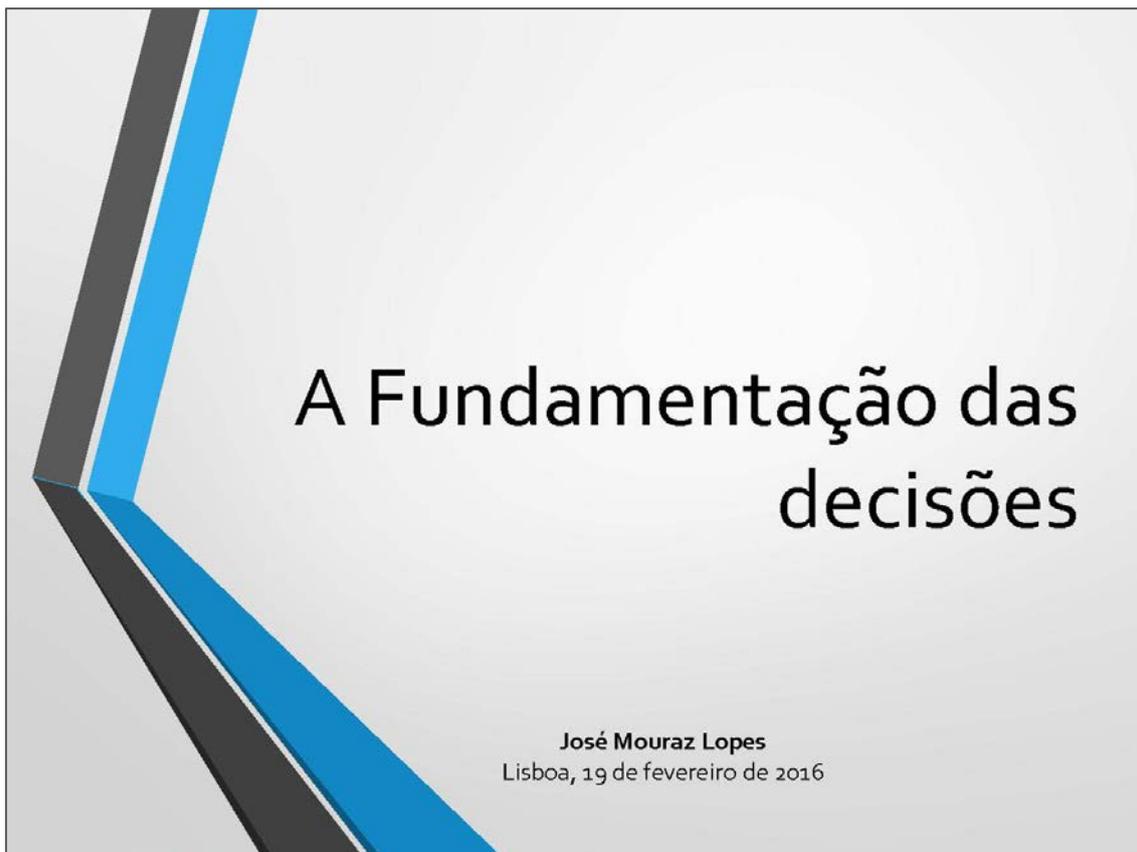
C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

5. A FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO PENAL¹

José Mouraz Lopes*

Apresentação *Power Point*
Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point*



¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Temas de direito penal e processual penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), nos dias 5, 12, 19 e 26 de fevereiro de 2016.

* Juiz Conselheiro do Tribunal de Contas.

Resumo

- A importância da fundamentação das decisões, como dever de dar razões.
- A relevância do conceito «estrutural» no modo de fundamentar as decisões: a concisão.
- Fundamentação por remissão, voto de vencido e decisões interlocutórias

Cinco exigências de matriz constitucional

- Generalidade:
 - Todas as decisões judiciais são fundamentadas
- Indisponibilidade:
 - Não pode abdicar-se da fundamentação (nem o legislador, nem os titulares dos interesses afectados pela decisão)
- Completude:
 - Tudo é decidido tem que ser justificado
- Publicidade:
 - A disponibilidade pública da fundamentação
- Duplo grau de jurisdição:
 - O que se conhece no recurso é o que está fundamentado

Finalidades da fundamentação e princípios constitucionais

- Finalidades endoprocessuais.
 - Garantia de impugnação e heterocontrolo.
 - Garantia de defesa
 - Mecanismo de autocontrolo
- Finalidades extraprocessuais.
 - Legitimação.
 - Transparência.
 - Prestação de contas e responsabilização

Interligação entre contexto da decisão e da fundamentação

- Contexto de decisão.
 - Racionalidade comunicativa, intersubjectiva, contraditória e pública para atingir o consenso (verdade).
- Contexto de fundamentação.
 - Reflectir o que se passou no contexto de decisão

Racionalidade na fundamentação

- O vínculo decisão/fundamentação e a garantia de controlo
- Suficiência
- Coerência
- Razoabilidade

- Um modelo de economia argumentativa
 - o que deve ser dito para explicação do juízo decisório deve sê-lo de forma sintética;
 - não utilizar mais argumentos do que os necessários;

Ideia-chave: Concisão

Fundamentação por remissão

- Elaboração da justificação de uma determinada decisão através do reenvio para a justificação de um ato ou decisão distinto (TEDH. Ac Taxquet contra Belgica de 13.01.2009)
- Requisitos:
 - Identidade de questões a fundamentar entre as duas decisões;
 - Antecedência cronológica da decisão a integrar
 - Não identidade de sujeito processual, desde que respeitado o contraditório (v. Ac.TC n.ºs 189/99 e 396/2003, 391/2015 e 684/2015: a opção de remeter [na decisão] para o conteúdo de anterior promoção do Ministério Público requerendo a aplicação da medida de prisão preventiva não atenta, sem mais, contra o princípio da reserva de juiz)
 - Inadmissibilidade de reenvios formais e gerais.
- Perigos:
 - Esvaziamento da função do juiz no recurso (não pode deixar de se fazer um exame critico pelo tribunal de recurso)
 - Utilização de reenvios sem qualquer conexão («trapaça retórica»)
 - Utilização de plúrimos e sucessivos reenvios (fundamentações «matrioskas»: uma sentença remete a fundamentação para outra sentença a qual reenvia para uma terceira e assim sucessivamente)

Voto de vencido

- Decisões colegiais
- Regra da maioria
- Segredo de deliberação (367º do CPP)
- Exteriorização da decisão
 - *Dissenting opinion*
 - Declaração que discorda da solução que fez vencimento
 - *Concurring opinion*
 - Declaração que concorda com a decisão e discorda da fundamentação

Voto de vencido 2

- Liberdade de expressão e independência do juiz *versus* força vinculativa da decisão e segredo de deliberação
- Proibição de voto de vencido dos jurados (372º n.º 1 CPP)
- Declaração de voto insere-se na sentença («*declara com precisão os motivos do seu voto*» 372º n.º 2 CPP)

Fundamentação das decisões interlocutórias

- Artigo 97º n.º 5 do CPP: «Os atos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão».
- Grau de fundamentação diferenciado, em função da razão de ser da decisão [Ac. TC 391/2015; «*geometria variável*»]
 - O grau de «restrição de direitos» que comporta como «medida» da fundamentação [Ac. TC 391/2015: «*estando em causa a aplicação de uma medida que restringe severamente o direito à liberdade, as exigências de explicitação da fundamentação são maiores*»]
- Atos de forma livre (excepção: despacho de pronúncia, 308º n.º 2 CPP)
- Riscos: descaracterizar o juiz de instrução convertendo-o numa espécie de funcionário certificador do Ministério Público

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2ijwjmmkc3/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6.

Prova indiciária

Alberto Ruço



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

6. PROVA INDICIÁRIA¹

Alberto Ruço*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

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

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

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

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

Apresentação *Power Point*



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

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação do Porto.

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

Tipos de factos

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

21 de Março 2014

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

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

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

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

Os factos não surgem do nada

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



Resultaram de um fundo ou contexto factual onde foram gerados.

21 de Março 2014

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

Com efeito, o mundo não é caótico.

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

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

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

O mundo não é caótico

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

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

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

21 de Março 2014

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

As acções humanas não geram o caos

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

21 de Março 2014

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

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

Passado – Presente – Futuro

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

21 de Março 2014

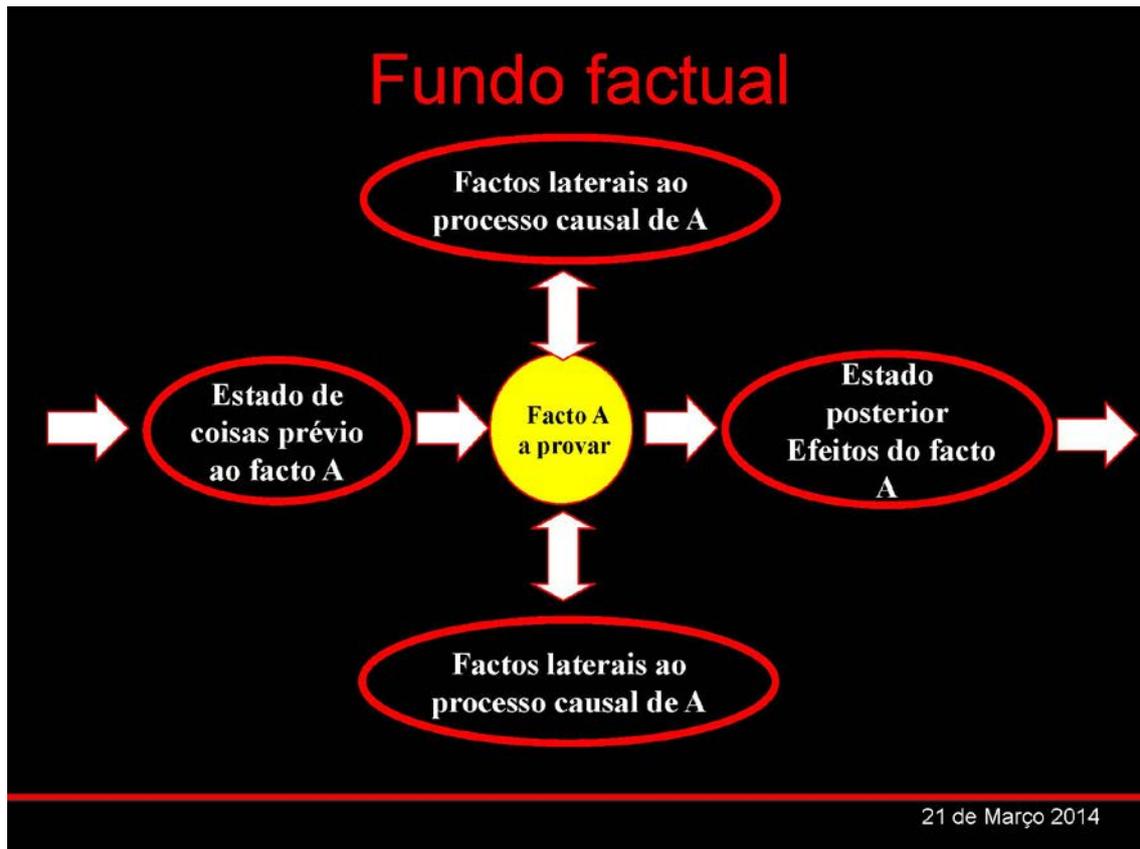
Reflexibilidade.

Reflexibilidade dos factos

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

21 de Março 2014

Esquema gráfico simples do fundo factual onde surgem os factos.



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

Todo o facto, se existiu, é explicável

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



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

21 de Março 2014

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

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

Vejamos em que consiste a explicação dos factos.

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

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

Explicação e Convicção

Na prova indiciária a convicção passa
pela explicação dos factos.



A explicação gera a convicção.

21 de Março 2014

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

Premissa 1 – Leis (regras da experiência)

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

Premissa 2 – Condições iniciais singulares (factos históricos)

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

Conclusão

O fio partiu.

Explicação causal – Nomológico-dedutiva

Premissa 1 – Leis (regras da experiência)

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

Premissa 2 – Condições iniciais singulares (factos históricos)

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

Conclusão → O fio partiu.

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

21 de Março 2014

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

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

Premissa 1 – Leis (regras da experiência)

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

Premissa 2 – Condições iniciais singulares (factos históricos)

Crença – José conhece a lei acabada de enunciar.

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

Conclusão

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

Explicação (teleológica) da acção

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

Premissa 1

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

Premissa 2

Crença - José conhece a lei acabada de enunciar.

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

Conclusão

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

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

21 de Março 2014

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

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

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

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

Simetria entre a explicação e a previsão

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

21 de Março 2014

Esquema gráfico da simetria entre a previsão e a explicação.



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

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

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

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

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

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

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

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

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

As provas indiciárias são factos

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

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

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

21 de Março 2014

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

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

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

Vejamos mais um exemplo conhecido de todos.

Raciocínio indiciário

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

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

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

21 de Março 2014

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

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

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

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

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

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

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

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

Valor do raciocínio

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

21 de Março 2014

Facto indiciário

Queda para cave

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

21 de Março 2014

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

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

Factos indiciários

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

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

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

21 de Março 2014

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

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

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

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

Conceito de indício

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

21 de Março 2014

Sintomas de verdade

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

21 de Março 2014

I. Queda para a cave

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

II. Abuso sexual

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Vídeo da apresentação



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

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7.

**Atos de fala de
testemunhas e
arguidos anteriores
ao julgamento**

Paulo Dá Mesquita



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

7. ATOS DE FALA DE TESTEMUNHAS E ARGUIDOS ANTERIORES AO JULGAMENTO¹

Paulo Dá Mesquita*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point***ATOS DE FALA DE
TESTEMUNHAS E
ARGUIDOS ANTERIORES
AO JULGAMENTO****PAULO DÁ MESQUITA**

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

1

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Direito probatório, substantivo e processual penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), no dia 25 de novembro 2016.

* Procurador-Geral Adjunto, Vogal do Conselho Consultivo da Procuradoria-Geral da República.

RAZÃO DE ORDEM

Objeto abrangente:

Ato de fala



Problema: Introdução de prova no julgamento

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

2

ELEMENTOS CONJUGAR

Evento / Facto / Caso concreto



Norma(s) de direito probatório aplicável(is)?

Reduzir complexidade na identificação da norma:

Sistemática.

Teleologia.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

3

EXEMPLO

O conteúdo interessa? Ou as normas sobre a produção ou reprodução de prova sobre atos de fala passados são independentes do conteúdo, do que se disse?

«Pedro faz sexo com Manuel.»

Ato de fala passado anterior ao julgamento.

Pode reproduzir-se prova ou produzir-se prova sobre esse ato de fala?

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

4

CRITÉRIOS?

Quais os fatores determinantes para escolher a norma / interpretar as normas para identificar o seu âmbito aplicável.

Tradição do direito probatório continental:

- O meio de prova de introdução no julgamento.
- Grande dicotomia: Prova testemunhal *versus* Prova Documental.

O peso da tradição foi minorado no modelo do CPP. Sem doutrina prévia. A sistemática e muitas das normas fonte: *Progetto Preliminare* de 1978

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

5

NOVOS FATORES

Dimensão adversarial do processo por importação indireta de regras do paradigma norte-americano.

- *Declarações*

O ato de fala é uma declaração?

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

6

OBJETO DA PROVA E DECLARAÇÕES

- Art. 124.º reporta-se a factos probandos nucleares.



- Também podem ser objeto da prova factos probatórios relativos a factos probandos.



- E factos probatórios de factos probatórios de factos probandos (por exemplo relativos à idoneidade e credibilidade de fontes de prova) e ...

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

7

RELEVÂNCIA PROBATÓRIA (FUNCIONAL) DE ATOS DE FALA

Atos de fala anteriores ao julgamento podem ser probatoriamente relevantes em vários níveis e dimensões, nem sempre relativos a uma inferência sobre facto passado narrado suscetível de percepção sensorial nomeadamente:

- Juízos probatórios reconstituição do passado relativos a decisões interlocutórias.
- *Juízos suspeita (probable cause)*
- Legitimação de atuações estaduais
- Compreensão de outros meios de prova, cuja relevância depende de contextualização
- Apreciação da (in)validade derivada ou proibições mediatas de provas;
- Etapa prévia de um determinado procedimento probatório

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita



DECLARAÇÕES ATOS DE FALA NARRATIVOS

Declaração probatória fora do julgamento ou *hearsay* apresenta uma estrutura tríplice:

- (1) Declaração
- (2) Que não foi feita oralmente na audiência e
- (3) é oferecida como prova do facto declarado

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita



DECLARAÇÕES E PROIBIÇÕES OU CONDICIONANTES PROBATÓRIAS

- o que se disse como prova do que se disse
- e a prova de que se disse

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

10

PROCESSUAL / EXTRAPROCESSUAL

- Declarações processuais versus declarações extraprocessuais, é uma dicotomia conformada por vários fatores relativos a uma política processual, o preenchimento não depende da formalização do ato (sob pena de se promover a fraude à lei) nem, em contraponto, da mera circunstância de as declarações serem captadas por membros das instâncias formais de controle no quadro de atividade funcionalmente processual (v.g. escutas)

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

11

ATOS DE FALA EXTRAPROCESSUAIS COM RELEVO PROBATÓRIO

Quanto aos atos de fala *extraprocessuais*, a regulação processual tem por referência, em regra, o mediador que introduz no processo o facto de fala passado como elemento de prova:

- Depoimento indireto (a admissibilidade condicionada do art. 129.º e a proibição preventiva 130.º/1 – o 130.º/2 já se relaciona com a prova processual)
- Documentos declarativos (arts. 164.º e 165.º consagram admissibilidade, embora também exista uma proibição preventiva, art. 164.º/2)
- Registos mecânicos e eletrónicos (art. 167.º)

Por vezes o núcleo da regulação reporta-se à forma de recolha ou obtenção da prova (em que além do registo se estipula a intromissão):

- Escutas telefónicas (arts. 187.º a 189.º ex vi art. 167.º/2)
- Prova eletrónica (arts. 15.º a 18.º Lei do Cibercrime)

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

12

ATOS DE FALA PROCESSUAIS V. DECLARAÇÕES PROCESSUAIS INTRANSMISSÍVEIS

- **Art. 356.º/1/b): intransmissibilidade de declarações processuais do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas.**
- **Atos de fala relativos ao concreto processo que não são declarações processuais do arguido ou testemunhas em sentido amplo?**
 - Atos de fala produzidos em atos processuais que não são declarações processuais para efeitos de intransmissibilidade

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

13

DIMENSÃO FUNCIONAL: UTILIZABILIDADE PROBATÓRIA NO JULGAMENTO

DELIMITAÇÃO DO TEMA:

- A utilizabilidade probatória direta e a proibição de valoração de provas, o artigo 355.º do CPP
- As prescrições do complexo normativo constituído pelos artigos 355.º, 356.º e 357.º relativos:
- Questões vizinhas, juízos de prognose sobre a instrução probatória, (v.g. arts. 323.º/a) a c)), o acesso ao conteúdo dos autos distingue-se da valoração para o julgamento do facto. Regime distinto de outras políticas preventivas (contra a contaminação)?

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

14

ENQUADRAMENTO DAS REGRAS DOS ARTIGOS 355.º, 356.º E 357.º

As regras previstas nos artigos 355.º a 357.º CPP, nas várias versões devem ser classificadas como regras probatórias :

- **Sanção:** proibição de valoração de provas (artigo 355.º).
- **Fundamento:**
- Política processual focada na dimensão de declaração processual do ato de fala originário e não no mediador para o julgamento

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

15

AS DECLARAÇÕES ANTERIORES E AS PROIBIÇÕES

As proibições gerais de utilização de declarações anteriores e exceções previstas nos artigos 355.º, 356.º e 357.º do CPP referem-se desde a versão originária do Código de Processo Penal:

- 1- A declarações processuais;
- 2- A declarações em cuja produção não exista registo de violação dos deveres das instâncias formais de controlo na produção de prova especificamente sancionada como proibição de prova.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

16

POLÍTICAS PROCESSUAIS SOBRE O JULGAMENTO E A PROVA

- Regras de prova específicas do julgamento:
- As proibições de valoração e reprodução da asserção constantes das declarações passadas apenas se dirigem à **prova dos factos narrados**.
- As regras impostas através de proibições articulam-se com um sistema jurídico de inquirição que revela um princípio da investigação *tão lato quanto seja possível* na formação da prova testemunhal.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

17

**Arts. 355.º a 357.º: Políticas processuais sobre a formação da prova pessoal para o veredicto sobre o facto expresso na sentença penal.
Fim: apenas os enunciados de facto da sentença final**

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

18

DECLARAÇÕES PROCESSUAIS DE TESTEMUNHAS

Repetindo sobre o âmbito:

- 1. Apenas *declarações***
- 2. Apenas *declarações processuais*.**
- 3. Apenas certas fontes.**

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

19

DECLARAÇÕES ANTERIORES DE TESTEMUNHAS: EXCEÇÕES

1. Atos pré-definidos funcionalmente dirigidos à utilização como prova do julgamento;
2. Articulação entre a forma de recolha do depoimento e factos supervenientes à declaração, que podem ser divididos entre:
 1. Casos em que a fonte de prova é ouvida na audiência de julgamento;
 2. Casos em que a fonte de prova está indisponível e não chega a prestar qualquer depoimento.
 3. Acordo do Ministério Público, assistente e arguido.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

20

1. ANTECIPAÇÃO DO CONTRADITÓRIO

- a) Antecipação do contraditório durante a fase de julgamento, derrogando-se, então, apenas o princípio da concentração da audiência (arts. 318.º, 319.º, 320.º, 356.º/1/a) e 356.º/2/c) CPP).
- b) Declarações para memória futura (arts. 271.º e 294.º *ex vi* art. 356.º/2/a)) – embora o contraditório nem sempre seja antecipado nessa forma de produção de testemunho.
- c) Declarações processuais prestadas em julgamento anulado e o art. 356.º/4.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

21

2.1 CONTRADITÓRIO DIFERIDO SOBRE A FONTE DE PROVA

Art. 356.º/3

É também permitida a reprodução ou leitura de declarações anteriormente prestadas perante autoridade judiciária:

- a) Na parte necessária ao avivamento da memória de quem declarar na audiência que já não recorda certos factos; ou**
- b) Quando houver, entre elas e as feitas em audiência, contradições ou discrepâncias.**

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

22

2.2 DISPENSA DO CONTRADITÓRIO NA PRODUÇÃO DE PROVA

Art. 356.º/2/c): Declarações prestadas mediante rogatórias ou precatórias legalmente permitidas (ou outros atos de cooperação judiciária internacional previstos por ex. em convenções, cf. art. 229.º).

Art. 356.º/4: Declarações prestadas perante a autoridade judiciária se os declarantes não tiverem podido comparecer por falecimento, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade duradoira.

Declarações para memória futura sem contraditório (?)

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

23

2.3 RENÚNCIA AO CONTRADITÓRIO NA PRODUÇÃO DE PROVA

Artigo 356.º/5

Prestadas perante autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal se o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo na sua leitura.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

24

EXCEÇÃO ÀS EXCEÇÕES

Art. 356.º/6 (na prática uma exceção que apenas opera nos casos em que a fonte comparece na audiência):

É proibida, em qualquer caso, a leitura do depoimento prestado em inquérito ou instrução por testemunha que, em audiência, se tenha validamente recusado a depor.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

25

DECLARAÇÕES PROCESSUAIS DO ARGUIDO ANTES DO JULGAMENTO

A tutela da prerrogativa contra a autoincriminação e o art. 58.º/5.

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

26

DECLARAÇÕES EXTRAPROCESSUAIS DO ARGUIDO

Relativamente às declarações extraprocessuais do arguido nunca existiu no CPP de 1987 uma proibição processual genérica de reprodução e, inclusive, são previstos alguns meios de obtenção de prova para captação do que o arguido diz ou disse funcionalmente dirigidos à superveniente utilização probatória (escutas telefónicas e outras comunicações eletrónicas).

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

27

DECLARAÇÕES DO ARGUIDO UTILIZÁVEIS

Na redação introduzida pela Lei n.º 20/2013, as anteriores declarações podem ser lidas:

- Solicitação do próprio arguido;
- Quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto no art. 141.º/4/b).

**OPC's opção de política processual:
Responsabilização do MP**

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

28

O REGIME DE 2013: GARANTIAS PROFILÁTICAS

As garantias profiláticas sobre a voluntariedade e plena consciência do eventual impacto das declarações compreendem três vetores:

- 1- **Obrigatoriedade da assistência por defensor (em todos os interrogatórios de autoridade judiciária, cf. art. 64.º/1/b))**
- 2- **Aprofundamento do direito de advertência e esclarecimento sobre o direito ao silêncio e efeitos da renúncia (art. 141.º/1/b))**
- 3- **Reforço das garantias epistemológicas relativas ao mediador e do escrutínio superveniente do ato acentuando o controlo sobre o conteúdo das declarações, a forma de produção da prova e conduta das instâncias que presidiram, na medida em que o ato deve, em princípio, ser registado através de «gravação áudio ou áudio visual da tomada de declarações» (arts. 99.º/3/c) e 101.º/1 e 4, 141.º/7 a 9).**

CEJ - 25-11-2016 - Paulo Dá Mesquita

29

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1bolmqj2rm/flash.html?locale=pt>

8.

Direito ao silêncio corporal? Ingerências corporais probatórias: a identificação genético-criminal

Jorge dos Reis Bravo



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

8. DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL¹

Jorge dos Reis Bravo*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point*



¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Direito probatório, substantivo e processual penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), no dia 19 de janeiro 2018.

* Procurador da República.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Em cada silêncio do corpo identifica-se a linha do sentido universal que à forma breve e transitiva imprime a solene marca dos deuses e do sonho.

Carlos Drummond de Andrade, *Metafísica do corpo*

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

«(...) o que quer que seja que [o agente] deixe, mesmo que inconscientemente, servirá como uma testemunha silenciosa contra ele. Não apenas as suas pegadas ou dedadas, mas o seu cabelo, as fibras das suas calças, os vidros que ele porventura parta, a marca da ferramenta que ele deixe, a tinta que ele arranhe, o sangue ou sémen que deixe. Tudo isto, e muito mais, carrega um testemunho contra ele. Esta prova não se esquece. É distinta da excitação do momento. Não é ausente como as testemunhas humanas são. Constituem, *per se*, uma evidência factual. A evidência física não pode estar errada, não pode cometer perjúrio por si própria, não se pode tornar ausente. Cabe aos humanos, procurá-la, estudá-la e compreendê-la, apenas os humanos podem diminuir o seu valor».

Edmond Locard

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Sumário

Introdução

I. Um direito ao silêncio corporal (quando o corpo fala)?

II. Ingerências corporais probatórias

III. Prova genética e investigação criminal

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Introdução

Dificuldades prévias dos juristas: conceito (jurídico) de corpo humano?

Definição de cadáver - «o *corpo humano* após a *morte*, até estarem terminados os fenómenos de destruição da matéria orgânica» (Art. 2.º, al. *i*) do DL n.º 411/98, de 30-12).

Corpo humano?

Morte?

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

O corpo é, sincreticamente, causa, origem, móbil, objeto, instrumento e finalidade no processo penal.

O corpo humano - suporte inesgotável de informação que pode facilitar o *ius puniendi* do Estado: as técnicas de biometria, de identificação dactiloscópica, sanguínea, dentária, a *genetic fingerprint* e, prospectivamente, a *brain fingerprint*.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

As finalidades probatórias e o acesso à informação corporal sobre o imputado dirigem-se - à identificação do agente do crime, e

- à determinação (apreensão e identificação) de substâncias ou produtos criminalmente relevantes, por si só (droga, doping) ou relacionadas com certas atividades (droga e álcool na condução rodoviária, na caça, na detenção de armas e de animais).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A liberdade (ou o direito?) de dispor do próprio corpo, reflexo da autonomia individual, encontra como limites o direito à vida (art.º 24.º da CRP), o direito à integridade física (art.º 25.º da CRP) e o direito à proteção da saúde (art.º 64.º da CRP).

Pode o Estado derrogar a tutela do corpo por esses direitos (fundamentais), ainda que seja para fins de investigação criminal?

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

1. Um direito ao silêncio corporal (quando o corpo fala)?

- Os modos de produção probatória sobre estados ou qualidades a que o corpo é sujeito, e que possam remeter o seu titular para o domínio do ilícito, demandam diferentes abordagens e disciplinas jurídicas, podendo questionar-se se o alcance do direito ao silêncio admitirá um [direito ao] *silêncio corporal*.

- O significado comunicacional do silêncio no processo.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A tensão pressuposta nos artigos 32.º, n.º 8 da CRP e 126.º do CPP, entre a dignidade da pessoa humana e as necessidades de investigação criminal.

A equação das exigências probatórias e de eficiência da investigação criminal no confronto com os princípios da presunção de inocência, do direito ao silêncio, do direito à não autoincriminação, à integridade pessoal (física) e à liberdade.

As questões do consentimento e da [necessidade e justificação da] coercibilidade, para realização de ingerências ou intervenções corporais probatórias.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A CEDH, não contempla expressamente o direito à não autoincriminação, ou o direito ao silêncio, mas o TEDH sempre os reconheceu como *standards* internacionais no âmago do processo equitativo.

Nem o nosso CPP expressamente consagra a prerrogativa contra a autoincriminação.

Uma conceção restritiva do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, que o assimila ao *direito ao silêncio* (ac. *Saunders c. Reino Unido*).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

«Embora não tenham exactamente o mesmo conteúdo, o direito ao silêncio e o direito à não autoincriminação estão indissolubilmente ligados: não lhe sendo reconhecido o direito a manter-se em silêncio, o arguido seria obrigado a pronunciar-se revelando informações que o podem eventualmente prejudicar na medida em que contribuem para a sua condenação»

FIGUEIREDO DIAS – COSTA ANDRADE

O direito à não autoincriminação é mais amplo, abrangendo outras dimensões de reserva da vida privada (para além do silêncio declaratório).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Saber se o direito ao silêncio é equivalente ao direito à não autoincriminação ou se é, apenas, um afloramento deste.

O princípio *nemo tenetur* não se confunde nem se esgota no direito ao silêncio.

Trata-se, afinal, de encontrar um eventual fundamento para o alargamento do direito ao silêncio, enquanto subcategoria do princípio da não autoincriminação: um *direito ao silêncio corporal*.

Meios ocultos de obtenção de prova corporal?

**DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?
INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

«Com os avanços da ciência, não é apenas pelas suas declarações (tomado o termo em seu sentido estrito) que uma pessoa pode se incriminar. Atualmente, todo o corpo “fala”».

JOÃO CLÁUDIO COUCEIRO

Mas o *direito ao silêncio corporal* ou o direito a “calar o corpo” não tem, efetivamente, o mesmo alcance nem a mesma extensão do que o direito ao silêncio (da palavra).

**DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?
INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Jurisprudência nacional sobre o carácter não absoluto do direito ao silêncio:

- Acs. TC n.ºs 695/95 e 127/07, e
-
- Acs. STJ de 10-01-2008 (rel. Cons. Simas Santos), de 20-02-2008 (rel. Cons. Raúl Borges) e de 06-10-2010 (rel. Cons. Henriques Gaspar).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A limitação do direito ao silêncio corporal corresponde a uma confissão corporal forçada?

As prerrogativas dos parentes, cônjuges e companheiros/as a não depor (art. 134.º CPP).

A pessoa como sujeito ou como objeto do processo?

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Diretiva (UE) 2016/343 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 09.03.2016, relativa ao reforço de certos aspetos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal.

«O exercício do direito de não se autoincriminar não deverá impedir as autoridades competentes de recolher elementos de prova que, embora possam ser licitamente obtidos junto do suspeito ou do arguido através do exercício de poderes legais coercivos e que existem independentemente da vontade do suspeito ou do arguido, por exemplo, os **elementos recolhidos por força de um mandado, os elementos em relação aos quais está prevista uma obrigação legal de conservação e de apresentação a pedido, as amostras de hálito, sangue e urina, bem como de tecido humano para efeitos de testes de ADN**» (ponto 29 dos considerandos).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

II. Ingerências corporais probatórias

Heterogeneidade das suas modalidades:

1. Corpo como objeto remoto (a monitorizar ou localizar – localização celular, vigilâncias)
2. Corpo como esconderijo ou disfarce (revistas, *scanners*, etc.);
3. A obrigatoriedade da presença física em diligências processuais (interrogatórios, reconhecimento, audiência de julgamento);

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

4. Ingerências tópicas: repositório de «amostras não íntimas»

5. Ingerências profundas: intervenções invasivas *stricto sensu* (revistas em cavidades corporais, sondagens, captação de imagens por métodos de imagiologia e intervenções cirúrgicas – «amostras íntimas».

A deteção e extração de substâncias ilícitas por métodos imagiológicos, eméticos e cirúrgicos (os casos TEDH *Jalloh c. Alemanha* e *A. Bogumil c. Portugal*).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

- O direito ao silêncio corporal é tanto mais comprimido quanto mais profunda for a ingerência (pela presuntiva conclusividade do seu resultado probatório).
- Nem sempre assim é, porque, p. ex., no caso do exame de alcoolemia (em princípio, uma ingerência tópica), o alcance do direito ao silêncio é neutro ou até mais prejudicial – pode resultar em consequências criminais (coercibilidade) idênticas à condenação pelo crime (que se pretendia, mas poderia até não se provar).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Preponderância da suspeita [do facto ilícito] sobre a sua presunção de inocência do suspeito/arguido

«(...) a ideia de pré-responsabilidade do arguido assenta numa petição de princípio: a de que o arguido é agente do facto criminoso, hipótese que o processo se destina exactamente a esclarecer»

CUNHA RODRIGUES, «Sobre o princípio da igualdade de armas», *RPCC*, Ano 1 – Fasc. 1.º).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Ingerências corporais probatórias (conceito abrangente).

o conjunto de medidas que visem a pessoa do imputado ou de outros intervenientes com ele relacionados – cuja (auto-)incriminação possa ocorrer em resultado da sujeição a tais medidas –, determinadas ou autorizadas em processo penal, que incidam de forma imediata sobre uma dimensão do seu corpo vivo, com vista à sua identificação, à comprovação de qualquer facto jurídico-penalmente relevante ou à sua qualificação jurídico-penal.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL****3. PROVA GENÉTICA E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

A resolução de casos criminais através do recurso a perícias de determinação e comparação de perfis de ADN

Nenhuma decisão processual pode ser tomada exclusivamente com base no tratamento de dados genéticos - artigos 3.º, n.º 4 e 38.º da Lei n.º 5/2008, de 12-02 e 2.º da Deliberação n.º 3191/2008 do INMLCF, I.P., de 19 de outubro

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Perfil de ADN: código alfanumérico resultante da análise de vários *loci* no ADN de um indivíduo; ex.: «D3S1358 14-15, D21S11 28-30, (...)» significa que o indivíduo em causa é do tipo 14-15 no que se refere ao marcador D3S1358 e do tipo 28-30 no que se refere ao marcador D21S11.

- **Exclusividade** (exceto em gémeos monozigóticos – nem todos – que são geneticamente um mesmo indivíduo); **perenidade**; **imutabilidade** (exceto as perturbações temporárias de transfusões ou transplantes de medula).

- Mesmo após uma “identificação” (hit), há que proceder a cálculos de probabilidade bioestatística (LR – *likelyhood ratio*) no sentido de poder dizer-se que é *n* (milhões de) vezes mais provável demonstrar se o perfil identificado (da cena do crime) é do suspeito ou de outro indivíduo ao acaso da população em apreço (teorema de Bayes).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Conceitos normativo de Perfil de ADN:

«Código alfanumérico resultante da análise de vários *loci* no ADN de um indivíduo; ex.: «D3S1358 14-15, D21S11 28-30, (...)» significa que o indivíduo em causa é do tipo 14-15 no que se refere ao marcador D3S1358 e do tipo 28-30 no que se refere ao marcador D21S11 - Resolução 2009/C 296/01 do Conselho de 30.11.2009.

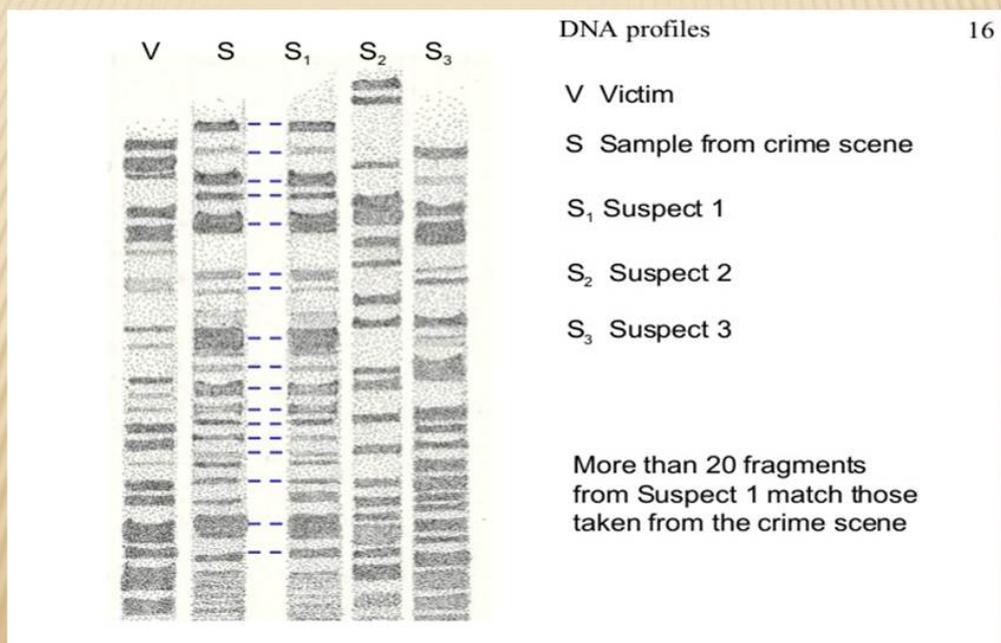
«Código alfanumérico que representa um conjunto de características de identificação da parte, não portadora de códigos, de uma amostra de ADN humano analisado, ou seja, a estrutura molecular específica presente nos diversos segmentos (*loci*) de ADN» - Decisão 2008/616/JAI do Conselho, de 23.06.2008.

«[o] resultado de uma análise da amostra por meio de um marcador de ADN obtido segundo as técnicas cientificamente validadas e recomendadas a nível internacional» - art. 2.º, al. e) da Lei n.º 5/2008.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?
INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL
 Perfil genético

	Aleli	
D10S1248	14	15
vWA	16	16
D16S539	10	12
D2S1338	19	21
Amelogenin	X	Y
D8S1179	12	15
D21S11	29	33.2
D18S51	15	17
D22S1045	15	15
D19S433	14	16
TH01	8	9.3
FGA	21	22
D2S441	11.3	12
D3S1358	15	15
D1S1656	14	15
D12S391	19	20

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?
INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL



DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Natureza jurídica do procedimento:

Exame?

Perícia?

Análise?

Natureza mista?

- Perícia científico-tecnológica, apesar de um primeiro momento assimilável ao exame (extração da bioamostra).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

O estatuto probatório dos perfis de ADN: cientificidade, idoneidade e adequação (globalmente reconhecidos) às finalidades de um modelo de identificação (genético-)criminal.

O sistema CODIS (Combined DNA Index System), adotado entre nós.

- Sistema com provas dadas;
- Plataforma de interconexão Prüm;
- Uso em Espanha e nos EUA;
- Oferecido pelos EUA.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Fases que integram (ou podem integrar) o procedimento com vista à determinação do perfil genético :

- **recolha de** uma amostra de material biológico, no local do crime, na vítima, em terceiros, em objetos relacionados, e determinação do respetivo perfil de identidade desconhecida: «**amostra-problema**»;
- **recolha de** uma amostra de material biológico de um dador identificado e determinação do respetivo perfil: «**amostra-referência**».
- **comparação entre perfis** da «**amostras-problema**» e perfil(is) de «**amostras-referência**», de dador ou dos inseridos na base de dados, com vista à sua coincidência ou «**identificação**».
- **cálculo de probabilidade bioestatística (LR)** com base nos polimorfismos genéticos comumente encontrados num determinado segmento da população em que se integra o dador.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Alterações essenciais introduzidas pela Lei n.º 90/2017 à Lei n.º 5/2008:

- admissibilidade da «**comparação direta**» no quadro de uma investigação criminal concreta (art. 1.º, n.º 4);
- possibilidade de constituição de um ficheiro (provisório) de perfis de ADN de arguidos em processo crime pendente, em que seja aplicável pena igual ou superior a 3 anos de prisão (art. 15.º, n.º 1, al. g));
- regulação do procedimento de interconexão internacional automática entre perfis de ADN e respetivos dados pessoais das bases de dados (art. 21.º);
- definição de prazos autónomos de conservação dos perfis e amostras (artigos 26.º e 34.º).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Com as alterações introduzidas pela Lei n.º 90/2017 ao art. 1.º, n.º 4 da Lei n.º 5/2008, ficou definitivamente esclarecido que pode haver regimes legais de recolha, tratamento e conservação de células humanas para fins de identificação civil e investigação criminal em que não se torne necessário recorrer à base de dados de perfis de ADN

- Regime comum do CPP - «comparação direta»;
- Regime da Lei n.º 5/2008 – recolha e conservação de perfis de ADN nos ficheiros da base de dados.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Do confronto entre os regimes do CPP e da Lei n.º 5/2008, resulta que nos termos dos artigos 171.º e 172.º daquele diploma não é exigida a constituição de arguido, e, havendo consentimento do visado, não é necessário despacho do juiz de instrução para a recolha da amostra.

- no CPP: é admitida a recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN para comparação direta (no âmbito do processo), relativamente a qualquer interveniente processual, sem dependência de despacho judicial se houver consentimento; em qualquer caso, o perfil de arguido não pode ser inserido no ficheiro provisório de perfis de arguidos, mas pode haver interconexão futura – art. 19.º-A, n.º 1 da Lei n.º 5/2008;

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Interconexão futura (em que a recolha de bioamostra e a determinação de perfil não é preordenada à interconexão):

- o art. 19.º-A equipara, para efeitos de interconexão, os perfis de ADN obtidos de arguido anteriormente em processo crime pendente e os perfis obtidos nos termos do art. 8.º, n.º 1. Note-se que os perfis – de arguido, obtidos previamente em processo penal pendente, previstos no art. 19.º-A, n.º 1 – serão perfis que não se destinavam especificamente a ser cruzados com perfis existentes nos ficheiros da base, ou seja, seriam perfis obtidos para «comparação direta» no âmbito de processo crime pendente.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

- na Lei n.º 5/2008: é admitida a recolha de amostra para obtenção de perfil de ADN preordenada a interconexão (comparação com perfis de amostras-problema para fins de investigação criminal, de identificação civil e de profissionais) nos termos do art. 19.º-A, n.º 2, apenas em arguido, mediante despacho judicial; o perfil obtido é inserido no ficheiro (provisório) de arguidos, se o crime em investigação for punível com pena de prisão igual ou superior a 3 anos.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

- O art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008 visa a recolha de amostras se a pessoa – arguido – se volver como suspeita da prática de outros crimes (sem concretização de um específico ilícito) relativamente aos quais possa haver perfis obtidos a partir de «amostras-problema» (obtidos noutros processos) e no processo não existam perfis de «amostras-problema» aptos a estabelecer-se uma comparação direta, mobilizando-se o recurso aos ficheiros de perfis da base de dados de ADN interconexionando-os nos termos do art. 19.º-A, n.º 2.

Ou seja,

- A recolha de amostras ao abrigo do art. 8.º, n.º 1 da Lei n.º 5/2008, depende de não haver possibilidade de «comparação direta» e é originariamente preordenada à interconexão.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?**INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

Recolha de amostras de arguido em processo por crime punível com pena inferior a 3 anos de prisão?

Interconexão ≠ inserção no ficheiro

A interconexão não implica inserção em ficheiro, mesmo ao abrigo do regime da Lei n.º 5/2008, no caso de crime punível com pena de prisão inferior a 3 anos.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A obtenção do perfil de ADN relativamente a arguidos condenados destina-se a integrar o ficheiro de condenados, com vista a futuras comparações com perfis de amostras-problema - artigos 8.º, n.ºs 2 e 3, 15.º, n.º 1, al. e), e 19.º, n.º 6 da Lei n.º 5/2008 – perícia?.

Ponderação abstrata e genérica do legislador sobre a existência de uma categoria de agentes criminosos passível de reincidir.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Pressupostos da ordem de recolha (art. 8.º, n.º 2 da Lei n.º 5/2008):

- ✘ Inexistência de procedimento prévio de recolha de amostra; a ordem de recolha de amostra pressupõe que não tenha sido precedida de anterior recolha de amostra, no processo, nos termos do n.º 1, ou no âmbito do regime de «comparação direta»;
- ✘ Decisão condenatória por crime doloso (qualquer das modalidades);
- ✘ Pena concreta aplicada ao crime pelo menos de três anos de prisão (não resultado de cúmulo jurídico);
- ✘ Admissibilidade da substituição da pena de prisão por outra reação penal de substituição;
- ✘ O trânsito em julgado da decisão condenatória.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A suspensão da execução da pena de prisão cabe no conceito de substituição?

Penas de substituição:

- permanência na habitação (art. 43.º do CP)
- multa de substituição (art. 45.º do CP),
- e
- proibição do exercício de profissão, função ou atividade (art. 46.º do CP)

Nas duas primeiras situações, é inaplicável.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Automaticidade?

Quase automaticidade?

com a redação atual do art. 8.º, n.º 2 e n.º 3, - clara aproximação ao princípio da automaticidade da ordem de recolha. Na verdade tal ordem é sempre emitida em decisão condenatória, fazendo assim parte integrante da mesma sendo um dos seus requisitos.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Jurisprudência nacional:

Automaticidade da ordem de recolha de amostra em condenado:

- Ac RL de 05/05/2015 (Rel.: Des. Alda Casimiro)
- Ac RE de 15/05/2012 /rel. Des. António João Latas)
- Acórdão do Tribunal Judicial de Ponta Delgada de 13/06/2014 (Juiz Presid. Pedro Soares Albergaria).

Não automaticidade da ordem de recolha de amostra em condenado

- Ac RL de 11/10/2011 (Rel.: Des. Agostinho Torres)
- Ac RP de 15/06/2016 (Rel.: Des. Artur Oliveira)
- Ac RE de 15/12/.2015 (Rel.: Des. A. Clemente Lima)

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A recolha de amostra em arguido declarado inimputável a quem seja aplicada a medida de segurança de internamento, nos termos do n.º 2 do artigo 91.º do Código Penal, ainda que suspensa nos termos do artigo 98.º do mesmo Código, com a conseqüente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados - sempre ordenada na sentença.

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

A recolha de amostra biológica nos termos do art. 8.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008, relativamente a inimputáveis [perigosos] – aplicação de medida de segurança nos termos do art. 91.º, n.º 2 do CP, ou seja, se for condenado por

- crime contra as pessoas, ou
 - crime de perigo comum,
- puníveis com pena de prisão superior a cinco anos,
- e o internamento (em qualquer caso) tenha uma duração igual ou superior a três anos (mínimo obrigatório).

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Art. 15.º da Lei 5/2008 (30.06.2017)	Categoria 'CODIS'	Sufixo	TOTAL
a) Voluntários	Volunteer	RV	4
b1) Amostra Problema - Identificação Civil	Unidentified Person	PI	20
b2) Amostra Problema (mistura) - Identificação Civil	Civil Mixture	PI	0
c1) Amostra Referência - Pessoas Desaparecidas - Identificação Civil	Missing Person	RO	0
c2) Amostra Referência - Familiares Pessoas Desaparecidas - Identificação Civil	Biological Child, Father, Mother and Sibling, Maternal and Paternal Relatives	RF	15
d1) Amostra Problema - Investigação Criminal	Forensic, Unknown	PC	2306
d2) Amostra Problema (mistura) - Investigação Criminal	Forensic Mixture	PC	38
e) Condenados	Convicted Offender	RC	6659
f) Profissionais	Staff	RP	125
			9167

**DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?
INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

A atenção a dar ao cumprimento do disposto no art. 8.º, n.ºs 2 e 3 da lei n.º 5/2008 – ordem de recolha de amostra a arguido condenado (por crime doloso com pena concreta de prisão igual ou superior a 3 anos, ainda que esta tenha sido substituída), com a consequente inserção do respetivo perfil de ADN na base de dados - sempre ordenada na sentença.

(já não é necessário uma ordem do juiz para a inserção do perfil).

**DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL?
INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL**

A necessidade de atualizar a Instrução N.º 1/2015 da PGR no sentido de harmonizar o estatuído no n.º 4 (que remete para o n.º 2 do art. 18.º da Lei n.º 5/2008, devendo fazer-se, agora, essa remissão para o art. 18.º, n.º 3 da Lei n.º 5/2008)

DIREITO AO SILÊNCIO CORPORAL? INGERÊNCIAS CORPORAIS PROBATÓRIAS: A IDENTIFICAÇÃO GENÉTICO-CRIMINAL

Muito Obrigado

Fim

jorge.m.bravo@mpublico.org.pt

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1bolmqj2rm/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

9.

**A recusa de colaboração
arguido em se sujeitar
a diligências de prova**

Patrícia Naré Agostinho



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

9. A RECUSA DE COLABORAÇÃO DO ARGUIDO EM SE SUJEITAR A DILIGÊNCIAS DE PROVA¹

Patrícia Naré Agostinho*

- I. Delimitação do objecto da apresentação
 - II. A prerrogativa contra a auto-incriminação
 - III. Onde é que as questões surgiram?
 - IV. Direito Positivo
 - V. O arguido como meio de prova
- Apresentação *Power Point*
Vídeo da apresentação

I. DELIMITAÇÃO DO OBJECTO DA APRESENTAÇÃO

Pela negativa

1) Não se irá tratar sobre as declarações do arguido ou de diligências em que o contributo do arguido se processe através da palavra falada ou escrita ou através da encenação de reconstituição de actos (ficam assim de fora as problemáticas atinentes, por exemplo, à reconstituição do facto);

2) Não iremos igualmente debruçar-nos sobre a imposição do dever de colaboração no âmbito de processos não penais e a transmissibilidade das provas assim obtidas para um concreto processo penal, em curso ou futuro (esse é o tema das oradoras da tarde);

3) Não iremos debruçar-nos sobre as constelações que se prendam com o desconhecimento do arguido de que poderá estar a contribuir para a sua incriminação, designadamente, as hipóteses de agentes encobertos e escutas telefónicas;

4) E, por fim, não nos debruçaremos sobre aquelas situações em que o arguido ou futuro arguido não se opôs expressamente à realização da diligência e vem - *a posteriori* - colocar em crise a prova assim obtida, directa ou indirectamente, por contender com a prerrogativa contra a auto-incriminação.

Assim, e pela positiva, iremos unicamente debruçar-nos sobre as situações em que o arguido expressamente se recuse a realizar um determinado comportamento no âmbito de uma diligência que tem por objectivo a recolha de provas.

Em termos metodológicos optou-se por:

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Direito probatório, substantivo e processual penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), no dia 19 de janeiro 2018.

* Procuradora da República e Docente do CEJ.

- Se iniciar por uma breve alusão ao panorama actual da discussão em torno da prerrogativa contra a auto-incriminação;
- Uma incipiente tomada de posição;
- Um elenco de onde as questões têm surgido a nível jurisprudencial e qual o seu tratamento;
- Uma abordagem sobre o direito positivo;
- Conclusão para quem, como nós, entende que estas diligências não estão a coberto da tutela da prerrogativa contra a auto-incriminação que o problema não reside nesta mas sim na dignidade da pessoa humana – via que, embora aparentemente sob a égide da auto-incriminação – tem sido seguida pelo legislador processual penal.

II. A PRERROGATIVA CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO

A realização de diligências de prova que têm como objecto o arguido contende com duas constelações que convocam a **prerrogativa contra a auto-incriminação**: a obtenção de fontes de prova do próprio arguido e a coerção.

Existe um amplo consenso quanto à sua vigência, porém, a **prerrogativa contra a auto-incriminação** continua envolta em controvérsia, desde logo, quanto ao seu âmbito objectivo.

Duas teses:

1. **Abrange só as declarações verbais**
2. **Abrange qualquer colaboração coercivamente imposta**

Nos **Estados Unidos da América**, a formulação literal da V Emenda proíbe apenas que alguém se seja obrigado a *declarar* contra si mesmo («*tobe awitness against him self*»), sugerindo que o alcance da prerrogativa está limitado à extracção coactiva de «comunicações» – interpretação que tem sido seguida sem hesitações pelos tribunais superiores desde *Holt v. USA* (1910). Partindo desta ideia, a construção largamente dominante no contexto jurídico norte-americano assenta na dicotomia entre «*testimonial*» e «*real or physical evidence*», circunscrevendo-se aos elementos probatórios da primeira espécie a operatividade do *privilege against self-incrimination*.

Alemanha

Ao contrário do que é o entendimento do *Supreme Court*, o direito à não auto-incriminação no direito germânico é compreendido como abrangendo quer a liberdade de declaração, quer o recurso ao corpo do arguido como meio de prova.

Quanto a meios de prova distintos das declarações do arguido, isto é, quanto ao recurso ao seu corpo como meio de prova e sua colisão com o direito à não auto-incriminação, a tese que

tem feito vencimento na Alemanha, funda-se na distinção entre uma actividade *positiva* ou o mero tolerar *passivo*.

Em face deste critério se ao arguido se impõe a colaboração mediante uma *conduta activa* tal é susceptível de ferir o direito à não auto-incriminação; se, ao invés, se lhe impõe meramente que *tolere* uma determinada actividade não há qualquer colisão com o direito à não auto-incriminação que lhe assiste.

Assim, nesta acepção não é possível - porque atentatório do princípio da passividade - obrigar alguém a soprar para submissão a um teste de álcool. No entanto, já é possível a sua submissão a uma colheita de sangue para atingir tal desiderato, porque ao visado se exige unicamente que *tolere* a sua realização.

III. ONDE É QUE AS QUESTÕES SURGIRAM?

Em caso de recusa expressa:

1. Submissão a recolha de autógrafos – AUJ 14/2014: pode-se cominar com a prática de um crime de desobediência;
2. Amostras biológicas – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 155/2007;
3. Extracção de produto estupefaciente do interior do corpo – [Acórdão do TRC de 30 de Março de 2011](#) (não foi fundamento do recurso a violação da prerrogativa contra a auto-incriminação, tendo-se, ao invés, a discussão centrado na categoria em que se deveria inserir a diligência efectuada: se nas revistas, perícias ou exames).

Amostras biológicas:

No Acórdão n.º 155/2007 uma das questões de constitucionalidade suscitadas prendia-se com a recolha não consentida de vestígios biológicos (mais concretamente saliva), contra a vontade expressa do arguido, mas sem que tivesse existido utilização de força física, embora com advertência de recurso à mesma, na medida do necessário para salvaguardar a integridade física de quem iria realizar a colheita e sua compatibilidade com o direito à não auto-incriminação. O Tribunal Constitucional, louvando-se na jurisprudência *Saunders*, restringe o direito à não auto-incriminação “ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações”, pelo que que no caso da colheita de saliva para efeitos de realização de análises de ADN entendeu que tal não contendia com o direito à não auto-incriminação (porquanto “essa colheita não constitui nenhuma declaração”).

Dir-se-ia que esta questão, face à actual redacção do artigo 154º do Código de Processo Penal e do artigo 8º da Lei da Base de Dados de ADN, se encontra resolvida de acordo com aquele que foi o entendimento do Tribunal Constitucional.

O entendimento do STJ foi o de que a recolha de autógrafos em causa colidia com a prerrogativa contra a auto-incriminação afirmando, porém, o seu carácter relativo que, assim, admite compressões.

Quanto a nós, desde já se adianta que perfilhamos o entendimento de que a prerrogativa contra a auto-incriminação se circunscreve à palavra.

Antes, porém, de centrarmos a questão do tratamento da **recusa de colaboração do arguido em se sujeitar a diligências de prova** vejamos o direito positivo – advertindo desde já que não é na configuração concreta das normas legais e nas suas aplicações práticas que se vai buscar os elementos determinantes de um critério definidor do conteúdo do *nemo tenetur*.

IV. DIREITO POSITIVO

Artigo 154.º do Código de Processo Penal

1 – A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia.

(...)

3 – Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

Artigo 172.º do Código de Processo Penal

1 – Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.

2 – É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 do artigo 154.º e 6 e 7 do artigo 156.º

Artigo 52.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro

Perícia médico-legal

1 – Logo que, no decurso do inquérito ou da instrução, haja notícia de que o arguido era toxicodependente à data dos factos que lhe são imputados, é ordenada a realização urgente de perícia adequada à determinação do seu estado.

2 – Na medida do possível, o perito deve pronunciar-se sobre a natureza dos produtos consumidos pelo arguido, o seu estado no momento da realização da perícia e os eventuais

reflexos do consumo na capacidade de avaliar a ilicitude dos seus actos ou de se determinar de acordo com a avaliação feita.

3 – Pode ser ordenada, quando tal se revele necessário, a realização das análises a que se refere o n.º 4 do artigo 43.º. (4 - O examinando pode ser sujeito a análise de sangue ou de urina ou outra que se mostre necessária.)

Artigo 53.º

Revista e perícia

1 – Quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se a perícia.

2 – O visado pode ser conduzido a unidade hospitalar ou a outro estabelecimento adequado e aí permanecer pelo tempo estritamente necessário à realização da perícia.

3 – Na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.

4 – Quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Artigo 8º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro

1 – A recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente, **com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A**, é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do juiz, **que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.**

(...)

4 – Em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada nos termos dos números anteriores, o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

Artigo 14º da Lei do Cibercrime – Injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados

5 – A injunção prevista no presente artigo não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo.

	Perícias (art. 154º CPP)	Exames (art. 171º CPP)	Revistas (art. 174º CPP)	Determinação Estado Toxicodependência (art. 52º DL 15/93)	Revista e Perícia (art. 53º DL 15/93)	Recolha de amostras biológicas para determinação perfil genético (artigo 8º Lei 5/2008)
<i>Sujeito Passivo</i>	Qualquer pessoa	Qualquer pessoa	Qualquer pessoa	Arguido toxicodependente	Suspeito	Arguido
<i>Grau de suspeita</i>				“Haja notícia de que o arguido era toxicodependente” Tem que haver confirmação das notícias através da realização de diligências (artigo 5º Portaria 94/96)	“Indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo”	
<i>Autoridade competente <u>com</u> consentimento</i>	MP	MP	MP	MP	MP	Juiz
<i>Autoridade competente <u>sem</u> consentimento</i>	Juiz	Juiz	MP	MP	MP	Juiz
<i>Catálogo de Crimes</i>	Qualquer crime	Qualquer crime	Qualquer crime	Qualquer crime	Tráfico de estupefacientes	Qualquer crime
<i>Falta de consentimento</i>		“Pode ser compelido”			Desobediência qualificada	Artigo 8º, n.º 4: Em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada (...), o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do CPP.

Em suma:

➤ Todas estas medidas dependem em primeira linha do consentimento e só quando este não seja dado é que pode ser determinada a sua execução por ordem da autoridade judiciária competente.

➤ No entanto, os regimes legais são díspares ou evasivos quanto às consequências da sua ausência.

Assim,

➤ Quanto às perícias não se prevê a consequência no caso de o visado recusar.

Negando a possibilidade de execução coerciva de uma perícia PINTO DE ALBUQUERQUE (*Comentário do Código de Processo Penal*; p. 431) que afirma que “O CPP é omissivo sobre o procedimento a adoptar no caso de o visado recusar obedecer à ordem da autoridade

judiciária e, designadamente, não permite que o visado possa ser compelido, como se prevê no artigo 171.º, n.º 1. (...) Portanto, a recusa de obediência só pode dar lugar à incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al. b), do CP, caso ela tenha sido cominada com a ordem dada.” Neste sentido v. também HELENA MONIZ, “Os Problemas Jurídico-Penais da Criação de uma Base de Dados (...)”, p. 256; SÓNIA FIDALGO, “Determinação do perfil genético como meio de prova em processo penal”, p. 139; MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Particularidades da Prova em Processo Penal. (...)”, p. 203.

➤ O artigo 172.º ao prever que “se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido (...) pode ser *compelido* por decisão da autoridade judiciária competente”, tem suscitado divisões quanto à previsão de execução coerciva de exames.

➤ O artigo 52.º do DL 15/93 é omissivo quanto às consequências da recusa.

➤ O artigo 53.º do DL n.º 15/93, de 22 de Janeiro prevê dois momentos:

a) Num primeiro – **a de falta de consentimento** – a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência;

b) Num segundo, se o visado **persistir na recusa** de “ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias”.

➤ **Idêntica partição faz o artigo 8.º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro na sua actual redacção:**

a) **N.º 1 – falta de consentimento** – A recolha de amostra em arguido é realizada por despacho do juiz, **que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.**

b) **N.º 4** – no caso de **recusa** - o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal.

➤ Já a lei do Cibercrime no seu artigo 14.º, n.º 5, nem sequer admite que a injunção prevista no artigo 14.º seja dirigida a arguido ou suspeito.

V. O ARGUIDO COMO MEIO DE PROVA

Artigo 61.º do Código de Processo Penal

3 – Recae em especial sobre o arguido os deveres de:

(...)

d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente.

Num processo de estrutura acusatória o arguido, de mero *objecto do processo*, passa a assumir a veste de verdadeiro *sujeito processual* ao qual são concedidos direitos e deveres e, conseqüentemente, a capacidade de conformar a decisão final, designadamente através da possibilidade de oferecer provas e requerer as diligências necessárias à descoberta da verdade. No entanto, a elevação ao estatuto de sujeito processual não é incompatível com a configuração do arguido também como *meio de prova*, seja quando através das suas declarações introduz no processo elementos relevantes para a descoberta da verdade (meio de prova em sentido material), mas também quando se torna necessário recorrer ao seu corpo, estado corporal e suas qualidades ou características (meio de prova em sentido formal).

Desta forma a partir da constituição de arguido, além de lhe serem assegurados um conjunto de direitos que visam em primeira linha a concretização do seu direito de defesa, são-lhe impostos deveres processuais incluindo o dever de se sujeitar a diligências de prova, nos termos do artigo 61º, n.º 3, alínea d), do CPP.

E é nesta **veste do arguido como meio de prova em sentido formal enquanto sujeito a um meio de coacção processual** que cabe precisar em que termos e sob que condições se pode impor ao arguido a submissão a diligências probatórias.

Tal análise passa necessariamente por indagar da legitimidade constitucional face ao potencial de lesão de direitos fundamentais que estas diligências probatórias possam encerrar, como a autonomia pessoal, a integridade corporal e a reserva da intimidade da vida privada daquele que constitui o seu alvo. Chamado a pronunciar-se sobre algumas das constelações do arguido como meio de prova, o Tribunal Constitucional tem admitido a restrição dos direitos fundamentais assinalados quando esteja em causa a averiguação de crimes e dos seus autores.

O problema, quanto a nós, agudiza-se não nos casos de falta de consentimento, mas sim nos casos de recusa expressa e de oposição veemente do arguido na execução da diligência. Partição que, como vimos o artigo 53º do DL 15/93 e o artigo 8º da Lei 5/2008, efectuam. Ou seja, e dito por outras palavras, os casos em que seja necessário para executar a diligência a utilização da força.

Como primeira linha de argumentação deve ser tido em consideração que o recurso à força não está excluído do processo penal sendo, por vezes, imprescindível para a prossecução dos seus objectivos.

Deve ainda ter-se em consideração que nem todos os meios de prova que consubstanciem um ilícito penal são feridos com a proibição de prova - é aliás neste horizonte que se parece inscrever o preceituado na alínea c) do n.º 2 do artigo 126º que só considera ofensiva da integridade física e moral a provas obtida mediante a utilização da força, *fora dos casos e dos limites permitidos pela lei*.

Como pistas de resolução das hipóteses de coerção podemos apontar então:

1. O recurso à força deve estar expressamente previsto na lei;

2. O uso da força em processo penal tem de obedecer aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade;
3. Deve-se aferir da modalidade, intensidade e indispensabilidade da medida², necessidade do meio e justificação teleológica (para defesa do próprio ou de terceiros ou para vencer a resistência à execução de determinada medida);
4. Tem de se ter em consideração a criminalidade em causa.

Em casos de impossibilidade de dar o consentimento ou com o desconhecimento do arguido:

1. Colheita de amostra de sangue, para exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool quando o estado de saúde do condutor não permita a realização do exame para pesquisa de álcool no ar expirado ([Ac. TRE de 21/04/2015](#)) – **com voto de vencido por entender que a colheita, apesar de não violadora da auto-incriminação, era coerciva e inadmissível no caso por falta de habilitação legal para uso da força e de deslealdade probatória (v. também [Acórdão da RP de 9 de Dezembro de 2009](#); no sentido do voto de vencido v. [Acórdão do TRC de 10 de Novembro de 2010](#)).**

Arguido não está impossibilitado de dar o seu consentimento e *a posteriori* coloca em crise a prova assim obtida:

2. Colheita de amostra de sangue, para exame de diagnóstico do estado de influenciado pelo álcool em condutor consciente - [Acórdão do TRE de 15 de Novembro de 2011](#): "entendemos que o direito à não auto-incriminação se refere ao respeito pela vontade do arguido em não prestar declarações, não abrangendo o uso, em processo penal, de elementos que se tenham obtido do arguido por meio de poderes coercivos, mas que existam independentemente da vontade do sujeito, como é o caso, por exemplo e para o que agora nos importa considerar, da recolha de material biológico no sangue para efeitos de análise do grau de alcoolemia";

"(...) temos para nós que tal comportamento deverá e poderá ser valorado como indício sobre a culpabilidade do arguido (...)."

(Tiago Caiado Milheiro, "[Prova por ADN e o papel do Juiz de Instrução Criminal](#)", p. 30).

² Quer na perspectiva da sua *subsidiariedade* quer do seu potencial probatório.

Apresentação Power Point

 **MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

**A RECUSA DE COLABORAÇÃO
DO ARGUIDO EM SE SUJEITAR A
DILIGÊNCIAS DE PROVA**

*Patrícia Naré Agostinho
19 de Janeiro de 2018*

PNA - 2018

| **Prerrogativa contra a auto-incriminação**

A realização de diligências de prova contende com duas constelações que convocam a **prerrogativa contra a auto-incriminação**: a obtenção de fontes de prova do próprio arguido e a coerção.



Qual o âmbito objectivo da prerrogativa?

PNA - 2018  **MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL**

| Prerrogativa contra a auto-incriminação

Qual o âmbito objectivo da prerrogativa?

1. Abrange só as declarações verbais
2. Abrange qualquer colaboração coercivamente imposta

PNA - 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| Prerrogativa contra a auto-incriminação

Onde é que as questões surgiram?

1. Recolha de autógrafos
2. Recolha de amostras para comparação de perfis de ADN
3. Extracção de produto estupefaciente do interior do corpo

PNA - 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| Direito positivo

Artigo 154º do Código de Processo Penal

1 - A perícia é ordenada, oficiosamente ou a requerimento, por despacho da autoridade judiciária, contendo a indicação do objeto da perícia e os quesitos a que os peritos devem responder, bem como a indicação da instituição, laboratório ou o nome dos peritos que realizarão a perícia.

(...)

3 - Quando se tratar de perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, o despacho previsto no número anterior é da competência do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| Direito positivo

Artigo 172º do Código de Processo Penal

1 - Se alguém pretender eximir-se ou obstar a qualquer exame devido ou a facultar coisa que deva ser examinada, pode ser compelido por decisão da autoridade judiciária competente.

2 - É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 3 do artigo 154.º e 6 e 7 do artigo 156.º

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

Direito positivo

Artigo 52.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro

Perícia médico-legal

1 - Logo que, no decurso do inquérito ou da instrução, haja notícia de que o arguido era toxicodependente à data dos factos que lhe são imputados, é ordenada a realização urgente de perícia adequada à determinação do seu estado.

2 - Na medida do possível, o perito deve pronunciar-se sobre a natureza dos produtos consumidos pelo arguido, o seu estado no momento da realização da perícia e os eventuais reflexos do consumo na capacidade de avaliar a ilicitude dos seus actos ou de se determinar de acordo com a avaliação feita.

3 - Pode ser ordenada, quando tal se revele necessário, a realização das análises a que se refere o n.º 4 do artigo 43.º. (4 - O examinando pode ser sujeito a análise de sangue ou de urina ou outra que se mostre necessária.)

PNA - 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

Direito positivo

Artigo 52.º do DL 15/93, de 22 de Janeiro

Perícia médico-legal

1 - Logo que, no decurso do inquérito ou da instrução, haja notícia de que o arguido era toxicodependente à data dos factos que lhe são imputados, é ordenada a realização urgente de perícia adequada à determinação do seu estado.

2 - Na medida do possível, o perito deve pronunciar-se sobre a natureza dos produtos consumidos pelo arguido, o seu estado no momento da realização da perícia e os eventuais reflexos do consumo na capacidade de avaliar a ilicitude dos seus actos ou de se determinar de acordo com a avaliação feita.

3 - Pode ser ordenada, quando tal se revele necessário, a realização das análises a que se refere o n.º 4 do artigo 43.º. (4 - O examinando pode ser sujeito a análise de sangue ou de urina ou outra que se mostre necessária.)

PNA - 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

Direito positivo

Artigo 53.º

Revista e perícia

1 - Quando houver indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo estupefacientes ou substâncias psicotrópicas, é ordenada revista e, se necessário, procede-se a perícia.

2 - O visado pode ser conduzido a unidade hospitalar ou a outro estabelecimento adequado e aí permanecer pelo tempo estritamente necessário à realização da perícia.

3 - Na falta de consentimento do visado, mas sem prejuízo do que se refere no n.º 1 do artigo anterior, a realização da revista ou perícia depende de prévia autorização da autoridade judiciária competente, devendo esta, sempre que possível, presidir à diligência.

4 - Quem, depois de devidamente advertido das consequências penais do seu acto, se recusar a ser submetido a revista ou a perícia autorizada nos termos do número anterior é punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

Direito positivo

Artigo 8º da Lei n.º 5/2008, de 12 de Fevereiro:

1 – A recolha de amostra em arguido em processo criminal pendente, com vista à interconexão a que se refere o n.º 2 do artigo 19.º-A, é realizada a pedido ou com consentimento do arguido ou ordenada, oficiosamente ou a requerimento escrito, por despacho do juiz, que pondera a necessidade da sua realização, tendo em conta o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado.

(...)

4 – Em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada nos termos dos números anteriores, o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de fevereiro.

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

Direito positivo

Artigo 14º da Lei do Cibercrime – Injunção para apresentação ou concessão do acesso a dados

5 - A injunção prevista no presente artigo não pode ser dirigida a suspeito ou arguido nesse processo.

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

	Perícias (art. 154º CPP)	Exames (art. 171º CPP)	Revistas (art. 174º CPP)	Determinação Estado Toxicodependência (art. 52º DL 15/93)	Revista e Perícia (art. 53º DL 15/93)	Recolha de amostras biológicas para determinação perfil genético (artigo 8º Lei 5/2008)
<i>Sujeito Passivo</i>	Qualquer pessoa	Qualquer pessoa	Qualquer pessoa	Arguido toxicodependente	Suspeito	Arguido
<i>Grau de suspeita</i>				“haja notícia de que o arguido era toxicodependente” Tem que haver confirmação das notícias através da realização de diligências (artigo 5º Portaria 94/96)	“indícios de que alguém oculta ou transporta no seu corpo”	
<i>Autoridade competente com consentimento</i>	MP	MP	MP	MP	MP	Juiz
<i>Autoridade competente sem consentimento</i>	Juiz	Juiz	MP	MP	MP	Juiz
<i>Catálogo de Crimes</i>	Qualquer crime	Qualquer crime	Qualquer crime	Qualquer crime	Tráfico de estupefacientes	Qualquer crime
<i>Falta de consentimento</i>		“pode ser compelido”			Desobediência qualificada	Artigo 8º, n.º 4: Em caso de recusa do arguido na recolha de amostra que lhe tenha sido ordenada (...), o juiz competente pode ordenar a sujeição à diligência nos termos do disposto no artigo 172.º do CPP.

| O arguido como meio de prova

Artigo 61º do Código de Processo Penal

3 - Recaem em especial sobre o arguido os deveres de:

(...)

d) Sujeitar-se a diligências de prova e a medidas de coacção e garantia patrimonial especificadas na lei e ordenadas e efectuadas por entidade competente.

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| O arguido como meio de prova

Legitimidade constitucional e restrição de direitos fundamentais

Falta de consentimento *versus* Recusa

PNA - 2018



MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| O arguido como meio de prova

“O processo penal não pode ser uma comunidade de linguagem ideal, isenta de coerção, um diálogo racional no sentido de liberdade de domínio, com a finalidade única de conduzir a uma unificação entre os participantes (...). O modelo contrário é uma utopia fascinante, mas uma utopia errada a meu ver.”

SCHREIBER (*apud* COSTA ANDRADE, “Consenso e Oportunidade”, in *Jornadas*, p. 328)

PNA - 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| O arguido como meio de prova

Artigo 126º, n.º 2, alínea c) do Código de Processo Penal

Considera ofensiva da integridade física e moral as provas obtidas mediante a utilização da força, *fora dos casos e dos limites permitidos pela lei.*

PNA - 2018

MINISTÉRIO PÚBLICO
PORTUGAL

| O arguido como meio de prova

Pistas de resolução:

1. O recurso à força deve estar expressamente previsto na lei.
2. O uso da força em processo penal tem de obedecer aos princípios da adequação, necessidade e proporcionalidade.
3. Deve-se aferir da modalidade, intensidade e indispensabilidade da medida, necessidade do meio e justificação teleológica (para defesa do próprio ou de terceiros ou para vencer a resistência à execução de determinada medida).
4. Tem de se ter em consideração a criminalidade em causa. (Quer na perspectiva da sua *subsidiariedade* quer do seu potencial probatório.)

PNA - 2018



| O arguido como meio de prova

Artigo 1º da CRP

Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana

PNA - 2018



Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1tm4mdd21o/flash.html?locale=pt>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

10.

***Nemo Tenetur e a
transmissibilidade da
prova entre
procedimentos***

Paulo de Sousa Mendes



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

10. NEMO TENETUR E A TRANSMISSIBILIDADE DA PROVA ENTRE PROCEDIMENTOS¹

Paulo de Sousa Mendes*

Apresentação *Power Point*

Jurisprudência

Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point*

The image shows a slide from a PowerPoint presentation. The slide has a light blue background with a white box in the center containing the text 'Plano de Formação Contínua 2015/2016' and 'Ação de Formação Contínua Tipo C'. Below this box, the date '5 de fevereiro de 2016' and the location 'Auditório do CEJ, Largo do Limoeiro' are listed. At the bottom left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is visible, and at the bottom right, there is a small image of a building.

Temas de Direito Penal e Processual Penal

Plano de Formação Contínua 2015/2016
Ação de Formação Contínua Tipo C

5 de fevereiro de 2016
Auditório do CEJ, Largo do Limoeiro

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), nos dias 5, 12, 19 e 26 de fevereiro de 2016.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

NEMO TENETUR E A TRANSMISSIBILIDADE DA PROVA ENTRE PROCEDIMENTOS

Paulo de Sousa Mendes

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa



CIDPCC
Centro de Investigação
em Direito Penal e Ciências Criminais

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**



Introdução

•O tema “*Nemo tenetur* e a transmissibilidade da prova entre procedimentos” reporta-se, em rigor, à transmissibilidade de “informações e documentos”, pois só se trata de “prova” quando as informações e documentos forem adquiridos representativamente no processo de destino.

**CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**



Introdução

- O tema que nos ocupa poderia ser analisado em diversos contextos em que existem deveres de informação e de colaboração das pessoas defronte da Administração, tais como: Lei Geral Tributária, Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras, Regime Jurídico da Concorrência ou Código dos Valores Mobiliários (Oliveira e Silva, 2013: 362, n. 4).
- Vou tratar do tema no contexto do Código dos Valores Mobiliários e do Código de Processo Penal.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Introdução

- Na generalidade dos países, cabe às respetivas autoridades reguladoras dos mercados financeiros investigar e punir o abuso de mercado. Nos ordenamentos jurídicos nacionais em que certas formas graves de abuso de mercado são cominadas com penas criminais, a transferência de informações do processo administrativo, preventivo ou sancionador, para o processo penal constitui uma ameaça às garantias de defesa, à luz do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, por causa da aquisição de provas que o próprio Ministério Público não poderia adquirir originariamente.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Introdução

- Mas a comunicação precoce da suspeita de crime também poderá fazer perigar a própria investigação criminal, designadamente se o Ministério Público não possuir os instrumentos técnicos de monitorização dos mercados financeiros e a experiência necessária para analisar matérias cuja complexidade somente está ao alcance de especialistas.
- Importa perceber, à luz do direito comparado, as soluções encontradas para resolver a tensão entre as necessidades da investigação criminal e as garantias de defesa neste âmbito.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Pontos críticos

- Processo de supervisão preventiva.
- Processo sancionatório de mera ordenação regulatória (processo contraordenacional).
- Averiguações preliminares.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- A CMVM tem competência para a realização de averiguações preliminares.
- As conclusões e documentos associados, caso se traduzam na notícia de um crime mobiliário, devem ser remetidos ao MP, nos termos dos artigos 383.º e 386.º CdVM.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- Será que as averiguações preliminares, conduzidas por entidades independentes do MP, são conformes com a Constituição, considerando que a ação penal só pode ser exercida pelo MP, nos termos do artigo 219.º, n.º 1, CRP?

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- As averiguações preliminares são parte integrante dos poderes de supervisão da CMVM, na medida em que cabem ainda na função de acompanhamento dos mercados e de fiscalização do cumprimento das normas de atuação dos intermediários financeiros e demais participantes no mercado.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- A atividade de supervisão permite muitas vezes a deteção de ilícitos, que tanto podem ser contraordenações como crimes.
- Em especial, as averiguações preliminares visam *“apurar a possível existência da notícia de um crime”* (artigo 383.º, n.º 2, do CdVM), mas não constituem um inquérito em processo-crime.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- As averiguações preliminares distinguem-se formalmente do inquérito em processo penal por serem dirigidas por uma autoridade reguladora e não pelo MP.
- Esta distinção só é legítima, porém, se a CMVM não desenvolver uma autêntica atividade de investigação criminal.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- A CMVM não pode interrogar pessoas, nem pode constituí-las arguidas em processo-crime.
- A CMVM pode apenas analisar os elementos recolhidos na sua atividade de supervisão e verificar se contêm indícios da existência de um crime contra o mercado de valores mobiliários.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- Por isso se diz que as averiguações preliminares constituem um mero “*filtro técnico especializado*” (Costa Pinto, 2000: 106; Vinga Santiago, 2001: 604; Curado, 2012: 259-262).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

- No final, o MP receberá as conclusões e documentos das averiguações preliminares, evitando-se assim que sejam remetidos para investigação criminal elementos inconsistentes e obstando-se a que o cidadão seja desnecessariamente objeto de um processo-crime à partida votado ao insucesso por razões técnicas (Costa Pinto, 2000: 105-106; Sousa Mendes, 2013: 60-61).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

PONTOS CRÍTICOS:

•As averiguações preliminares permitem ainda aprofundar os factos através de **novos pedidos de informação** dirigidos aos intermediários financeiros ou a quaisquer outras pessoas sujeitas aos poderes de supervisão da CMVM, que têm o **dever de colaborar**, sob cominação de sanções por **desobediência** (artigo 385.º, n.º 1, alínea *a*), CdVM).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Portugal

JURISPRUDÊNCIA:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa referente ao Proc. n.º 7327/07.9TDLSB, de 25/02/2015, relator Nuno Coelho.

Online:

<http://www.cmvm.pt/pt/Comunicados/ContraordenacoesECrimesContraOMercado/Pages/DecCrimesMercado.aspx>

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Itália

- A Consob tem competência para a atividade de averiguação preliminar (*attività di accertamento*) dos crimes de abuso de informação privilegiada e de manipulação de mercado, nos termos do *articolo 187 decies* do *Decreto legislativo del 24 febbraio 1998 n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria – TUF)*, modificado pela última vez pelo *D.L. n. 179 del 18.10.2012*, em conjunto com a *Legge n. 221 del 17.12.2012* e com o *D.Lgs. n. 184 del 11.10.2012*.



Itália

Art. 187-decies

(Rapporti con la magistratura)

1. Quando ha notizia di uno dei reati previsti dal capo II il pubblico ministero ne informa senza ritardo il Presidente della Consob.
2. Il Presidente della Consob trasmette al pubblico ministero, con una relazione motivata, la documentazione raccolta nello svolgimento dell'attività di accertamento nel caso in cui emergano elementi che facciano presumere la esistenza di un reato. La trasmissione degli atti al pubblico ministero avviene al più tardi al termine dell'attività di accertamento delle violazioni delle disposizioni di cui al presente titolo, capo III.



Itália

Art. 187-decies

(Rapporti con la magistratura)

3. La Consob e l'autorità giudiziaria collaborano tra loro, anche mediante scambio di informazioni, al fine di agevolare l'accertamento delle violazioni di cui al presente titolo anche quando queste non costituiscono reato. A tale fine la Consob può utilizzare i documenti, i dati e le notizie acquisiti dalla Guardia di finanza nei modi e con le forme previsti dall'articolo 63, primo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633, e dall'articolo 33, terzo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

- A BaFin tem poderes para punir autonomamente a manipulação de mercado (*Marktmanipulation*) como contraordenação, mas se for apurado que a manipulação influenciou efetivamente o preço dos valores mobiliários em causa, a prática torna-se punível como crime.
- Neste caso, a BaFin transfere de imediato as informações para o MP para investigação no âmbito do processo penal, nos termos do § 4 V da *Wertpapierhandelsgesetz – WpHG*.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

- Em casos de suspeita de abuso de informação privilegiada (*Insiderhandel*), a BaFin pode realizar averiguações preliminares (*Vorermittlungen*), nos termos do § 4 III/IV WpHG, devendo comunicar a notícia da infração ao MP se a suspeita for fundada, nos termos do § 4 V 1.
- A comunicação da notícia da infração ao MP ocorre tão prematuramente quanto possível, em obediência estrita ao princípio da separação de poderes.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

- Os deveres de informação (*Auskunftspflichten*) ao abrigo do § 4 III WpHG são delimitados pelo princípio *nemo tenetur*.
- O § 4 IX 1 WpHG reconhece um direito à recusa de informação (*Recht auf Auskunftsverweigerung*).
- Assim como o § 4 IX 2 consagra um dever de informação (*Belehrungspflicht*) por parte da agência federal, em tudo equivalente ao dever de esclarecimento imposto às autoridades judiciárias nos termos do § 136 do Código de Processo Penal (*Strafprozessordnung*).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

Gesetz über den Wertpapierhandel (Wertpapierhandelsgesetz - WpHG)

§ 4 Aufgaben und Befugnisse

(3) Die Bundesanstalt kann von jedermann Auskünfte, die Vorlage von Unterlagen und die Überlassung von Kopien verlangen sowie Personen laden und vernehmen, soweit dies auf Grund von Anhaltspunkten für die Überwachung der Einhaltung eines Verbots oder Gebots dieses Gesetzes erforderlich ist. [...]. Gesetzliche Auskunfts- oder Auskunfts- oder Aussageverweigerungsrechte sowie gesetzliche Verschwiegenheitspflichten bleiben unberührt.



Alemanha

Tradução:

(3) A agência federal pode exigir a qualquer pessoa prestação de informações, apresentação de documentos e cedência de cópias, assim como citar e inquirir pessoas, sempre que tal for necessário para supervisão do cumprimento de proibições ou obrigações constantes da presente lei. [...]. Não ficam prejudicados o direito à informação, o direito à recusa de prestar informações e o direito ao silêncio do visado, nem os deveres de confidencialidade.



Alemanha

(4) Während der üblichen Arbeitszeit ist Bediensteten der Bundesanstalt und den von ihr beauftragten Personen, soweit dies zur Wahrnehmung ihrer Aufgaben erforderlich ist, das Betreten der Grundstücke und Geschäftsräume der nach Absatz 3 auskunftspflichtigen Personen zu gestatten. Das Betreten außerhalb dieser Zeit oder wenn die Geschäftsräume sich in einer Wohnung befinden, ist ohne Einverständnis nur zulässig und insoweit zu dulden, wie dies zur Verhütung von dringenden Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung erforderlich ist und bei der auskunftspflichtigen Person Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen ein Verbot oder Gebot dieses Gesetzes vorliegen. Das Grundrecht des Artikels 13 des Grundgesetzes wird insoweit eingeschränkt.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

Tradução:

Durante o horário de funcionamento, as pessoas sujeitas ao dever de informação, nos termos do n.º 3, têm de permitir o acesso aos funcionários da agência federal, ou às pessoas por esta mandatadas, aos respetivos terrenos e instalações, na medida do necessário ao desempenho das funções de supervisão. Fora desse horário, ou nos casos em que as instalações se situem em domicílio particular, o acesso só é legítimo e aceitável em caso de perigo iminente para a segurança e a ordem públicas e se houver indícios de uma violação de uma proibição ou obrigação imposta pela presente lei por parte da pessoa sujeita ao dever de informação. Esta situação restringe o direito fundamental estabelecido pelo artigo 13.º da Constituição.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

(5) Die Bundesanstalt hat Tatsachen, die den Verdacht einer Straftat nach § 38 begründen, der zuständigen Staatsanwaltschaft unverzüglich anzuzeigen. Sie kann die personenbezogenen Daten der Betroffenen, gegen die sich der Verdacht richtet oder die als Zeugen in Betracht kommen, der Staatsanwaltschaft übermitteln, soweit dies für Zwecke der Strafverfolgung erforderlich ist. Die Staatsanwaltschaft entscheidet über die Vornahme der erforderlichen Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere über Durchsuchungen, nach den Vorschriften der Strafprozessordnung. Die Befugnisse der Bundesanstalt nach den Absätzen 2 bis 4 bleiben hiervon unberührt, soweit dies für die Vornahme von Verwaltungsmaßnahmen oder zur Erfüllung von Ersuchen ausländischer Stellen nach § 7 Abs. 2, Abs. 2b Satz 1 oder Abs. 7 erforderlich ist und soweit eine Gefährdung des Untersuchungszwecks von Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden oder der für Strafsachen zuständigen Gerichte nicht zu besorgen ist.

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**



Alemanha

Tradução:

(5) A agência federal tem de comunicar imediatamente ao Ministério Público os factos que fundamentam a suspeita de um facto punível nos termos do § 38. Pode transmitir dados pessoais relativos aos visados que forem suspeitos ou possíveis testemunhas, desde que tal seja necessário para os fins de investigação criminal. O Ministério Público promove as medidas de investigação adequadas, nomeadamente buscas, nos termos do Código de Processo Penal. As competências da agência federal, nos termos dos n.ºs 2 a 4, não ficam prejudicadas, na medida do que for necessário para a adoção de medidas administrativas ou para o cumprimento de solicitações de autoridades estrangeiras, nos termos do § 7, n.ºs 2, 2b, alínea 1, ou 7 e na medida em que não for de reear um perigo para as finalidades da investigação por parte das autoridades judiciais ou dos tribunais competentes.

**C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS**



Alemanha

(9) Der zur Erteilung einer Auskunft Verpflichtete kann die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihn selbst oder einen der in § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würde. Der Verpflichtete ist über sein Recht zur Verweigerung der Auskunft zu belehren und darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Alemanha

Tradução:

(9) A pessoa sujeita ao dever de informação pode recusar responder a perguntas que impliquem um perigo de ação penal contra si mesma ou contra familiares, nos termos do § 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 do Código de Processo Civil, ou de processos nos termos da Lei das Contraordenações. A pessoa tem de ser informada acerca dos seus direitos de recusa de informação e ainda de que poderá consultar um advogado à sua escolha, inclusive antes de ser inquirida.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Reino Unido

- A FCA – nos termos do *Financial Services Act 2012*, que, em grande medida, transferiu da FSA para a FCA os poderes previstos no *Financial Services and Markets Act 2000* – tem poderes para investigar autonomamente os crimes mobiliários e pode decidir, caso a caso, se tal deve ser feito ao nível penal ou regulatório (*i.e.*, direito administrativo sancionador).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Reino Unido

- A FCA baseia a escolha da via penal ou da administrativa nos princípios do *Code for Crown Prosecutors*, o que implica dois testes:
 - a) Teste de consistência probatória (*evidential test*);
 - b) Teste de oportunidade (*public interest test*).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Reino Unido

- O teste probatório implica, entre outras coisas, a supressão dos meios de prova obtidos ao abrigo dos deveres de informação e de colaboração diante do regulador, já que não podem ser usados em processo penal, a menos que os visados tenham prestado declarações falsas ou incompletas ou procedido à entrega de documentos falsos ou sonogado documentos.
- É uma espécie de imunidade penal concedida pelo regulador defronte do cumprimento total e efetivo dos deveres de informação e de colaboração por parte dos visados.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Balanço

- Os modelos italiano e português das averiguações preliminares não reconhecem expressamente o princípio *nemo tenetur*, pelo que carecem de uma interpretação conforme à Constituição.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Balanço

- O modelo alemão parece ter sido desenhado de forma a respeitar idealmente os direitos de defesa e a separação de poderes.
- Resta saber se este regime jurídico é capaz de garantir a necessária eficácia no tocante à investigação e punição dos crimes mobiliários.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Balanço

Exemplo de tensão entre BaFin e MP:

“Frankfurt prosecutors yesterday cleared six Citigroup traders of criminally manipulating the Eurozone government bond market, lifting one of the biggest threats overhanging the US bank’s reputation. But the ruling prompted an angry response from BaFin, Germany’s financial market watchdog, which said it stood by its preliminary finding that Citigroup traders had manipulated Eurex government bond futures. [...]. Doris Möller-Scheu, of the Frankfurt prosecutor’s office, said: ‘Unlike BaFin, which found grounds for charges, the prosecutor is of the opinion that a charge of criminal price manipulation against those under investigation cannot be legally established’” (MUNTER e BATCHELOR, German prosecutor clears Citigroup of bond manipulation, March 22, 2005).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Balanço

- O modelo anglo-saxónico parece ser o que mais acautela o princípio *nemo tenetur* e os direitos de defesa em processo penal, graças à imunidade penal que concede aos visados pelos processos regulatórios, preventivos ou sancionatórios, em troca da satisfação integral por parte deles dos deveres de informação e colaboração.
- Mas é um modelo que seria muito difícil de transplantar para outros Estados-Membros da União Europeia por causa dos poderes de instrução de processos-crime que confere à entidade de supervisão comportamental, que já vêm desde os tempos da antecessora FSA.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Balanço

- O modelo anglo-saxónico pode ser criticado por favorecer intrinsecamente a via da aplicação da sanção pecuniária (*financial penalty*) ou até apenas da admoestação pública (*public censure*) contra os autores de abusos de mercado, em vez da via do processo criminal (*criminal prosecution*), seja qual for a gravidade da infração cometida.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conclusões

Em síntese e como proposta de interpretação conforme à Constituição (CRP) do Código dos Valores Mobiliários:

1. Aplicação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, em função do artigo 32.º/1 CRP, seja no âmbito do processo de supervisão preventiva, do processo sancionatório de mera ordenação regulatória ou das averiguações preliminares, não obstante os deveres de informação e de colaboração de quaisquer pessoas sujeitas aos poderes de supervisão do regulador.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conclusões

2. Sempre que o regulador solicitar, por escrito, documentos e outras informações a intermediários financeiros ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, o pedido deve ser instruído com os seguintes elementos:

- a) A base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do pedido;
- b) A indicação de que o incumprimento do pedido constitui desobediência;
- c) A indicação de que a informação e a documentação assim obtidas podem ser utilizadas como meio de prova em eventual processo contraordenacional ou penal.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conclusões

3. Sempre que o regulador inquirir intermediários financeiros ou quaisquer outras pessoas, singulares ou coletivas, devem ser verificados os seguintes pressupostos:

- a) A base jurídica, a qualidade em que o destinatário é solicitado a transmitir informações e o objetivo do inquirição;
- b) A indicação de que a recusa de depoimento constitui desobediência;
- c) A indicação de que a pessoa sujeita ao dever de informação pode recusar responder a perguntas que impliquem um perigo de ação contraordenacional ou penal contra si mesma;
- d) A indicação de que a informação e a documentação assim obtidas podem ser utilizadas como meio de prova em eventual processo contraordenacional ou penal;
- e) A pessoa tem de ser informada acerca dos seus direitos de recusa de informação e ainda de que poderá consultar um advogado à sua escolha, inclusive antes de ser inquirida ou interrogada.



Conclusões

4. Tradição dos autos das averiguações preliminares para o MP, caso concluam pela notícia do crime, além de se “*remete[r] os elementos relevantes à autoridade judiciária competente*” (artigo 386.º CdVM).

5. Possibilidade de controlo externo pelo MP das decisões de arquivamento de averiguações preliminares, em obediência aos princípios da separação de poderes e da legalidade.



Conclusões

6. Adoção pelo regulador de sistemas de controlo interno (*compliance systems*) de boas práticas processuais, com vista a maximizar o respeito das garantias processuais e a minimizar o risco de declaração de nulidade dos atos processuais e de proibição de valoração de meios de prova em fase de controlo judicial *a posteriori*.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Conclusões

•A Procuradoria-Geral da República, o Banco de Portugal e a CMVM estabeleceram um protocolo que prevê a realização de um encontro de trabalho anual, a formação recíproca e a agilização de procedimentos entre as entidades signatárias, no quadro da regulação dos mercados financeiros e da investigação de atividades eventualmente delituosas.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

BOLINA, Helena,

“O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados à luz da aplicação subsidiária do processo penal aos processos de contraordenação no mercado de valores mobiliários”, in: *Revista do CEJ* 14 (2010), pp. 384-430.

BOLINA, Helena,

“O direito ao silêncio e o estatuto dos supervisionados no mercado de valores mobiliários”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 11/12 (2012), pp. 383-427.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

CÂMARA, Paulo,

Manual de Direito dos Valores Mobiliários, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

CATARINO, Luís Guilherme,

“O novo regime da Administração Independente: *Quis custodiet ipsos custodiet?*”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 17 (2014), pp. 173-239.

COSTA, Joana,

“O princípio *nemo tenetur* na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista do Ministério Público* 128 (2011), pp. 117-183.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

COSTA ANDRADE, Manuel da,

“*Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário: ou a insustentável indolência de um Acórdão (n.º 340/2013) do Tribunal Constitucional”, in: *Revista de Legislação e de Jurisprudência* 3898 (2014), pp. 121-157.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da,

“O ilícito de mera ordenação social e a erosão do princípio da subsidiariedade da intervenção penal”, in: AA.VV., *Direito Penal Económico e Europeu: Textos doutrinários*, Vol. I (Problemas gerais), Coimbra: Coimbra Editora, 1998, pp. 210-274.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da,

O novo regime dos crimes e contraordenações no Código dos Valores Mobiliários, Coimbra: Almedina, 2000.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da,

“Supervisão do mercado, legalidade da prova e direito de defesa em processo de contraordenação (Parecer)”, in: AA.VV., *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 57-125.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

COSTA RAMOS, Vânia,

“*Corpus Juris 2000 – Imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare, Parte II*”, in: *Revista do Ministério Público* 109 (2007), pp. 57-96.

COSTA RAMOS, Vânia,

2010 “*Nemo tenetur se ipsum accusare e concorrência — Jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa*”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 1 (2010), pp. 175-198.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

CURADO, Ana Pascoal,

“*As averiguações preliminares da CMVM no âmbito da luta contra a criminalidade financeira – Natureza jurídica e aplicação do princípio nemo tenetur*”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 9 (2012), pp. 239-274.

FARIA COSTA, José de, RAMOS, Maria Elisabete,

O crime de abuso de informação privilegiada (insider trading) – A informação enquanto problema jurídico-penal, Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de,

“O Direito Penal Económico entre o passado, o presente e o futuro”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 22 (2012), pp. 521-543.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de, COSTA ANDRADE,

“Poderes de supervisão, direito ao silêncio e provas proibidas (Parecer)”, in: AA.VV., *Supervisão, direito ao silêncio e legalidade da prova*, Coimbra: Almedina, 2009, pp. 1-55.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

FOFFANI, Luigi,

“Nuevas tendencias y perspectivas del derecho penal económico europeo”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 24 (2014), pp. 225-234.

GAGEIRO, António,

“Modelos de Direito estrangeiro na perspectiva do *enforcement* (E.U.A. / R.U. / Europa Continental)”, in: AA.VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 41-72.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

MARTINHO, Helena Gaspar,

“O direito ao silêncio e à não autoincriminação nos processos sancionatórios do direito da concorrência — Uma análise da jurisprudência comunitária”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 1 (2010), pp. 145-174.

MARTINHO, Helena Gaspar,

“O direito à não autoincriminação no direito da concorrência – O diálogo jurisprudencial e o silêncio do arguido”, in: AA.VV., *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Lebre de Freitas*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2013, pp. 1063-1104.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

OLIVEIRA SOUSA, Ricardo,

“A comunicabilidade da prova obtida em Direito Processual Penal para o Processo Contraordenacional”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 9 (2012), pp. 275-292.

OLIVEIRA E SILVA, Sandra,

“O arguido como meio de prova contra si mesmo: Considerações em torno do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto* X (2013), pp. 361-379.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

SILVA DIAS, Augusto,

“O direito à não-inculpação no âmbito das contraordenações do Código dos Valores Mobiliários”, in: *Revista da Concorrência e Regulação* 1 (2010), pp. 237-265.

SILVA DIAS, Augusto, COSTA RAMOS, Vânia,

O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português, Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

SOUSA MENDES, Paulo de,

“A adaptação do Direito português à Diretiva sobre o Abuso de Mercado”, in: AA.VV., *Direito Sancionatório das Autoridades Reguladoras* (org.: Maria Fernanda Palma, Augusto Silva Dias e Paulo de Sousa Mendes), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, pp. 325-337.

SOUSA MENDES, Paulo de,

“As garantias de defesa no processo sancionatório especial por práticas restritivas da concorrência confrontadas com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 1 (2010), pp. 121-144.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

SOUSA MENDES, Paulo de,

“O problema da utilização de elementos recolhidos em ações de supervisão como meios de prova em processo sancionatório”, in: *Revista de Concorrência e Regulação* 11/12 (2012), pp. 307-318.

SOUSA MENDES, Paulo de,

“A regulação financeira, o direito penal e a utilização em processo penal das provas produzidas por autoridades reguladoras financeiras”, in: *Revista Anatomia do Crime* 1 (2015), pp. 131-152.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Bibliografia

VELOSO, José António,

“Boas intenções, maus resultados: Notas soltas sobre investigação e processo na supervisão financeira”, in: *Revista da Ordem dos Advogados* 60 (2000), pp. 73-102.

VINGA SANTIAGO, Bruno,

“O regime das averiguações preliminares no Código dos Valores Mobiliários de 1999”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 11 (2001), pp. 603-632.

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Jurisprudência

- Ac. 02.05.2014, Proc. n.º 7327/07.9 TDLSB da 8.ª Vara Criminal de Lisboa.
- Ac. 25.02.2015, Proc. n.º 7327/07.9 TDLSB.L1 do Tribunal da Relação de Lisboa.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Fim

Obrigado pela Vossa atenção!
paulosousamendes@yahoo.com



CIDPCC
Centro de Investigação
em Direito Penal e Ciências Criminais

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



Jurisprudência

- [Ficheiro I](#)
- [Ficheiro II](#)
- [Ficheiro III](#)

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1a4e00770f/flash.html?locale=pt>

11.

**A transmissibilidade
de documentos entre o
procedimento administrativo
tributário e o processo
sancionatório penal ou
contraordenacional**

Sandra Oliveira e Silva



C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11. A TRANSMISSIBILIDADE DE DOCUMENTOS ENTRE O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO E O PROCESSO SANCIONATÓRIO PENAL OU CONTRAORDENACIONAL¹

Sandra Oliveira e Silva*

Apresentação *Power Point*

Vídeo da apresentação

Apresentação *Power Point*



¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Direito probatório, substantivo e processual penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), no dia 19 de janeiro 2018.

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

SUMÁRIO:

I – As inevitáveis antinomias entre deveres de colaboração no domínio tributário e *nemo tenetur se ipsum accusare*

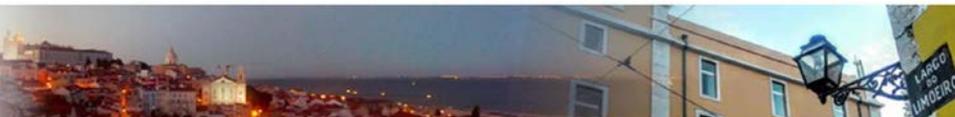
II – Soluções preliminares para o conflito no direito comparado e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

III – Contributo para a harmonização possível entre deveres de colaboração em matéria tributária e *nemo tenetur se ipsum accusare*

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

I – As antinomias inevitáveis entre deveres de colaboração no domínio tributário e *nemo tenetur se ipsum accusare*

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



ENQUADRAMENTO GERAL

- O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* é um direito fundamental do arguido no processo penal com capacidade de «irradiação» a todo o **direito sancionatório público** (= direito à não autoinculpação)
- Poderá este direito ser igualmente invocado nos distintos segmentos do chamado «**direito administrativo da economia**», orientados sobretudo por finalidades de regulação e organização (não repressivas ou sancionatórias)?

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- Nestes setores de atividade, que envolvem atividades altamente complexas ou «condutas de massas», o cumprimento das funções de vigilância e controlo atribuídas às autoridades públicas não prescinde da colaboração das próprias pessoas ou entidades fiscalizadas, a quem são impostos **deveres de colaboração**
- É o caso do direito tributário, que desloca para os contribuintes uma série de atividades ligadas ao apuramento da matéria tributável, à liquidação e à própria cobrança de impostos, impondo-lhes **obrigações acessórias ou instrumentais** (de emitir recibos e faturas, conservar registos ou documentos de suporte, possuir contabilidade organizada, apresentar declarações e exibir documentos fiscalmente relevantes, prestar esclarecimentos sobre a própria situação tributária ou de terceiros...)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DEVERES DE COLABORAÇÃO V. NEMO TENETUR: ANTINOMIAS

- E se o cumprimento dos deveres de colaboração conduzir à revelação de informações sobre crimes anteriores do contribuinte, sejam eles
 - delitos fiscais (fraude fiscal, burla tributária, abuso de confiança fiscal, ...)
 - ou
 - crimes comuns que estiveram na origem dos rendimentos (corrupção, peculato, tráfico de armas ou drogas, lenocínio, tráfico de pessoas, homicídio, etc.)?

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Poderá o contribuinte transgressor **recusar-se a apresentar ou entregar documentos** que evidenciem a prática de um crime por si cometido?



Poderão ser **valorados como prova de um crime ou contraordenação** anteriormente cometido os documentos que o contribuinte foi obrigado a entregar no cumprimento dos seus deveres tributários?

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

II – Soluções preliminares para o conflito no direito comparado e na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



SOLUÇÕES PRELIMINARES PARA O CONFLITO: (1) NOS EUA

- «**required records doctrine**» (Shapiro v. United States (1948), California v. Byers (1971))

Excetua do âmbito de tutela do *privilege against self-incrimination* os livros e documentos que são obrigadas a conservar e exibir às autoridades públicas as pessoas ou entidades autorizadas a exercer uma atividade regulada pelo Estado

Não basta que exista uma prescrição formal a tornar obrigatória a entrega de documentos, sendo ainda necessário que:

- (1) as obrigações de registo e conservação de documentos tenham uma finalidade «essencialmente reguladora e não sancionatória»;
- (2) se trate de registos e documentos que é habitual conservar no setor de atividade regulada em questão;
- (3) e os papéis em causa tenham em si mesmos aspetos que os assemelhem a «documentos públicos».

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- «**act-of-production doctrine**» (Fisher v. United States (1976), United States v. Doe (1984), United States v. Hubbel (2000))

A entrega dos documentos traduz uma simples operação material que não coenvolve «*testimonial self-incriminating activity*», a menos que também o «ato-de-entrega» (*act-of-production*) tenha «aspectos comunicativos próprios, alheios ao conteúdo dos documentos» (como a admissão tácita de que «os papéis pretendidos existem», «estão na posse ou sob o controlo» do visado e «são os descritos na notificação»)

Faltarão essa dimensão comunicativa se existência e concreta localização dos documentos não constituírem um «dato adquirido» ou uma «conclusão antecipada» (*foregone conclusion*), ou seja, se as autoridades puderem identificar os documentos pretendidos com «razoável especificidade» (*reasonable particularity*)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- «**tax crimes v. non-tax crimes**» (Fuller v. United States (1986), Brooks v. Hilton Casinos Inc. (1992), United States v. Turri (1994))

Distingue duas categorias distintas de infrações: os «*tax crimes*» (delitos fiscais) e os «*non-tax crimes*» (delitos comuns), circunscrevendo o direito de recusar a entrega de documentos incriminadores aos casos em que o contribuinte invoque o perigo de autoincriminação por crimes de natureza não tributária

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

SOLUÇÕES PRELIMINARES PARA O CONFLITO: (2) NA ALEMANHA***Abgabenordnung***

§ 393 (Relação do processo penal com o procedimento tributário)

- I. Nos procedimentos tributários não é permitida a **utilização de meios coativos** (§ 328 AO) contra o contribuinte de que resulte a sua obrigação de se autoinculpar por um **crime ou contraordenação tributários** por si cometidos. A solução vale sempre que contra ele seja iniciado um procedimento criminal por um crime desta natureza. Sempre que para isso haja fundamento, o contribuinte deve ser informado.
- II. Se no processo penal forem levados ao conhecimento do Ministério Público ou do tribunal factos ou meios de prova dos autos de inspeção que o contribuinte revelou às autoridades tributárias antes da instauração do processo penal ou do conhecimento da sua instauração, tais conhecimentos **não podem ser utilizados** contra ele para a perseguição de um **crime não fiscal**. A solução não vale para crimes cuja perseguição revista um interesse público cogente (§ 30 AO).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A lei alemã prevê duas vias de solução distintas, moldadas em função da natureza da infração revelada ou indiciada no cumprimento de deveres de colaboração:

- uma «proibição de meios coativos» (*Zwangsmittelverbot*), se do cumprimento dos deveres de colaboração resultar, para o contribuinte, a revelação de informações sobre infrações fiscais;

- uma «proibição de valoração ou utilização» (*Verwertungs- oder Verwendungsverbot*) dos dados ou provas sobre crimes não fiscais que o contribuinte fez chegar às mãos das autoridades tributárias antes da instauração do processo penal ou do conhecimento da sua instauração e no cumprimento daqueles deveres

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Em suma, introduz-se uma «barreira informativa» (*Informationssperre*) entre a tributação e o sancionamento penal, impedindo-se que os conhecimentos e meios de prova obtidos pelas autoridades tributárias no procedimento inspetivo sejam usados por outros órgãos do Estado para fins não fiscais.

Pelo contrário, a migração de informações já não encontra objeções se destinada a servir a perseguição de delitos fiscais, devendo a proteção contra a autoinculpação ser aqui assegurada por outra via — a da «suspensão material dos deveres de colaboração» (*materielle Suspendierung der Auskunftspflichten*)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

SOLUÇÕES PRELIMINARES PARA O CONFLITO: (3) NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

- **Funke v. França** (1993): as autoridades tributárias não podia ter aplicado uma sanção ao contribuinte transgressor «com o único fim de **obter documentos que supunham existir, mas de cuja existência não estavam certas**» e «não estavam na disposição de obter de outro modo»
- **Saunders v. Reino Unido** (1996): o *privilege against self-incrimination* não abrange «a utilização em processo penal de materiais probatórios obtidos do acusado com recurso a poderes compulsórios mas com uma **existência independente da sua vontade**, entre os quais os **documentos obtidos em virtude de um mandado**»
- **J.B. v. Suíça** (2001): ao contrário da «obrigação de instalar um tacógrafo nos veículos pesados ou de se submeter a uma análise de sangue ou urina», neste caso **não estavam implicados elementos «com uma existência independente da vontade da pessoa afetada»** e, por conseguinte, as autoridades estavam impedidas de obter os documentos pretendidos «por meios coercivos com desrespeito da vontade dessa pessoa»

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

III – Contributo para a harmonização possível entre deveres de colaboração no domínio tributário e *nemo tenetur se ipsum accusare*

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

SOLUÇÕES PRELIMINARES PARA O CONFLITO NO DIREITO PORTUGUÊS

- **Entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência:** assente na compreensão do *nemo tenetur* como princípio permeável a juízos de ponderação e concordância prática, justifica o aproveitamento probatório dos elementos obtidos no cumprimento de deveres de colaboração com recurso à dogmática das *restrições aos direitos fundamentais*, dando como cumpridas no setor da normatividade em apreço as exigências de legalidade da intervenção lesiva e da sua proporcionalidade em ordem à salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (art. 18.º, n.º 2, da CRP)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

DIFICULDADES SUSCITADAS PELA APLICAÇÃO PRÁTICA DESTE CRITÉRIO

- **Habilitação legal bastante?**

Não pode extrair-se sem mais da previsão de deveres de colaboração no apuramento da situação tributária fundamento legal para o aproveitamento das informações no domínio sancionatório (penal e contraordenacional)

Outros fundamentos normativos afiguram-se insuficientes: art. 72.º, n.º 1, do RGIT; arts. 1.º, n.ºs 1 e 3, 62.º, n.º 3, al. j), do RCPIT; art. 69.º, n.º 2, do RGIT

- **Princípio da proporcionalidade?**

A «lei da ponderação» redundaria numa verdadeira aporia: tal como o interesse *individual* em não ser obrigado a contribuir para a própria incriminação, também o interesse *estadual* na obtenção de informação incriminatória varia em proporção direta à gravidade do crime em investigação, de tal sorte que quando é maior o interesse comunitário no combate ao crime — nos casos de terrorismo, por exemplo —, também o é o interesse do suspeito em dissociar-se da perseguição criminal.

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

CORRETOR DOUTRINAL: ELEMENTOS FORNECIDOS DEPOIS DO NASCIMENTO DA SUSPEITA

- **antecipação da constituição como arguido**, que passará a gozar de direito de recusa de colaboração, aplicando-se com as necessárias adaptações o regime consagrado nos artigos 58.º e 59.º do CPP
- o retardamento deliberado do reconhecimento do estatuto de arguido, destinada a facilitar a recolha de elementos autoincriminatórios contra o contribuinte-suspeito ao abrigo dos seus (supostos) deveres de colaboração, equivaleria — para esta tese — a uma forma “desleal e enganosa” de obter as informações probatórias, arrastando a **proibição da sua valoração** num ulterior processo penal ou contraordenacional

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

E OS ELEMENTOS FORNECIDOS ANTES DO NASCIMENTO DA SUSPEITA? – UMA PROPOSTA ALTERNATIVA

- o direito à não autoincriminação deve ser entendido como um instrumento de salvaguarda da autonomia do arguido na **revelação do seu conhecimento sobre os factos**, assegurando-lhe a decisão exclusiva sobre se e em que medida exterioriza ou transmite aos outros o **«conteúdo da sua mente»**
- a coação para a entrega de documentos não ofende o direito à não autoincriminação se as autoridades tiverem **conhecimento seguro sobre a efetiva existência e localização atual dos elementos pretendidos** (a entrega constitui um ato puramente físico, sem nenhuma dimensão comunicativa própria)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

- **conceito normativo de certeza sobre a existência**, assente na ficção de que existem necessariamente todos os documentos imprescindíveis à realização dos fins específicos da disciplina ordenadora em apreço (e cuja conservação seja, portanto, **obrigatória por lei**)
- um documento de conservação obrigatória em ordem à realização de determinadas funções de vigilância e controlo só poderá ser aproveitado para a prova de crimes ou contraordenações iminentes ao concreto sistema regulador (**infrações «intrassistemáticas»**), mas não para a prova de delitos a esse núcleo de interesses (**infrações «extrassistemáticas»**)

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Com a exclusão dos «documentos legalmente obrigatórios» do âmbito de tutela do direito à não autoincriminação na investigação de delitos tributários logra-se

- anular a suposta «quadratura do círculo» representada pela necessidade de preservar a vigência absoluta e irrestrita do *nemo tenetur se ipsum accusare*; e

- assegurar níveis mínimos de realização dos fins do direito tributário (igualmente pela via sancionatória, quando tal se mostre indispensável).

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Muito obrigada pela atenção!



Sandra Oliveira e Silva FDUP
sandra@direito.up.pt

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

11. A transmissibilidade de documentos entre o procedimento administrativo tributário e o processo sancionatório penal ou contraordenacional

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fcn.pt/vod/clips/22ku4kdc5/flash.html?locale=pt>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

12.

**Técnicas de inquirição
e interrogatório - em
especial na criminalidade
económico-financeira**

Carla Costa



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

12. TÉCNICAS DE INQUIRÇÃO E INTERROGATÓRIO - EM ESPECIAL NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA¹

Carla Costa*

Apresentação *Power Point***Apresentação *Power Point***

Técnicas de Interrogatório e Inquirição em Processo Penal
(em especial na criminalidade económico-financeira)

Centro de Estudos Judiciários



Carla Costa, Inspetora da Polícia Judiciária
16 de janeiro de 2015

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Técnicas de inquirição e interrogatório em processo penal”, no Auditório do Montepio (Lisboa), no dia 16 de janeiro 2015.

* Inspetora da Polícia Judiciária, Adjunta no Gabinete do Ministro da Saúde.

Programa



- A importância das Técnicas de Recolha de Prova Pessoal na Investigação Criminal
- Fatores condicionantes da recolha de Prova Pessoal
- Fase de Pré-Entrevista/Pré-Interrogatório
- Atitudes e competências do entrevistador/interrogador

2

Programa (continuação)



Tipos de Entrevista

- Entrevista Cognitiva
- Entrevista Cognitiva Melhorada
- Entrevista Investigativa PEACE

Modelos de Interrogatório

- Técnica de Reid
- Arguidos “colaborantes” / Arguidos “não colaborantes”
- A confissão

- Sistematização de Procedimentos e Boas Práticas

3



4

A importância das técnicas de recolha de prova pessoal na Investigação Criminal

A Entrevista e o Interrogatório

“Entrevista Investigativa”



A importância das Técnicas de Recolha de Prova Pessoal na I.C.



- 90% da atividade de polícia de investigação criminal envolve a recolha, separação, compilação e avaliação de informação (Williams, 2000);
- A prova pessoal é crucial para esclarecer factos, identificar intervenientes e locais onde possa ser recolhida prova material;
- Complexidade dos “objetos de recolha”:
 - Os **arguidos** *podem mentir...*
 - As **testemunhas** *podem mentir...*
 - As **vítimas** *podem mentir...*
 - A **mentira** *pode não ser mentira...*

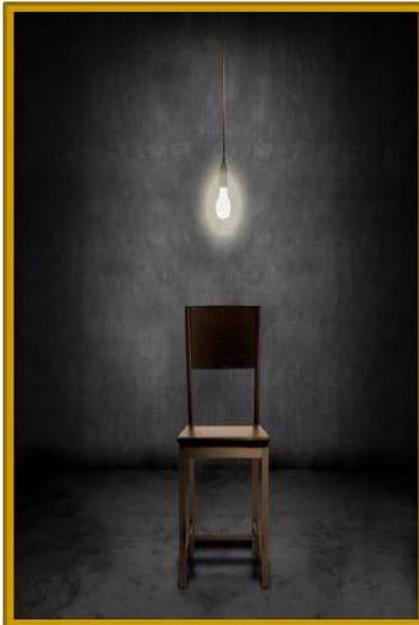
6

Fatores condicionantes...



7

Contexto Espacial



8

A importância do Espaço



9

A importância do Espaço



■ A Sala de Entrevista/Interrogatório

Ideal

- ✓ Exclusiva para o efeito
- ✓ Ambiente neutro
- ✓ Decoração e mobiliário sóbrios
- ✓ Sem distrações para o entrevistado
(Ex.: Estímulos visuais ou acústicos provenientes do exterior)

10

A importância do Espaço



■ A evitar durante a realização da entrevista/interrogatório:

- Interrupções (ex.: pessoas a entrar, telefones a tocar,...)
- Diligência realizada por mais de um elemento:
 - **Um Entrevistador** para **um entrevistado** ou **interrogado**
 - Diligência acompanhada por **outros polícias** ou **profissionais de outras áreas**:
 - Espelho unidirecional ou
 - Circuito fechado de televisão

Podem dar indicações, através de aparelhos discretos, mas sem interromper!

11

Linguagem



■ Linguagem

- Adequada a cada entrevistado
- Frases curtas
- Construções gramaticais simples
- Terminologias corretas

■ A evitar:

- Frases compridas
- Duplas negações
- Frases hipotéticas
- Terminologia jurídica ou da área da psicologia
- Referências pouco claras (ex: *isto, aquilo, ...*)
- Palavras cujo significado varie em função do tempo ou do espaço (ex: *aqui, ali, ontem, amanhã, ...*)

12

Fase Pré-Entrevista



■ Receção do Entrevistado/Interrogado:

- Ir buscá-lo ao corredor, cumprimentá-lo e conduzi-lo à sala onde decorrerá a diligência;
- Sentar-se **só após** o entrevistado/interrogado o fazer;
- Fase de pré-entrevista/pré-interrogatório:
 - *Quebra-gelo* inicial
 - Início da criação de Empatia

13

Fase Pré-Entrevista



Quebra-gelo

Consiste:

Conversa trivial sobre um tema comum: Estado do tempo, dificuldade em chegar à Polícia ou, se possível, *hobbies* ou interesses do entrevistado (2 ou 3 minutos)

Objetivos:

- Diminuição dos níveis de ansiedade/nervosismo do entrevistado/interrogado;
- Avaliação informal do nível de desenvolvimento cognitivo do entrevistado (discurso inteligível, vocabulário adequado, construção frásica correta)

Adequação da linguagem do entrevistador às capacidades do entrevistado/interrogado

14

Fase Pré-Entrevista



Empatia

O estado de empatia, ou de entendimento empático, consiste em perceber corretamente o marco de referência interno “do outro” com os significados e componentes emocionais que contém, **como se** fosse a outra pessoa, isto é, colocar-se no lugar do outro, sem nunca perder essa condição de “**como se**”. A empatia implica, por exemplo, sentir a dor ou o prazer “do outro” da mesma forma que ele o sente, de perceber as suas causas como ele as percebe, sem esquecer que se trata da dor ou do prazer do outro. Se esta condição de “**como se**” estiver presente, encontramos-nos diante de um caso de **identificação**.

Adaptação da definição da Wikipédia

15

Fase Pré-Entrevista



- A empatia permite a criação de *pontes* entre o entrevistado/interrogado e o entrevistador (Collins & Miller, 1994; O'Connor & Seymour, 1995; Lieberman, 2000; Rogers, 1961)
- Deve ser mantida ao longo da diligência (Zunin & Zunin, 1972)

Ninguém revela um segredo, se não houver empatia

- Alguns autores recomendam que se observe a chegada do entrevistado/interrogado ao local da diligência, para se avaliar o seu comportamento e estado mental;
- Vestuário, joias, tatuagens e os veículos conduzidos pelos entrevistados/interrogados são bons indicadores do seu estatuto social e até das suas ideologias políticas (Navarro & Schafer, 2003)

16

Fase Pré-Entrevista



- Aperto de mão:
 - Componente primário na elaboração da **primeira impressão** que formamos acerca de um indivíduo que não conhecemos;
 - Um aperto de mão inapropriado compromete as hipóteses de causarmos boa impressão (Lewis, 1995)
 - Condicionado por fatores como: Firmeza, Duração, Estilo de Apresentação, Contato Visual e Posição Corporal

17

Fase Pré-Entrevista



- **Firmeza:**
 - Um aperto de mão firme evidencia domínio e alguma agressividade (Cacarec & Marke, 1968)
 - As pessoas extrovertidas apertam a mão com mais firmeza que as introvertidas (Chaplin et al., 2000)
 - Apertos flácidos demonstram vergonha e neuroticismo.

18

Fase Pré-Entrevista



- **Duração:**
 - Um aperto de mão vulgar demora, normalmente, três a cinco segundos;
 - Inferior a 3 a 5 segs: Falta de interesse e de entusiasmo;
 - Superior a 3 a 5 segs: Simboliza domínio
- **“Apresentação” da mão:**
 - Um indivíduo dominador inicia o aperto de mão, esticando o braço com a palma voltada para baixo (Pease, 1984; Lewis, 1995)

19

Fase Pré-Entrevista



- **Contato Visual:**
 - Enquanto dura o cumprimento;
 - Uma pessoa dominadora mantém o olhar mais tempo que o normal, enquanto que um indivíduo submisso faz um contacto fugaz e depressa desvia o olhar (Wainwright, 1993)

20

Fase Pré-Entrevista



- **Posição Corporal:**
 - A pessoa que aparenta domínio viola a “zona de conforto” (varia consoante as regiões, os grupos étnicos e o género) da pessoa a quem está a apertar a mão (Lewis, 1995; Pease, 1984)



21

Fase Pré-Entrevista

- Aperto de mão assertivo:
 - Consiste em sorrir e apertar a mão de outra pessoa com mais firmeza e durante mais tempo que o habitual (Chaplin et al., 2000; Pease, 1984; Lewis, 1995)
- Simultaneamente, devemos inclinar-nos para a frente, manter contacto visual (2 ou 3 segs mais) e desviar o olhar para a direita ou esquerda, mas nunca para baixo...



22

Atitudes e competências do entrevistador/interrogador

- Encorajamento da Comunicação
(Técnicas de Motivação)

Competências do Entrevistador



24

Atitudes do Entrevistador/Interrogador

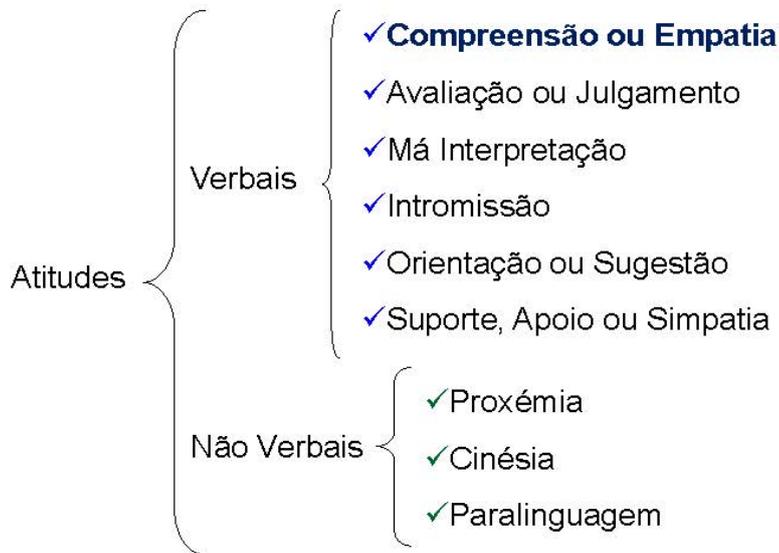


- Dirigir a entrevista/interrogatório ao ritmo do entrevistado/interrogado, respeitando os tempos que este necessita para assimilar a pergunta e dar a resposta.



25

Atitudes do Entrevistador



26

Atitudes do Entrevistador



- **Evitar:**
 - Avaliação ou Julgamento
 - Má interpretação
 - Intromissão na esfera privada do entrevistado/interrogado
 - Orientação ou sugestão do discurso do entrevistado/interrogado
 - *Suporte, apoio ou simpatia*



27

Atitudes do Entrevistador



VERBAIS

Avaliação ou Julgamento – emissão de juízos de valor acerca dos atos do entrevistado ou da informação recebida.

Possíveis consequências

Inibição do entrevistado, podendo levá-lo a sentir-se inferiorizado, culpado, angustiado e a fechar-se (pode interiorizar que os factos em investigação são tão horríveis, que não pode ter sido ele a cometê-los).

Ex.: “Isso é horrível! Só um monstro seria capaz de tamanha atrocidade!!!”

28

Atitudes do Entrevistador



Má interpretação – atribuição de um sentido diferente do pretendido ao discurso do entrevistado.

Possíveis Consequências

Pode causar sentimentos de **incompreensão**, de espanto, de necessidade de retificação, **desinteresse**, **bloqueio** e inibição.

Ex: “De tudo o que acaba de me dizer, podemos afirmar que a sua vizinha é muito desleixada e deixou as chaves na porta de casa na manhã do assalto”.

29

Atitudes do Entrevistador



Intromissão – procura de informação no interesse exclusivo do investigador

Possíveis Consequências

Poderá causar sentimentos de intromissão e devassa da vida privada do entrevistado, sem qualquer ligação à investigação, suscetíveis de gerar **atitudes de defesa** que podem espelhar-se em respostas do tipo **sim/não** ou falta de sinceridade.

Ex.: “Então, diga-me, lá... Sempre é verdade que, para além do casamento, tem um caso com a sua vizinha do 1.º andar?...”

30

Atitudes do Entrevistador



Orientação ou Sugestão – o investigador substitui-se ao entrevistado, orientando o sentido do discurso.

Possíveis Consequências

Além de **adulterar o conteúdo** da entrevista/ interrogatório, tende a criar no entrevistado uma **sensação de inferioridade**.

Ex.: “Não foi nada disso! O que viu de facto foi dois homens e não três, a sair pela janela da casa do seu vizinho! Foi ou não foi?”

31

Atitudes do Entrevistador



Suporte, Apoio ou Simpatia – o investigador apoia o entrevistado revelando uma atitude paternalista.

Possíveis Consequências

Causa sensação de apoio, de uma certa “amizade”. Porém, pode também causar sentimentos de recusa hostil, por **sentir-se objecto de compaixão**.

Ex.: “Num contexto de violência, como esse que o seu companheiro lhe infligia, é muito natural e compreensível que tenha feito o que fez”

32

Atitudes do Entrevistador



NÃO VERBAIS



33

Técnicas de Motivação



Técnicas Motivação

Encorajamento
da
Comunicação

- Recurso a desbloqueadores
 - Projeção da culpa
 - Minimização das ações
 - Negação do dano
 - Racionalização das ações
- Neutralização da culpa
- Procedimento de espelho (ou de eco)
- Procedimento de reformulação
- Pedido de esclarecimento neutral
- Pedido de esclarecimento particular
- Procedimento de repetição
- Incompreensão voluntária
- Gestão de silêncios

34

Técnicas de Motivação



■ Recurso a Desbloqueadores/ “Quebra-gelo”

Se o entrevistador for conhecedor de algo que seja de grande interesse do entrevistado / interrogado (*hobbie*, p.ex.), pode iniciar o diálogo por aí. Funciona como “*porta de entrada*” no diálogo, servindo para diminuir os índices de ansiedade / tensão próprios de quem se encontra nas instalações do Tribunal/Polícia perante o investigador.

Só se deve utilizar no início do diálogo e não deve ocupar muito tempo (não mais do que dois a três minutos).

Ex.: “*Pelo jornal que aí traz, antevejo que é um grande apreciador de futebol?*”

35



Técnicas de Motivação

■ Neutralização da Culpa

□ Projeção da culpa

- Ex.: Situações de violação

“A atitude da rapariga pode não ter sido a mais correta”.

□ Minimização das ações

- Ex.: Situações de homicídio

“Nem sempre há intenção de matar...”

“Os acidentes acontecem...”

36



Técnicas de Motivação

■ Neutralização da Culpa (cont.)

□ Negação do dano

- Ex.: Situações de crime económico

“Se fosse assim tão grave, pessoas com grandes responsabilidades não o fariam.”

□ Racionalização das ações

- Ex.: Situações de corrupção

“A burocracia é tanta que, por vezes, é o que apetece...”

37

Técnicas de Motivação



■ Procedimento de Espelho (ou de Eco)

Pegando nas últimas palavras proferidas pelo entrevistado/interrogado, o investigador dá indicações de continuar atento e disponível para continuar a ouvir.

Ex.:

Entrevistado: (...) e saíram juntos de casa.

Entrevistador: **Saíram juntos de casa e...**

38

Técnicas de Motivação



■ Procedimento de Reformulação

Dar lógica às ideias do entrevistado / interrogado, com o cuidado de **não desvirtuar o sentido** do relato ou de colocar na boca do outro palavras ou conceitos que ele não usou.

Ex.:

Entrevistado: Ela saiu primeiro e foi para o café... Ele já lá estava...Depois saíram juntos e foram para o trabalho...

Entrevistador: **Bom, então está-me a dizer que ela saiu de casa, dirigiu-se ao café, onde ele a aguardava e, posteriormente, saíram juntos do café e dirigiram-se para o trabalho... Compreendi bem?**

39

Técnicas de Motivação



■ Pedido de Esclarecimento Neutral

Solicitar o **aprofundamento** de certo aspeto de uma *forma objetiva* (sem questionar o que foi dito)

Ex.:

Entrevistado: (...) e saiu de casa da parte da tarde.

Entrevistador: **Disse-me que ela(e) saiu de casa da parte da tarde... Recorda-se que horas seriam?**

40

Técnicas de Motivação



■ Pedido de Esclarecimento Particular

Solicitar o **aprofundamento** de certo aspeto de uma *forma subjetiva*, mas sem questionar o que foi dito.

Ex.:

Entrevistado: (...) Nunca pensei que ele fizesse aquilo: nunca teve comportamentos violentos, muito menos foi capaz de utilizar armas...

Entrevistador: **Disse-me que ele nunca foi capaz de utilizar armas. O que o(a) faz pensar assim?**

41

Técnicas de Motivação



■ Procedimento de Repetição

Disciplinar ou ordenar o discurso do entrevistado / interrogado.

Ex.:

Entrevistado: (...) E depois saiu pela janela e desatou a correr... (...)

Entrevistador: Quando disse, há pouco, que o indivíduo saiu pela janela e desatou a correr... consegue dizer-me para onde se dirigiu?...

42

Técnicas de Motivação



■ Incompreensão Voluntária

Perante uma explicação pouco verosímil, o investigador deve **dar claros sinais de incompreensão**. Deve no entanto ter cuidado para não utilizar a atitude de Avaliação e Julgamento (para não inibir o entrevistado/interrogado).

Ex.:

Entrevistado: (...) e a pistola disparou-se e ele foi atingido com um tiro.

Entrevistador: Desculpe, mas não compreendi bem... Disse que a pistola se disparou, mas não disse que estava armado... Explique-me de novo, para ver se consigo entender...

43

Técnicas de Motivação



■ Gestão dos Silêncios

Instalar de forma estratégica **um silêncio desconfortável**, que dê claros sinais de não se estar a acreditar no que se ouve, ou que o entrevistado / interrogado está “*encurralado*” no seu próprio “*álibi*”.

Só deve ser utilizada de forma cirúrgica e só em momentos de grande “*tensão*” do diálogo. Recomenda-se quando o arguido **está na iminência de assumir** a prática do crime e depois de o ter confrontado com elementos de prova que o incriminam de forma clara.

44

Razões para cooperar...



- *Assuma a responsabilidade pelos seus atos. Agir corretamente honra-o a si e à sua família...*
- *Vai sentir-se aliviado, depois de assumir os seus atos e prepara-se para as consequências*
- *Boas pessoas também cometem erros... Nada as impede de obter o perdão...*
- *Faça aquilo que está certo e correto...*
- *Vamos manter esta situação “dentro de paredes”. Os seus familiares, amigos e colegas apenas tomarão conhecimento, se assim o entender...*
- *Já que não colabora, vamos ser forçados a intensificar as diligências de investigação. Isso implica entrevistar os seus vizinhos, amigos, colegas e familiares... O que quer que lhes digamos?...*

45

Encerramento da Diligência



- **Agradecimento**
 - O investigador deve agradecer a disponibilidade e a colaboração do entrevistado
- **Dirimir as divergências**
 - As divergências ocorrem quando as pessoas mantêm duas visões diametralmente opostas sobre elas próprias (Festinger, 1957; Aronson, 1969)
 - Ex: Indivíduos que ocupam cargos de responsabilidade na sociedade ou numa empresa têm mais dificuldade em assumir o cometimento de um crime
 - Os criminosos “mais batidos” não apresentam tanta “resistência” – a sua autoimagem é consistente com as suas ações
- **Dar esperança**
 - Depois de confessar o crime:
 - Alguns perdem a esperança;
 - Como se Mundo tivesse colapsado e se tivessem esgotado todas as alternativas válidas;
 - Importante dizer que tomou a atitude correta, assumindo os seus erros... A Vida continua...

46

Encerramento da Diligência



- **Possibilidade de um novo contato**
 - O investigador deve informar o entrevistado/interrogado que, caso tenha informação adicional, poderá voltar a contactá-lo
- **Acompanhar o indivíduo à saída/elevador**
 - Finda a diligência, o investigador deve cumprimentar o entrevistado/interrogado com um aperto de mão firme e acompanhá-lo à saída/elevador.
- **Avaliação da diligência**
 - O investigador deverá encarar a diligência com espírito crítico, analisando e integrando a informação recolhida e, se necessário, redefinir a estratégia de investigação

47

Modelos Entrevista

- Entrevista Cognitiva
- Entrevista Cognitiva Melhorada
- Entrevista PEACE



Modelos de Entrevista

- Entrevista Cognitiva (*Cognitive Interview – CI*)
 - Desenvolvida por Geiselman, Fisher e seus colaboradores da Universidade da Califórnia, em *Los Angeles*, com o objetivo de melhorar os depoimentos de vítimas e testemunhas.
 - Assenta na premissa que cada memória está intimamente ligada a um “estímulo exterior”;
 - A descoberta do “estímulo” potencia a capacidade de recuperar a memória armazenada.

Modelos de Entrevista



- ❑ A memória tem vários “cubículos de armazenamento” e vários emaranhados;
- ❑ Cada recordação tem o seu “fio condutor”;
- ❑ Por vezes, é necessário recorrer a várias “chaves” para encontrar e resgatar as “memórias”.



50

Modelos de Entrevista



- **Componentes da Entrevista Cognitiva:**
 - ❑ Reprodução Mental do Contexto (*Mental Reinstatement of Context – MRC*)
 - Não apenas físico, mas também subjetivo, isto é, relacionado com estados emocionais, associações de ideias ou sensações vividas naquela circunstância.
 - ❑ Narrativa sem interrupções (“*contar tudo*”)
 - ❑ Recordar acontecimentos por ordem distinta (*ordem inversa*)

Novas perspetivas = Novas Recordações
 - ❑ Troca de perspetiva

51

Modelos de Entrevista



■ Entrevista Cognitiva Melhorada (*Enhanced Cognitive Interview – ECI*):

□ Melhores estratégias para recuperar memórias:

1) Manter a concentração:

- Ambiente não suscetível de distrair o entrevistador;
- Incentivar o entrevistado a fazer um esforço para se recordar, mesmo que diga que “não se recorda”...
- Abster-se de interromper narração fluida;
- Premiar verbalmente o entrevistado pelo esforço em se recordar;
- Adequar as questões às capacidades do entrevistado...

52

Modelos de Entrevista

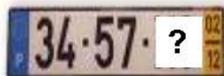


■ Melhores estratégias para recuperar memórias:

2) Aprofundar as questões:



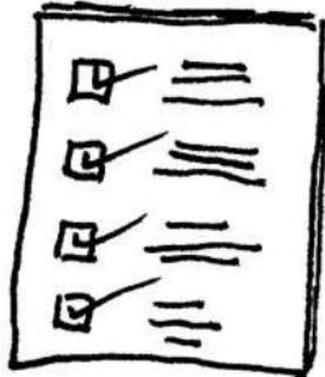
Marca da viatura?



53

Modelos de Entrevista

- Melhores estratégias para recuperar memórias:
 - 3) O entrevistador procede à compilação final:
 - Recordação de pormenores adicionais



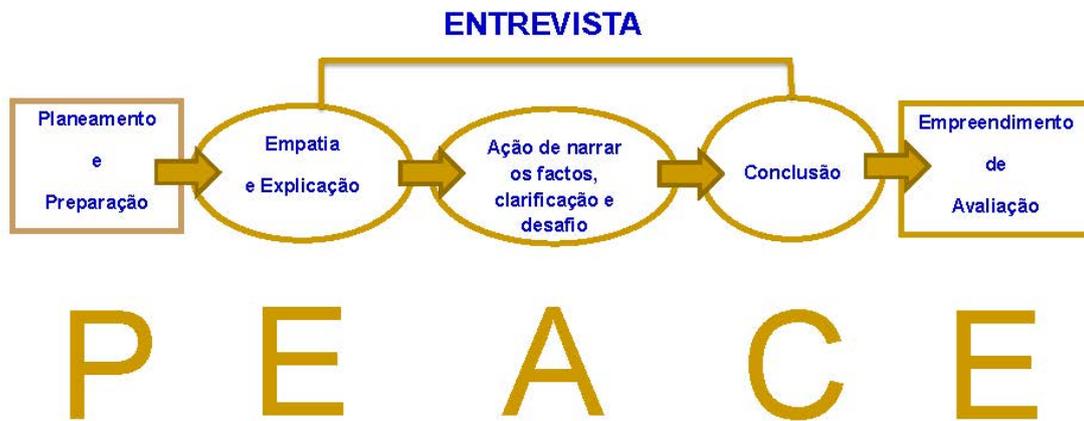
54

Modelos de Entrevista

- Entrevista Investigativa – MODELO PEACE
 - **P** – *Preparation and Planning* (Preparação e Planeamento)
 - **E** – *Engage and Explain* (Empatia e Explicação)
 - **A** – *Account* (Ação de narrar os factos)
 - **C** – *Closure* (Conclusão, encerramento)
 - **E** – *Evaluate* (Empreendimento da avaliação)

55

Modelos de Entrevista



56

Modelos de Entrevista



- **Fases da Entrevista PEACE:**
 - **Empatia e Explicação**
 - **Narração completa, sem adivinhação**
 - **Reprodução mental do contexto**
 - **Recordação livre e ininterrupta**
 - **Questionamento**
 - **Alteração da ordem temporal**

57

Modelos de Entrevista

- **Avaliação da Credibilidade do Depoimento (3Cs)**
 - Colocação de questões mais assertivas sobre provas ou factos relevantes para a investigação;
 - Clarificação de eventuais contradições;
 - Confrontação do entrevistado com elementos já constantes no processo, podendo recorrer a questões cada vez mais fechadas.



58

Modelos de Interrogatório

- **Modelos de Interrogatório**
- **Arguidos “colaborantes”/ “não colaborantes”**
- **A confissão**

O interrogatório do Arguido



- Recolha de informação completa e fiável
- Possibilidade do arguido efetuar um discurso livre:
 - Evitar constrangimentos
 - Impedir enviesamento das suas declarações
- Não partir da premissa que o arguido não quer falar

60

O interrogatório do Arguido



- “Resistência” do arguido:
 - Desconhecimento da quantidade de informação detida pela Polícia
 - Sentimentos de vergonha e de culpa
- O facto de “*contar a sua história*” pode constituir um alívio para si, quase como uma expiação da sua culpa
- Por vezes, o suspeito/arguido experiencia dois sentimentos contraditórios – um **desejo de falar e aliviar a sua culpa**, em simultâneo com a **vontade de manter o silêncio** e, dessa forma, se **proteger das eventuais consequências da assunção dos factos** (Craford, 1994).

61

O Interrogatório em 9 passos

(Inbau, Reid, Buckley e Jane)



62

O Interrogatório em 9 passos

(Inbau, Reid, Buckley e Jane)



- “*Criminal Interrogations and Confessions*”, (2001) – *Bíblia dos Interrogatórios*
- Premissas da *Técnica de Reid* :

❖ Todos os suspeitos/arguidos mentem, uma vez que receiam as consequências de assumir a autoria dos factos;

❖ Apenas confessarão os crimes se perceberem que as ditas consequências são mais vantajosas que persistir na mentira .

63

O Interrogatório em 9 passos

(Inbau, Reid, Buckley e Jane)



Passo 1: Confrontação Positiva

Consiste em dizer ao suspeito, de forma assertiva, que existem evidências de que é ele o culpado

Passo 2: Desenvolvimento do Tema

O interrogador explora um de dois “temas”, consoante o arguido seja do tipo:

- **Emocional** (capacidade para sentir remorsos e arrependimento)
 - Utilização de estratégias de neutralização da culpa (Ex.: *Você não é um mau tipo... se lhe contasse as barbaridades que me passam pela frente...*)
- **Não Emocional** (não sente remorsos e enfrenta o interrogador – atitude mais ostensiva) – Estratégias mais implacáveis (empolando as “*pequenas mentiras*”)

64

O Interrogatório em 9 passos

(Inbau, Reid, Buckley e Jane)



Passo 3: Interrupção das negações

Quanto maior o n.º de vezes que o suspeito/arguido afirmar “*não fui eu*”, maior a sua vinculação a essa ideia... Essas negações devem ser, sistematicamente, interrompidas pelo interrogador

Passo 4: Interrupção das objeções

Sempre que o interrogado forneça explicações pouco críveis, deve ser interrompido, para que se sinta mais vulnerável, face à inutilidade das suas objeções

EX.: “*Ok, tudo bem, mas...*”

“*Sim, pode ser que tenha razão, mas aquilo que realmente importa é...*”

65

O Interrogatório em 9 passos

(Inbau, Reid, Buckley e Jane)



Passo 5: Chamar e reter a atenção do arguido

Consiste em fazer com que o arguido centre a atenção no interrogador, aproximando-se dele ou, mesmo, chamando-o pelo nome

Passo 6: “Mexer” com as emoções do arguido

- Após captar a atenção do suspeito (**Passo 5**), o interrogador deverá apresentar uma explicação para o crime;
- Deve mostrar-se compreensivo e demonstrar-lhe que a melhor alternativa é a confissão, apelando à:
 - Decência
 - Honra
 - Religião
 - Consequências negativas

66

O Interrogatório em 9 passos

(Inbau, Reid Buckley e Jane)



Passo 7: Apresentar-lhe alternativas

O interrogador deverá apresentar ao arguido duas razões alternativas para o cometimento do crime, em que ambas lhe imputam o cometimento dos factos, mas uma apresentará uma aura mais vantajosa

Ex: Descrição do delito como um acidente ou uma perda momentânea da razão...

Passo 8: Fazer com que o arguido conte detalhadamente como praticou o crime, caso decida confessar a sua autoria

Passo 9: Transformar o relato oral, num documento escrito – Elaboração do *Auto de Interrogatório de Arguido*, que deverá ser devidamente assinado pelo arguido e por quem o redigiu

67

O Interrogatório em 9 passos (Inbau, Reid, Buckley e Jane)



Incentivos que podem levar os suspeitos/arguidos a confessar o crime:

- Apelo à decência, à honra, à consciência, à moralidade ou mesmo à religião
 - Ex: Dizer ao arguido que o facto de confessar o crime fá-lo-á libertar-se do sentimento de culpa e, caso acredite em Deus, obterá o perdão divino...
- Demonstrar-lhe que existem provas no processo que evidenciam que é ele o autor dos factos, pelo que a negação não é alternativa e apenas prejudica a sua posição no processo.
- Comunicar-lhe que o facto de confessar poderá fazer com que seja tratado de forma mais indulgente pelo sistema judicial:
 - Ex: Dizer-lhe que o facto de confessar e se mostrar arrependido **poderá** fazer com que o juiz aprecie o caso de forma mais branda, que se reflita na aplicação da pena.

68

Abordagem do Arguido



- Quando **não subsistem dúvidas de que o arguido é o autor dos factos** – **Abordagem Direta e Assertiva**:
- Técnica do facto consumado
 - “*O que está feito, feito está...*” – É preferível assumir e enfrentar as consequências...
- Técnica da exaustão
 - Repetição, de forma constante, paciente e em tom monocórdico, as mesmas questões, levando a que o arguido “quebre”, para se tentar livrar daquele “massacre” de perguntas
- Técnica da compreensão universal
 - Equivale à relativização moral

69

Abordagem do Arguido



- **Abordagem Indireta:**

- **Técnica de Acumulação de Mentiras**
 - Faz-se crer ao suspeito que se acredita nas “mentiras” que vai contando, até o informarmos que estamos por dentro de tudo e sabemos que tudo o que contou é falso. Pedimos que recomece a narrativa, mas dessa vez, com verdade.

70

Abordagem do Arguido



- **Abordagem Emotiva:**

- Consiste em aflorar as emoções do arguido e explorá-las:
 - Enfatizando a gravidade dos factos;
 - Apelando à sua consciência e à opinião daqueles que lhe são próximos;
 - Aumentando ou mitigando os seus sentimentos de culpa.

71

Abordagem do Arguido



■ Abordagem com recurso a artifícios:

- Consiste em inventar uma “*história*” hipotética relacionada com os factos em investigação, atribuindo-a a uma testemunha ocular.

(Carrancho, 2002).

Atenção:

Envolve riscos significativos, pois se não for coincidente com a realidade, o arguido percebe que a Investigação não reuniu nada de palpável contra ele, estando “*completamente às escuras*”. Pode, inclusivamente, levar a que o arguido se remeta ao silêncio.

72

A Confissão



Incentivos

Negativos – Táticas que sugerem que o arguido deve confessar, porque *não tem quaisquer outras alternativas...*

- Confrontar o arguido com provas existentes nos autos;
- Imputando-lhe os factos e fragilizando as suas negações;
- Identificação das contradições e imprecisões na versão apresentada pelo arguido ou apontando a fragilidade do seu alibi;

Positivos – Táticas que sugerem que *será mais profícuo para o arguido*, confessar a autoria dos factos

- Alusão à defesa dos interesses do mesmo;
- Massajando-lhe o Ego;
- Facultando-lhe justificações morais ou desculpas psicológicas;
- Minimizando a gravidade do delito;
- Apelando à importância de colaborar com as autoridades

73

A Confissão



■ Estudos:

- Leo (1996):
 - Com o recurso aos incentivos positivos e negativos, 76% dos interrogados incriminaram-se total ou parcialmente;
 - O sucesso depende diretamente do n.º de táticas utilizadas e da duração do interrogatório
 - Mais eficaz: Apelo à consciência do arguido, identificação de contradições, enaltecimento do arguido e apresentação de desculpas morais...

74

A Confissão



■ Estudos:

- Inbau et al (2001):
 - Apresentação de evidências da culpabilidade do arguido (provas constantes dos autos);
 - Minimização da gravidade moral do ilícito criminal;
 - Demonstração da inutilidade de negar as acusações.
- Pearse e Gudjonsson (1999, citados por Kassin e Gudjonsson, 2004):
 - **Intimidação** – Aumento da ansiedade do suspeito
 - **Desafio Intenso** – Questionamento veemente e assertivo das mentiras e inconsistências
 - **Manipulação** – Justificação ou desculpa do delito

75

Sistematização de Procedimentos e Boas Práticas



- O “kit” de recolha...
- Tipos de Entrevista/Interrogatório
- Formatos de Entrevista/Interrogatório
- Tipos de Perguntas
- Fases da Entrevista/Interrogatório
- Modelo Estratégico



A caixa de ferramentas



As Ferramentas...



- **Pressão q.b.**
 - Incutir muita pressão numa entrevista/interrogatório pode conduzir ao acanhamento do entrevistado e comprometer toda a entrevista
(Aronson, 1969; Gudjonsson, 1995).
- **Paciência**
 - As técnicas de recolha de prova pessoal constituem um verdadeiro exercício de paciência.
- **Gestão dos silêncios**
 - Quando cessa a conversação, verifica-se um certo “desconforto”, que se deve gerir.

78

As Ferramentas...



- **Altas Expectativas**
 - As pessoas tendem a procurar corresponder às expectativas dos outros (Aronson, 1969; Lieberman, 2000).
Ex.:
 - Parece uma pessoa honesta. Espero que venha aqui contar a verdade...
 - Parece uma pessoa que admite os seus próprios erros e assume as responsabilidades pelas suas ações...
 - Parece uma pessoa que escolhe o caminho certo e arca as consequências...
 - Admiro pessoas que falam a verdade... O Sr.(a) parece ter fortes princípios éticos e morais...
- **Estabelecer um padrão de resposta às questões formuladas**
 - O entrevistador deve formular, inicialmente, questões neutras, de modo a dar liberdade ao entrevistado para responder livre e espontaneamente. Posteriormente, poderá empregar questões de confirmação ou mesmo de confrontação, no caso de existirem imprecisões ou contradições no discurso do interrogado.

79

As Ferramentas...



■ Quantidade de Provas Apresentadas

- A confrontação do suspeito/arguido com as provas existentes nos autos é de grande utilidade para que este assuma a autoria dos factos. Está, inclusivamente, comprovado que a força das provas existentes é um bom indicador de uma possível confissão (Cassell & Hayman, 1996).

■ Acusação e Desculpas

- Acusar, de forma abrupta, o entrevistado/interrogado de ter cometido um crime ou duvidar abertamente da veracidade da versão apresentada.
- Pode ter efeitos perversos e levar à exaltação do entrevistado (Gudjonsson, 1995), que pode ser atenuada com uma breve explicação (Edwards & Potter, 1993; Lieberman, 2000).

80

As Ferramentas...



■ Acusação e desculpas

- Estratégias para evitar a exaltação do entrevistado/interrogado

Exs:

- *Compreendo que esteja zangado com as perguntas que lhe fiz, mas é o meu trabalho... Sou um investigador e faz parte da minha função colocar questões difíceis... Você sabe que está a dizer a verdade, mas eu ainda agora o conheci e não sei se me está a dizer a verdade ou não...*

Isto é um assunto muito sério... Faz parte do meu trabalho testar a veracidade de todas as histórias que ouço, no meu trabalho... Se você fosse a vítima deste caso, também esperaria, ou exigiria (!), que eu fizesse tudo ao meu alcance para resolver o caso...

Agora, vamos lá recapitular quais foram as suas atividades no dia em que o crime ocorreu...

81

As Ferramentas...



■ Apelo à cidadania

- Algumas testemunhas são relutantes em participar um crime ou colaborar com as autoridades, chegando a mentir às Autoridades, num primeiro momento.
- Comportamento condicionado nos contactos ulteriores com os operadores judiciais, porque poderá ter receio de justificar o que a levou a omitir elementos ou a mentir e a sofrer as consequências...
- O investigador terá de fazer um apelo à cidadania e explicar-lhe que a alternativa é contar a verdade.

82

As Ferramentas...



■ Preenchimento das lacunas

- Se tivermos um conjunto de pontos disposto de forma a formar uma figura conhecida, não precisamos de um unir, fisicamente, com um recurso a um lápis, para “visualizarmos” a imagem que configuram.
- É o caso das constelações do zodíaco: olhamos para as estrelas e conseguimos imaginar as imagens.
- Faz-se crer ao entrevistado/interrogado que o entrevistador/interrogador tem inúmeras provas em seu poder e o conhecimento total do caso em apreço... “*Está encurralado...*”

83

As Ferramentas...



■ Presunção da “culpabilidade”

- Quando existem provas ou fortes indícios que o arguido cometeu o crime, o investigador pode começar a entrevista com a convicção da sua culpa, centrando a atenção nas razões que o levaram a cometer o crime.

■ Admitindo as possibilidades

- Se o entrevistado não admitir a ilicitude da(s) sua(s) conduta(s), o entrevistador deve levá-lo a admitir as possibilidades. O facto de o arguido admitir a probabilidade de uma ação, coloca-o mais perto de uma eventual confissão.

- **Ex.: Então, diz que não se recorda de ter passado um cheque no mês passado, mas admite como provável, dado o lapso de tempo decorrido, não é verdade?**

84

As Ferramentas...



■ Opção de escolha

- Ter hipótese de escolher dentre duas hipóteses, qual lhe causa “menos mocha”.

■ Errar é humano...

- O entrevistador explicita que errar é uma qualidade dos Humanos... E que remendar o erro, também pode ser.

“Os lápis também têm borrachas”

85

Tipos de Entrevista/Interrogatório quanto ao Planeamento



Tipos

Estruturada

O planeamento leva à construção de um conjunto logicamente ordenado de **questões concretas** (situação mais apropriada para o **Interrogatório**)

Semiestruturada

Se o planeamento leva apenas à identificação de um **conjunto de tópicos** a focar na diligência (situação mais adequada à **Entrevista**)

Não Estruturada

Em que não há planeamento e, como tal, **não se definem previamente questões, nem tópicos** – **Desaconselhado (!)**

86

Formato de Entrevista/Interrogatório



Formato

> Diretiva

✓ Quando a maior parte do tempo é ocupada pelo entrevistador

> Não Diretiva

✓ Quando a maior parte do tempo é ocupada pelo entrevistado/interrogado

> Mista

✓ Se o tempo é equitativamente ocupado por ambos os intervenientes

87

Tipos de Perguntas



Perguntas

- **Convite**
 - ✓ Perguntas abertas que funcionam como um convite para o entrevistado contar tudo aquilo que se recorda, desde o início até ao final
- **De pormenor**
 - ✓ Perguntas abertas que visam completar descrições pouco extensas de factos mencionados na declaração livre ou obter informações sobre factos omitidos pelo entrevistado/interrogado
- **Diretas**
 - ✓ Centram-se num acontecimento específico, dentro de um determinado episódio (ex.: após narração com poucos detalhes, inconsistente ou implausível)
- **Confirmação de hipótese**
 - ✓ Só se devem utilizar para avaliar as hipóteses alternativas

88

Fases da Entrevista/Interrogatório



Fases

- ✓ **Planeamento**
 - ✓ Deve ser estruturado do Geral para o Particular
 - ✓ Das questões genéricas para as mais específicas, sobre factos concretos
- ✓ **Execução**
 - ✓ Dois momentos
 - Diálogo**
 - Deixar **responder livremente** às questões formuladas
 - **Clarificar imprecisões/contradições**
 - **Confrontar** as contradições com elementos constantes no Processo
 - Escrita**
 - Redação do **Auto de Inquirição** ou de **Interrogatório** (antes da **Lei n.º 20/2013, de 21 de fevereiro**)
- ✓ **Análise e integração da Informação Recolhida**
 - ✓ Integração da Informação e **redefinição da estratégia de investigação**, face aos “novos” elementos recolhidos

89

Sistematização de Procedimentos



■ *Modelo Estratégico*

De entre outros modelos estratégicos que possamos definir face a determinadas entrevistas / interrogatórios em concreto, poderemos aplicar a qualquer uma o **Modelo do Triângulo Invertido**.

90

O Modelo do Triângulo Invertido



Fase 1

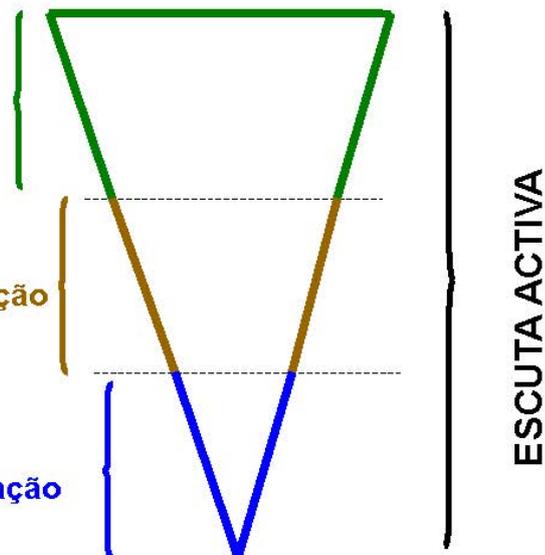
Perguntas abertas

Fase 2

Perguntas fechadas de confirmação

Fase 3

Perguntas fechadas de confrontação
(se necessário)



91

Escuta Ativa



O entrevistador deve manter-se concentrado no ato comunicacional que desenvolve, devendo manter uma total capacidade e disponibilidade para ouvir o entrevistado e para interpretar as suas respostas, conjugando-as com a convicção que denote através da linguagem não verbal.



92

Escuta Ativa



Implica

- Apreender e compreender conteúdo e sentimentos.
- Responder aos sentimentos expressos.
- Aceitar as expressões e sentimentos, tanto positivos quanto negativos.
- Não fazer julgamentos.
- Perceber o tom de voz, a fluidez do discurso, as pausas, as vacilações, construção das frases.
- Observar a linguagem não-verbal (postura, expressão facial, gestos, olhar, movimentação das mãos, pernas e pés, respiração).

93

O Modelo do Triângulo Invertido



Fase 1 – Perguntas Abertas

O entrevistador parte para a sua entrevista como se da primeira diligência de investigação se trate, assumindo uma **perspectiva de ignorância** face aos factos.



ESCUTA ACTIVA

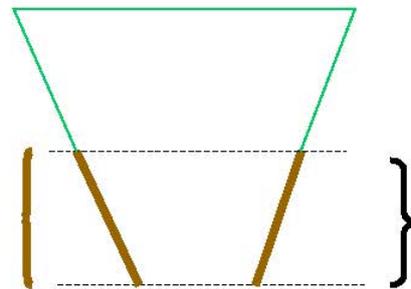
94

O Modelo do Triângulo Invertido



Fase 2 – Perguntas Fechadas de Confirmação

Através de **perguntas fechadas**, o entrevistador esclarece, faz pontos de ordem e confirma com o entrevistado toda a informação que ele cedeu anteriormente. Mantém uma perspectiva de ignorância face aos factos.



Mantém a mesma atitude de Escuta Activa

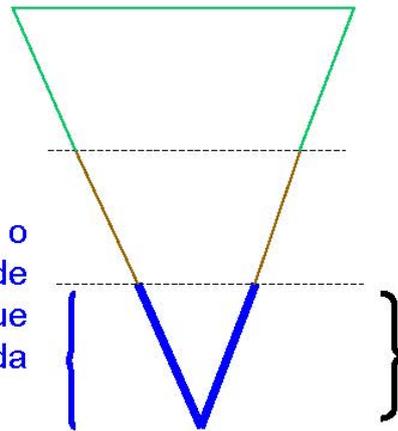
95

O Modelo do Triângulo Invertido



Fase 3 – Perguntas Fechadas de Confrontação

O entrevistador confronta o entrevistado com elementos de que já era conhecedor e que contrariam a versão apresentada nas fases anteriores.



Mantém a mesma atitude de Escuta Activa

96

O Modelo do Triângulo Invertido



Fase 1 – Perguntas abertas

O entrevistador parte para cada entrevista numa perspectiva de ignorância.

Fase 2 – Perguntas fechadas de confirmação

Através de perguntas fechadas, o entrevistador confirma com o entrevistado a respostas por ele dadas na fase anterior.

Fase 3 – Perguntas fechadas de confrontação

O entrevistador confronta o entrevistado com elementos que já conhecia e que contrariam a sua versão apresentadas nas fases anteriores.

ESCUTA ACTIVA – O entrevistador deve manter-se concentrado e demonstrar essa concentração e convicção no acto comunicacional.

97

Aplicação à Criminalidade Económico Financeira



Segundo o Conselho da Europa...

Conjunto de ações “praticadas por duas pessoas, ou mais, que participam conjuntamente num projeto criminal, com o fim de obter poder e lucro através de negócios ilegais, ou de atividades a estes associados, recorrendo à violência e à intimidação, e usando de influência junto das esferas política, dos media, da economia, do governo e da justiça.”

98

Aplicação à Criminalidade Económico Financeira



Caraterísticas da Criminalidade Económico-Financeira

- **Elevado nível de organização e especialização** (*empresarialização* do crime) – Indivíduos com dedicação exclusiva e elevada qualificação em diversas áreas
- **Permeabilidade do Estado** – *Infiltração* dos agentes do crime, corrompendo ou aliciando funcionários para omissões dolosas e/ou para obtenção de informações privilegiadas, (...);
- **Criminalidade difusa** – Ausência de vítimas fisicamente individualizadas
- **Danos pouco visíveis**
- **Globalização** – Capacidade de adaptação dos agentes às novas tecnologias, com alteração dos *modi operandi* em resposta a novos padrões de segurança de empresas e/ou instituições (*dinâmica de empresas de fachada*, alterações de local e de áreas de atuação,...)

99

Principais dificuldades...



- Processos volumosos (n.º volumes e de apensos) – **Elaboração de Índices dos volumes e apensos**
- E complexos (!)
- Multiplicidade de Intervenientes;
- Especificidade das matérias (**Especialização das Secções de Investigação da PJ e da Magistratura**)
- Inquirições e interrogatórios morosos – **desgaste e cansaço**

100

Aplicação à Criminalidade Económica Financeira



- **Dar primazia ao planeamento da entrevista/interrogatório**
 - De acordo com a tipificação dos factos em investigação, definir claramente qual o objetivo da diligência (o que importa apurar, esclarecer, clarificar,...)
 - Fazer o *TPC* (quem é a pessoa que se vai inquirir/interrogar e que papel desempenhou nos factos em apreciação) – Delinear a melhor forma de abordagem, adequação às características do entrevistado/interrogado
 - Marcar com *clips, post its, (...)* toda a documentação que deverá ser exibida ao entrevistado/interrogado.

101

Recolha de Prova Pessoal



- **Início da Diligência:**
- Criação de Empatia e explicação do papel que o entrevistado/interrogado terá naquele ato
- Dar oportunidade para uma narração livre, sem interrupções, com recurso a perguntas abertas e reorientação do discurso, sempre que o entrevistado/interrogado se dispersar.
- Só após a narração, iniciar a fase de questionamento, procurando esclarecer pormenores essenciais, colocando questões assertivas e confrontando o entrevistado com incongruências ou com elementos de prova constantes dos autos (*elementos previa e devidamente identificados*).

102

Recolha de Prova Pessoal



- **Encerramento da Diligência e Avaliação**



103



**OBRIGADA PELA VOSSA
ATENÇÃO!**

Carla Costa
carla.costa@ms.gov.pt

104

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

13.

**Lei das Armas
(perplexidades, dúvidas
e algumas outras questões)**

Maria Teresa de Teixeira
de Simões Morais



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

13. LEI DAS ARMAS (PERPLEXIDADES, DÚVIDAS E ALGUMAS OUTRAS QUESTÕES)¹

Maria Teresa de Teixeira de Simões Morais*

Vídeo da apresentação

A Lei das Armas, aprovada pela Lei n.º 5/2006 de 23 de Fevereiro, nas suas sucessivas alterações faz lembrar – desde logo – uma pequena história de um livro de filosofia²:

Um indivíduo de uma tribo responde prontamente a um antropólogo que: $2 + 2$ é igual a 5. E passa a explicar:

Primeiro, dou dois nós numa corda.

De seguida, dou dois nós noutra corda. E, quando as uno, fico com 5 nós.

E é perante esta série de nós, que me proponho partilhar algumas dúvidas:

Estamos aqui no âmbito dos crimes de perigo comum em que a censurabilidade jurídico-criminal se situa a montante de um possível resultado desvalioso que se pretende prevenir e evitar.

Ou, como melhor diz Maia Gonçalves:

«Os crimes de perigo comum constituem a consagração de uma linha de pensamento da política criminal que acha necessária a intromissão do direito penal para salvaguardar certos bens jurídicos que a nossa sociedade tecnológica põe em perigo.»... «O ponto crucial destes crimes... reside no facto de que condutas cujo desvalor de acção é de pequena monta se repercutem, amiúde, num desvalor de resultado de efeitos não poucas vezes catastróficos.» (*Código Penal Português*, 13.ª ed., pág. 805).

Dentro deste grupo, estamos perante um sub-grupo:

- De crimes de perigo abstracto;
- Por contraposição aos crimes de perigo concreto (de que é exemplo típico a condução perigosa de veículo rodoviário).

Aqui, é necessário que se verifique a iminência de um ataque a determinados bens jurídicos: como vida, integridade física ou bens patrimoniais de valor elevado.

¹ Apresentação decorrida no âmbito da ação de formação “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, no Auditório do CEJ (Lisboa), nos dias 5, 12, 19 e 26 de fevereiro de 2016.

* Procuradora da República.

² «Platão e um Ornitorrinco entram num bar...» Thomas Cathcart e Daniel Klein, Publicações Dom Quixote

Já nos crimes de perigo abstracto – como é o caso da Lei das Armas – basta que a conduta do autor se enquadre numa das previsões normativas.

Ou seja:

O perigo foi considerado antes (pelo próprio legislador) para a tipificação criminal da conduta, mas não é elemento do tipo.

Numa segunda ordem de considerações: relembra-se que, à excepção do art.º 88.º, em todos os outros casos estamos perante crimes dolosos (ou seja, decorrentes de uma conduta voluntária do respectivo autor).

Assim o determina/aconselha a Convenção das Nações Unidas, de 2003, contra o Fabrico e o Tráfico Ilícitos de armas de fogo.

Em contraposição, no regime de mera ordenação social (as contra-ordenações), o art.º 104.º da Lei das Armas prevê a punição, generalizada, por tentativa e por negligência.

Mas se a punição a título de negligência tem de estar expressamente consagrada (sendo-o para as contra-ordenações, mas não para a generalidade dos crimes).

Já a punição por tentativa está legalmente prevista nos arts. 22.º e 23.º do Código Penal, ou seja para todos crimes puníveis com pena superior a três anos de prisão.

E então, desde 2009, passou a ser sancionada também a tentativa de detenção de armas da Classe E, armas brancas, munições etc., ou seja, a previsão da al. d) do n.º 1 do art.º 86.º, que agravou a pena de 3 para 4 anos.

Feito este intróito, abtemo-nos, por ora, de qualquer consideração sobre as definições e classificações desta Lei e – usando a *linguagem bélica* – passamos já, *de rajada*, para os tipos legais de crime.

Desfolhando este Diploma, desde logo nos deparamos com dois tipos de crime cuja respectiva sistematização não nos parece louvável, porque algo escondidos por entre «normas de homologação» e «normas de conduta»:

Referimo-nos:

- Ao **n.º 4 do art.º 29.º** que pune, como desobediência qualificada, o facto de o respectivo autor não depositar a arma e respectivos documentos na PSP quando não lhe é autorizada ou renovada a licença de uso e porte;
- e
- Ao **art.º 45.º** que, em conjugação com o art.º 88.º, nos causa a primeira grande perplexidade.

Assim:

O portador de uma arma pode ser obrigado a submeter-se a exame para detecção de influência de álcool ou de outras substâncias psicotrópicas, sendo a recusa punida como crime de desobediência qualificada (348.º Código Penal) e, portanto, com uma pena até 2 anos de prisão.

Incompreensivelmente:

O uso e porte de arma com uma taxa (de álcool) igual ou superior a 1,2 g/litro é punido com pena até 1 (um) ano de prisão.

Por outro lado, não se percebe a discrepância entre esta norma do art.º 88.º da Lei das Armas com o art.º 29.º da Lei da Caça que – em nosso entender deveria prever uma moldura penal semelhante (senão, mesmo, agravada) – mas onde se estabelece, para o exercício da caça sob influência do álcool, uma pena de multa até 120 dias (sendo que, na Lei das Armas, a multa ascende aos 360 dias).

Mas as incongruências não se ficam por aqui:

Recorrendo às definições legais do art.º 2.º, temos:

- Detenção de arma: ter em seu poder ou disponível para uso imediato (uma arma);
- Porte de arma: o acto de trazer consigo uma arma branca, ou municiada, ou carregada, ou em condições de o ser para uso imediato;
- Uso de arma: o acto de empunhar, apontar ou disparar uma arma.

Constata-se assim que o legislador veio agora restringir a definição de «detenção» de arma – que, na versão anterior, não pressupunha o requisito «uso imediato» – criando, quanto a nós, confusão ou sobreposição dos conceitos entre «detenção» e «porte».

Só que:

E depois destas definições, o legislador vem dizer que, para os efeitos do referido art.º 45.º - nomeadamente, para o autor ser obrigado ao referido exame (de detecção de álcool, ou substâncias estupefacientes ou psicotrópicas) – a «detenção» só é relevante quando a arma estiver na esfera de disponibilidade imediata do detentor, montada, municiada e apta a disparar.

Ou seja, em nosso entender, bastava cortar – no n.º 1 desse art.º 45.º – a expressão «detenção», ficando apenas as situações de uso e porte, para estarem cobertas as situações que se queriam previstas, sem que houvesse necessidade de uma outra definição (dentro da mesma lei) sobre o que se entende por detenção.

Mas retomando ainda o art.º 88.º, a leitura deste artigo faz-nos concluir que:

– A punição da detenção (aqui nos termos definidos pelo no art.º 2º) e de transporte, reporta-se às situações de desrespeito pelas normas de segurança do art.º 41º;

Pelo que:

– A influência do álcool, ou substâncias estupefacientes só tem relevância criminal quanto ao uso e porte de arma.

Mas porquê misturar estas duas situações distintas?

Ou seja, separando em cerca de 43 artigos a responsabilização criminal pela recusa de teste e pelo uso e porte sob efeito de álcool ...

O legislador juntou, a cada uma destas situações, outros casos perfeitamente diferenciáveis, ou seja, a detenção, uso e porte e transporte fora das condições de segurança (ligadas, sobretudo, às próprias armas e seu acondicionamento e, não, ao «agente» em si).

Ainda e no que concerne ao detentor, portador ou transportador de uma arma, a lei prevê a respectiva punição se o mesmo se encontrar sob influência (para além de substâncias psicotrópicas) de produtos com efeito análogo perturbadores da aptidão física mental ou psicológica, mas já não perante a recusa a teste para detecção deste tipo de substâncias.

E há testes? Que tipo de testes?

Ainda neste aspecto – de produtos perturbadores da aptidão física, mental ou psicológica – estamos perante conceitos tão abertos (absolutamente indefensáveis nas leis penais), que há que apelar à sensatez do aplicador.

De outro modo, um portador de arma que tenha tomado, por ex. um anti-histamínico poderia ser criminalmente responsabilizado por este ilícito.

Feitas estas considerações, entro agora em **terreno minado**:

Ou seja, no art.º 86.º da Lei das Armas.

Esta norma divide-se em duas partes distintas, conforme sugere a sua própria epígrafe.

Uma – de detenção de arma proibida.

Outra – de crime cometido com arma (mesmo que autorizada ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente).

E assim, estas diferentes situações (porque tão estruturalmente autónomas) levam-nos a perguntar se não seria mais defensável a respectiva separação normativa.

É que, além do mais, o n.º 3, n.º 4 e n.º 5 do referido artigo reportam-se a situações não directamente ligadas ou dependentes dos números anteriores, mas a uma certa ideia de «Parte Geral» como existe no Código Penal.

Dito isto:

Os Magistrados do Ministério Público dividiam-se quanto à responsabilização criminal dos detentores de armas que não renovavam atempadamente as respectivas licenças.

Uns, defendiam que se tratava de uma conduta negligente e, portanto, não punível.

Outros optavam pela não punição por falta de consciência da ilicitude.

E, por fim, outros propendiam para a responsabilização criminal do detentor.

O grande mérito da versão de 2011 foi o de clarificar tal questão jurídica ou – dito de outra forma – de descriminalizar a detenção de arma sem renovação da respectiva licença no prazo de 180 (cento e oitenta dias) a contar da data da caducidade, relegando esta situação para um ilícito de mera ordenação social (nos termos do art.º 99.º-A n.º 1, n.º 2 e n.º 3 – consoante a classe das armas).

Mas criou-se, neste contexto, um novo crime:

«A notificação do auto de notícia relativa à contra-ordenação» reportada a todas as armas (com excepção das da classe F) «será complementada com a advertência de que o arguido deve proceder à renovação da licença ou solicitar a sua titularidade ao abrigo de outra licença aplicável, no prazo de 15 dias, sob pena de, findo esse prazo, a detenção de arma passar a ser considerada detenção fora das condições legais, para os efeitos do n.º 1 do art.º 86.º».

Ainda no que concerne ao n.º 1 do citado art.º 86.º, a sua leitura – desde a versão inicial – acarretou uma espécie de desilusão por expectativas goradas.

Eu explico-me:

Ao ler o art.º 3.º deparamo-nos com uma exaustiva classificação das armas em sentido descendente de perigosidade (julgava eu).

Mas este critério de classificação não tem qualquer correspondência da graduação do grau de ilicitude estabelecida pelas várias alíneas do citado n.º 1 do art.º 86.º.

E assim, por exemplo, podemos ver armas da classe A enquadráveis na previsão da al. d), ou seja, na menos gravosa de todas.

Já no que diz respeito ao regime geral previsto por este art.º 86º.

Estabelece o n.º 3 que as penas aplicáveis aos crimes cometidos com arma são agravadas de 1/3 nos seus limites mínimo e máximo, excepto se:

– O porte ou uso de arma for elemento do respectivo tipo de crime;

ou

– A lei já previr agravação mais elevada para o crime em função do uso e porte de arma.

De imediato, a pergunta que surge é se tal agravação se aplica a todo e qualquer crime?

Qual a lógica ou fundamento desta agravação, por exemplo, nos crimes contra a honra?

Ou, em termos mais gerais, nos crimes em que não existe «confronto» directo entre o autor e a vítima, ou nos crimes em que, de todo, não existe vítima?

E este n.º 3 encontra-se intimamente interligado (numa relação de dependência recíproca) com o n.º 4, onde se refere «mesmo» que o autor se encontre autorizado ou dentro das condições legais ou prescrições da autoridade competente».

Voltamos então a perguntar, por exemplo: se um caçador cometer um crime contra a preservação da fauna e das espécies cinegéticas (caçador esse que se pressupõe armado), vê a sua responsabilidade criminal agravada por dispor, como é natural, de uma arma?

Importa, pois, também aqui não **accionar o gatilho** de imediato.

Apelando ao entendimento de Faria Costa, em anotações ao crime de furto qualificado (e passo a citar):

«Se a arma não teve qualquer interferência, mormente de ordem subjectiva por parte do agente da infracção (isto é: o agente levava a arma, nem sequer se recordava de que consigo a trazia, e furta uma garrafa de whisky no supermercado), não há lugar à qualificação...»

E o mesmo autor inclina-se a «acompanhar todos aqueles que centram a característica essencial da noção de arma» (digo eu, nestes casos) «na capacidade de provocar nas pessoas ofendidas ou nos circunstantes medo justo ou receio de poderem vir a ser lesadas no corpo ou na vida através do seu emprego».

A esta «doutrina da impressão», atrevo-me a somar um outro critério, agora ligado ao próprio autor do crime. Ou seja, agravação dos factos poderá funcionar também, quando o mesmo se sente favorecido/«superiorizado» pela posse da arma.

E, deste modo, chegamos à problemática da comparticipação.

Parece-nos aqui que o legislador *deu um tiro no pé!*

Diz o n.º 4 que «o crime é cometido com arma quando qualquer participante traga, no momento do crime, arma aparente ou oculta».

E quando falamos em comparticipação, estamos a abranger os casos de autoria imediata, autoria mediata e, também, de cumplicidade.

Estas definições são de extrema importância na abordagem desta norma.

Vamos supor que alguém determina ou instiga outrem à prática de uma agressão. Assim, só assim!

Este autor moral pode, muito bem, perder o domínio do facto quanto ao modo de execução, que é deixada ao arbítrio do autor imediato.

Ou melhor ainda, e se este executante extravasa o âmbito da resolução criminosa do autor moral ou do instigador e, por sua iniciativa, se mune com uma arma?

Arma essa, que pode muito bem, nem sequer, ser usada ou manter-se sempre oculta!

E assim:

Porquê, ou com que fundamento, se agrava a punição do primeiro?

Mais problemática é, ainda, o caso da cumplicidade. Este participante, não tem qualquer domínio sobre o facto principal, limitando-se a prestar auxílio (material ou moral) ao autor, facilitando, pois, o cometimento de um ilícito que – mesmo sem ele – poderia ser consumado.

Por outro lado:

Numa primeira abordagem seríamos levados a pensar que estamos (apenas) no âmbito da problemática da ilicitude, ou mais concretamente, do grau de ilicitude.

Só que a doutrina e jurisprudência têm defendido que as agravantes, por exemplo nos casos dos crimes de furto e roubo (e, portanto, nomeadamente, pela posse de arma aparente ou oculta) não são de aplicação automática e prendem-se com um juízo de especial censurabilidade do respectivo autor.

E então, entramos aqui no domínio da culpa.

Da pessoalíssima culpa do art.º 29.º do Código Penal, onde se refere que «cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes.».

É que se a culpa é pressuposto da punição, é também – concomitantemente – limite para a própria punição.

Noutra linha de pensamento, e por uma questão de coerência sistemática, entendemos que deveria ter sido efectuada uma ligação do n.º 1 do art.º 42.º com a referida espécie de parte geral (ou seja, n.º 3, 4 e 5 do art.º 86.º).

Estabelece-se aqui o que se considera «uso excepcional de arma de fogo», ou seja, o respectivo uso «como último meio de defesa, para fazer cessar ou repelir uma agressão actual e ilícita» etc.

Deste modo é inevitável associar este regime ao das causas de exclusão da ilicitude previstas no Código Penal e, mais concretamente, à legítima defesa.

Sejamos claros:

Esta redacção restringe, em vários requisitos, o conceito geral de legítima defesa.

Ao ser assim, deveria então – o legislador – esclarecer expressamente esta sua opção, não remetendo este regime excepcional para o Capítulo das «normas de conduta».

Intitulando-se, sem mais, estas situações como de «uso de armas de fogo», não prevendo expressamente estas situações como causas de exclusão da ilicitude e, não sendo feita qualquer referência ao regime da legítima de defesa (que se quis restringido), em que ficamos?

E mais:

As restantes causas de exclusão da ilicitude (nomeadamente o direito de necessidade) são aqui aplicáveis?

Por outro lado, chegamos a louvar a opção prevista no art.º 89.º desta Lei, ou seja, a punição de quem (*não estando especificamente autorizado por motivo de serviço ou por autoridade*) transportar, detiver, usar, distribuir ou for portador de quaisquer armas, munições, engenhos, etc., em:

- Recintos desportivos;
- Recintos religiosos;
- Zonas de exclusão;
- Estabelecimentos ou locais onde decorra manifestação cívica ou política; - estabelecimentos ou locais de diversão; e

– Feiras ou mercados.

E, se na alteração legislativa de 2013 se acrescentou (finalmente!):

– Os estabelecimentos de ensino.

Ficaram ainda de fora os estabelecimentos hospitalares, locais afectos à administração da justiça ou, mesmo, outros locais da administração pública, de interesse público ou de prestação de serviços públicos (nomeadamente, de transportes³).

Daí que, considerando o princípio da tipicidade do direito penal (e decorrente impossibilidade da aplicação analógica), se questione da verdadeira necessidade desta norma que, porque de cariz taxativo, deixa de fora (quase inevitavelmente) situações cuja ilicitude poderá justificar uma maior punição.

Ora, atenta a amplitude das molduras penais previstas em cada tipo legal de crime (e, no caso, da detenção de arma), é ao aplicador do direito que caberá aferir, em cada caso em concreto, do respectivo grau de ilicitude.

E assim, evitar-se-iam também, e numa outra ordem de ideias, perversões que esta norma pode gerar (recorrendo-se aqui ao que já ficou dito sobre o n.º 3 do art.º 86º).

A este propósito e em jeito de parênteses, refira-se também a eventual incoerência do sistema jurídico considerado como um todo, por omissão – na Lei de Política Criminal – dos crimes previstos na Lei das Armas, fazendo-se apenas referência expressa ao crime de tráfico de armas.

Ainda e a talhe de foice, não se descortinam os motivos para não integrar este último crime – de tráfico de armas – no Regime Jurídico das Acções Encobertas, nomeadamente, pelo carácter continuado e, muitas vezes, transfronteiriço deste tipo de condutas.

Também a título de nota, importa salientar que – não obstante a preocupação do legislador em proceder (no art.º 2.º) a definições exaustivas, por comparação às simples 6 (seis) definições do Protocolo Adicional à referida Convenção das Nações Unidas, não se encontra na Lei em apreço a definição do conceito de tráfico de armas, pelo que qualquer conduta descrita no art.º 87.º poderá ser considerada como tal.

E isto, também por contraposição ao Protocolo da Convenção das Nações Unidas, que restringe tal conceito (dito aqui em termos gerais e imprecisos) a qualquer tipo de passagem de armas de um Estado para outro Estado.

Acresce ainda dizer que esta Lei acaba por **disparar** em todos os sentidos, estendendo-se a outras áreas de tutela penal, onde cria mais problemas que soluções.

³ Anote-se da existência de uma alteração legislativa em Abril de 2011, após os atentados de Madrid (Atocha) a 11 de Março do mesmo ano.

Olhemos, por exemplo, para o art.º 107.º, ou seja, para o regime de apreensão das armas:

«O Agente ou autoridade policial proceda à apreensão das armas de fogo/munições/licenças e manifestos quando:

– Quem as detiver, portar ou transportar se encontrar sob influência de álcool, estupefacientes, substâncias psicotrópicas ou produtos de efeito análogo (o que quer que isto seja!).

Mas também:

– Houver indícios da prática pelo suspeito de crime de maus tratos a cônjuge, a quem com ele viva em condições análogas, a progenitor de descendente comum em 1.º grau, a pessoa menor ou particularmente indefesa, etc., etc.

Abstendo-nos de comentar a infelicidade ou desactualização terminológica desta norma – que, segundo nos parece, pretende abranger os crimes de violência doméstica e de maus tratos – impõem-se ainda aqui várias perguntas:

Ou seja:

– Quando é que se verifica a «*probabilidade da sua utilização*»?

E, por outro lado:

– É à entidade policial que cabe aferir a existência de indícios destes crimes?

É que, de acordo com a respectiva redacção – que refere «*perante queixa, denúncia ou constatação de flagrante*» – a resposta parece ser em sentido afirmativo.

Suspeita nossa que vem confirmada no n.º 3, quando refere a transmissão da notícia do crime ao MP e a comunicação da apreensão.

E pareciam assim, com o que foi dito, arrumadas as questões jurídico-penais sobre as armas, neste Diploma que se quis tão exaustivo que já conta com cinco alterações.

Esquecendo esta lei que o Código Penal, «diploma base», resolve na sua parte geral muitas das questões que este Diploma veio complicar, nomeadamente ao nível da ilicitude, da responsabilização e do grau de culpa.

Mas há também que não esquecer outros Diplomas que se interligam ou, como é o caso da Lei da Caça, até conflituam com este.

E, para além da referida Lei, do Regime sobre o Recurso a Arma de Fogo em Acção Policial, estamos em crer que se mantém em vigor o art.º 4.º do Decreto-Lei n.º 48/95 de 15 de Março, que reza assim:

«Para efeito do disposto no Código Penal, considera-se arma qualquer instrumento, ainda que de aplicação definida, que seja utilizado como meio de agressão ou que possa ser utilizado para tal fim».

Ou seja, para enquadramento no tipo ou nas agravantes de um qualquer ilícito previsto neste Código, esqueçamos a exaustiva (mas também redutora) tipificação da Lei das Armas, podendo dar relevância uma faca de mato, faca de cozinha, a uma pedra, etc., etc.

Mas também aqui há um «mas»: de que falamos quando recorremos ao conceito «que possa ser utilizado para tal fim»?

Ou seja, e segundo o Sr. Conselheiro J. Souto de Moura: «O princípio da materialidade do facto implica que o crime seja sempre um comportamento exteriormente observável. Na verdade, tem-se entendido que só assim se evitam duas enormes perversões dos regimes totalitários: um direito penal da disposição interior ou de mera intenção e um direito penal só ao serviço da perigosidade, que punisse *sine, ante ou praeter delictum*.» (*Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano I, n.º 4, pag. 579).

Só que este Diploma ainda nos levanta uma outra série de perplexidades face à previsibilidade estabelecida no n.º 1 do art.º 86º.

Daí que recorra ao exemplo de um processo investigado com a equipa do Departamento de Armas e Explosivos da Polícia de Segurança Pública.

No âmbito do mesmo, foi encontrado num compartimento de arrumos abafado existente na garagem da habitação (sim, onde o arguido accionava o motor da sua viatura!) e mesmo por baixo do quarto de dormir:

- 150 metros de rastilho;
- 17,5 kg. de pólvora negra;
- 66 velas «Riodin»; e
- 150 detonadores.

Enfim, tudo o que é preciso para uma «boa» explosão!

E aqui relembro, para quem conhece a cidade do Porto, que na implosão de uma das Torres do Bairro do Aleixo – edifício de «13 pisos acima da cota de soleira e um abaixo desta», cada um daqueles «composto por 5 habitações independentes») – foram utilizados 157 Kgs. de produtos explosivos, tendo-se estabelecido um *perímetro de segurança* de cerca de 150 metros, com completa evacuação de todos os habitantes das torres habitacionais anexas.



É que, para «apenas» 25 Kgs. de explosivos é obrigatória uma distância de segurança de 35 (trinta e cinco) metros em relação a uma via de comunicação e de 58 (cinquenta e oito) metros em relação a uma habitação (nos termos do Decreto Lei n.º 139/2002, de 17 de Maio, que estabelece diversos tipos de segurança de distância, nomeadamente, de vias de comunicação, edifícios habitados ou a linhas aéreas de distribuição de energia eléctrica).

Retomando, então, o referido processo e este ponto de comparação (a referida torre habitacional), permitam-me resumir uma conversa telefónica interceptada entre um vendedor e um comprador:

O comprador pede: «250 metros de cordão, uma caixa de detonadores, 25 kgs, dinamite e um rolo de rastilho», sendo que a respectiva entrega aconteceu num Posto de Abastecimento de Combustível e todo este material foi guardado num veículo estacionado no parque do restaurante (aberto ao público) de que o comprador era proprietário!

E o caso ganha outra figura!



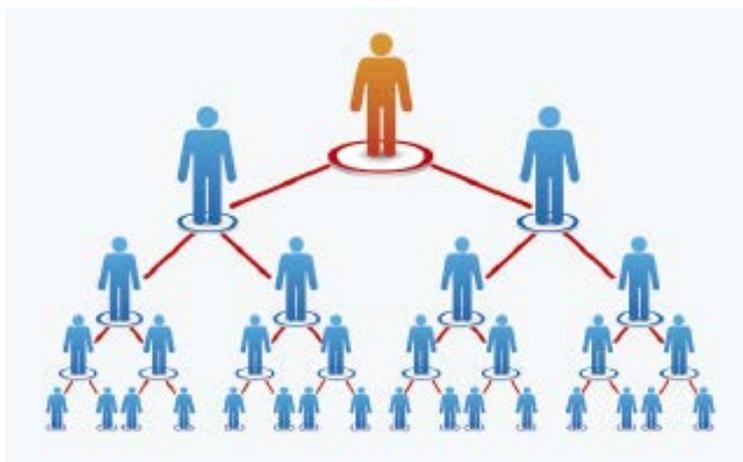
Porque os acidentes acontecem!



Mas neste mesmo processo: muitos outros compradores também eram vendedores.

E se no diagrama dos intervenientes, conseguimos identificar uma parte dos mesmos; consoante os explosivos vão sendo disseminados, vamos ficando apenas com números pré-pagos ou mesmo sem números de telefone.

Apenas, num qualquer comprador sem rosto!



E, portanto:

No indivíduo que quer deitar um muro abaixo (sem as condições de segurança necessários)?

Num assaltante de máquinas multibanco? Num delinquente violento?

Numa associação criminosa organizada? Ou num qualquer potencial terrorista?

E deixem-me anotar aqui que, em pesquisas efectuadas, fiquei a saber que um terrorista suicida carrega à cintura cerca de 9 (nove) quilogramas de explosivos (com os resultados que já todos podemos ver).



No caso em concreto, importava era vender⁴!

Vender a quem quer que quisesse!

⁴ Outras escutas no mesmo processo: Cerca das 13:21 horas do dia 26 de Abril de 2013, o X combinou com o Y que não seria ele próprio a deslocar-se a casa deste, mas que mandou, «pelo rapaz», a quantia de € 220,00 (duzentos e vinte euros) para que o primeiro lhe arranjasse duas coisas de € 20,00 e uma da pedra de € 180,00 (ou seja, duas bobines de rastilho e uma caixa de 25 Kg. de pólvora).

Cerca das 17:09 horas do dia 18 de Março de 2013, o Y ligou para o (mesmo) X combinando a entrega de 3 caixas de velas/explosivos, 2 caixas de pólvora, 200 detonadores pirotécnicos n.º 8 e 400 metros de rastilho, pelo preço global de € 1.200,00 (mil e duzentos euros).

Exemplo de apreensão após aquisição ilegal do X ao Y:

«... Fez-se transportar no veículo automóvel ligeiro de passageiros, de marca «Renault», de cor cinza e com a matrícula xx-xx-xx, onde havia acondicionado, sem qualquer cumprimento de qualquer regra de segurança:

- 50 (cinquenta) quilogramas de pólvora negra bombardeira, em estado sólido e comprimida num cilindro com 25 mm. de diâmetro e 45 mm. de altura (consubstanciando-se, assim, um explosivo deflagrante de queima de cerca de 750 metros por segundo);
- 200 (duzentos) detonadores com revestimento metálico e com carga ignidora, carga iniciadora e carga base, esta com velocidade de detonação de 5.000 a 9.000 metros por segundo (consubstanciando-se num material sensível a choques, chispas e fogo e susceptível – caso transportado ou armazenado sem cumprimento das regras de segurança – a causar risco para a vida ou a causar lesões graves ou relevantes danos materiais);
- 400 (quatrocentos) metros de rastilho, com pólvora negra no seu interior (consubstanciando-se num explosivo deflagrante, com velocidade de queima de 120 segundos por metro e susceptível de causar queimaduras graves);
- 25 (vinte e cinco) quilogramas de RIODIN (Goma 2ECO) que se consubstancia num explosivo gelatinoso à base de nitrato de amónio, nitroglicol e absorventes orgânicos, fracturante e com velocidade de detonação – de «extrema violência» – de 3.500 a 5.000 metros por segundo e susceptível de provocar graves danos materiais ou pôr em risco a vida e integridade física das pessoas;
- 50 (cinquenta) quilogramas de Riogel Troner Plus, que se consubstancia num explosivo de hidrogel, fracturante e com velocidade de detonação – de «extrema violência» – de 3.500 a 5.000 metros por segundo e susceptível de provocar graves danos materiais ou pôr em risco a vida e integridade física das pessoas;
- 2,5 (dois quilos e quinhentos gramas) de pólvora negra, em estado sólido e comprimida num cilindro com 25 mm. de diâmetro e 45 mm. de altura (consubstanciando-se, assim, um explosivo deflagrante de queima violenta e em cerca de 750 segundo por metro).»

Vender a quantidade máxima possível para obter o máximo lucro!

Indiferentes ao destino final de tal tipo de produtos, que o legislador – na respectiva previsão normativa sobre a mera detenção – os igualizou a armas químicas ou biológicas, a meios militares e a material de guerra!

E é aqui, apenas aqui que, em todo o diploma, o legislador especificou os explosivos.~

Mas, afinal, o que são explosivos?

A par de tanta explicitação quanto a armas de fogo e armas brancas, a Lei das Armas diz-nos (no n.º 5 do art.º 2 e, portanto, relegando para as «outras definições») que «explosivo civil» são:

Todas as «substâncias ou produtos explosivos»!!! «Cujo fabrico, comércio, transferência, importação ou utilização estejam sujeitos a autorização concedida por entidade competente». Ou seja, um explosivo é um explosivo!

Daí que pensamos recorrer ao já citado Decreto-Lei 139/2002 (que regula a segurança no fabrico e armazenagem de produtos explosivos), mas que também apenas estabelece que – «para efeitos do presente Regulamento, entende-se por produtos explosivos as matérias e os objectos da Classe 1 que figuram no «Regulamento Nacional de Transporte de Matérias Perigosas por Estrada».

E lá fomos, com expectativas, para o tal Regulamento de Transporte, que nos diz: «Classe 1: «matérias e objectos explosivos».

Uma vez mais, a certeza de que um explosivo é um explosivo!

E se cada um destes Diplomas se restringe ao seu concreto âmbito de aplicação, supusemos ser defeito nosso não saber do que verdadeiramente se trata quando falamos de explosivos.

E assim fomos encontrar no Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea (da Academia de Ciências de Lisboa) o significado de explosivo como qualquer coisa «que é susceptível de rebentar, explodir ou provocar explosão».

Uma vez mais o significante como significado!

Deste modo, recorreremos ao Regulamento sobre o Licenciamento dos Estabelecimentos de Fabrico e Armazenagem de Explosivos, previsto pelo Dec. Lei n.º 376/84 de 30 de Novembro, onde no Anexo I inclui no que se consideram «Substâncias explosivas, pólvoras (física e química), propergóis» (ou seja, propulsores) e... uma vez mais «explosivos (simples e compostos)».

Daí que, mas com a advertência que o referido Dec. Lei restringe os conceitos aos casos de fabrico e armazenagem, ficamos, então, com a ideia ali traduzida que matérias explosivas «compreendem» «matérias sólidas ou líquidas (ou misturas de matérias) susceptíveis, por reacção química, libertar gases a uma temperatura, a uma pressão e a uma velocidade tais que podem causar danos nas imediações».

Ou, dito de uma forma mais esclarecedora – encontrada num Manual do Operador de Produtos Explosivos⁵ – «os produtos explosivos são compostos químicos ou misturas, que quando activados por uma fonte de energia térmica (calor), mecânica (choque ou fricção), se podem decompor bruscamente libertando um grande volume de gases a alta pressão e temperatura».

Tal definição assume importância fundamental também para o preenchimento do crime previsto pelo art.º 272.º do Código Penal, bem como para o conceito subjacente de «engenho explosivo ou incendiário improvisado», previsto na Lei das Armas.

E quanto ao primeiro dos artigos referidos (o do Código Penal), importa referir que o mesmo pressupõe a criação de um perigo concreto: provocar explosão por qualquer forma, nomeadamente mediante utilização de explosivos» criando «deste modo perigo para a vida ou para a integridade física de outrem, ou para bens patrimoniais alheios de valor elevado».

E os actos preparatórios deste crime, que depende sempre da susceptibilidade de criar tais perigos, podem consubstanciar-se no fabrico, importação, dissimulação, aquisição, cedência ou detenção e são punidos com prisão até 3 anos ou com pena de multa.

E este regime, com uma perigosidade concreta prevista, prevê uma pena mais ténue que a «simples» detenção prevista na Lei das Armas.

Mas será que um explosivo, seja ele qual for, é uma arma nos termos da Lei n.º 5/2006?

Em todo este diploma, encontramos a sua referência apenas em dois artigos:

– Uma, no já falado art.º 86º, ou seja no tipo legal de crime de detenção de arma proibida e crime cometido com arma;

– Outra, no art.º 2º que, sob a epígrafe de «definições legais», prevê no n.º 1 os «tipos de armas»; no n.º 2 «partes das armas de fogo»; no n.º 3 «munições das armas de fogo e seus componentes»; no n.º 4 «funcionamento das armas de fogo» e, finalmente, o n.º 5 que estabelece a «outras definições» e que, nas alíneas seguintes aos «estabelecimentos e locais de diversão», se refere a «explosivo civil», «engenho explosivo civil» e a «engenho explosivo ou incendiário improvisado».

⁵ Associação Portuguesa de Estudos e Engenharia de Explosivos Associação Nacional da Indústria Extractiva e Transformadora.

E a fundamentar esta questão, temos que o artigo 3º, que efectua a classificação das armas, munições e outros acessórios, não discrimina, em lado algum, os explosivos.

A menos que sejam enquadráveis na indicação de «quaisquer engenhos ou instrumentos construídos exclusivamente com o fim de serem utilizados como arma de agressão», o que – de todo – não parece poder ser o caso.

E isto, quer pela técnica legislativa (se nos outros casos se fala expressamente em explosivos e aqui não), quer – ainda – em termos de hermenêutica jurídica, pelo resultado legal que tal norma poderia acarretar.

Se o pressuposto é o da construção (fabrico para fins ilícitos), cairia então por terra o caso de fabrico legal e licenciado de um explosivo que, a determinado momento e com outro agente, poderia ser desviado ou utilizado como instrumento de agressão ou como instrumento bem mais gravoso.

E aí acrescia a perfeita incompatibilidade com o art.º 86º que, como crime de perigo abstracto, visa a protecção social *ex ante* de um qualquer resultado altamente desvalioso.

Daí que a previsão do art.º 86.º da Lei das Armas⁶, com todos os problemas de harmonização com a legislação avulsa que contempla as actividades económicas relacionadas com o emprego de explosivos, venha – em sobreposição valorativa e, portanto, normativa – considerar/tipificar como crime as condutas (entre outras) de detenção, transporte e uso de explosivos fora das condições legais (ainda que de legislação administrativa) ou em contrário das prescrições das autoridades competentes.

Voltamos, assim e desta forma, aos crimes de perigo!

E, na visão de um qualquer potencial arguido:

... O preço de aquisição da encomenda que descrevi acima era de 510 euros por, pólvora, velas, detonadores e rastilho.

Invocando agora um outro processo para encontrar o preço de uma arma de defesa pessoal (pistola 6,35 mm.): € 750,00 (setecentos e cinquenta euros).

⁶ Considerando o que já foi dito, será que a ideia inicial desta Lei, cujo âmbito de aplicação (em sentido positivo) se encontra explanado no n.º 1 do art. 1.º, tinha em vista, nomeadamente, os explosivos ... quando se refere, apenas, a «armas, seus componentes e munições»?

Em cumprimento (nesse artigo) da Lei de Autorização Legislativa (Lei n.º 24/2004 de 25 de Junho, cujo prazo já se encontrava ultrapassado), que refere: «É concedida ao Governo autorização para legislar sobre a criação do regime jurídico aplicável ao fabrico, montagem, reparação, importação, exportação, transferência, armazenamento, circulação, comércio, cedência, detenção, manifesto, guarda, segurança, uso e porte de armas e suas munições, bem como do regime punitivo criminal e contra-ordenacional relativo a comportamentos ilícitos associados àquelas actividades, com o objectivo de salvaguardar a ordem, a segurança e a tranquilidade públicas.»

Assim, e ainda na visão desse potencial arguido, que mede a facilidade, custos e resultado da conduta que pretende desvaliosa: que opção fazer entre uma arma de fogo ou uma «reduzida», mas altamente destrutiva, quantidade de explosivos?

A par disto, e de regresso ao processo que fui relatando, anote-se a compra documentada (e saliente, documentada ou, melhor ainda, autorizada), de explosivos por parte de um dos arguidos/vendedor ilegal e durante cerca de 1 ano:

- 2.707 Kg (duas toneladas setecentos e sete quilogramas) de produto explosivo;
- 7.079 (sete mil e setenta e nove) detonadores pirotécnicos n.º 8;
- 15.675 (quinze mil seiscentos e setenta e cinco) metros de cordão detonante;
- 11.127 (onze mil cento e vinte e sete) metros de rastilho; e
- 3.394 kg (três toneladas e trezentos e noventa e quatro quilogramas) de pólvora.

E se esta era a aquisição documentada, ficou a saber-se de muita outra mercadoria adquirida de forma ilegal, para venda ilegal!

E é este, no que concerne a armas, o crime de perigo comum com maior desvalor de acção, porque potencialmente com (e repito-me na expressão) inimagináveis resultados desvaliosos.

E tais substâncias não foram devidamente consideradas, nesta sua concreta dimensão (quer na Lei das Armas, quer no Código Penal), restando vários diplomas avulsos que versam, sobretudo, sobre as tais «normas de conduta», nomeadamente sobre as condições de segurança no seu fabrico, armazenagem e transporte.

E estes, no pressuposto de uma actividade económica lícita!

E assim, algo – nesta lei – me faz recordar uma outra história do mesmo livro de filosofia: Todas as manhãs, uma senhora abre a porta de sua casa e grita: vão-se embora, tigres!

Um dia, alguém lhe pergunta porque faz isso, se não há tigres num raio de 3 mil quilómetros.

Ao que ela responde prontamente: Estão a ver, dá resultado!

Mas **coloco a mira**, agora, as Operações Especiais de Prevenção Criminal:

Tratam-se aqui de acções de prevenção reforçadas pela Lei n.º 72/2015 de 20 de Julho que estabelece os Objectivos, Prioridades e Orientações de Política Criminal para o Biénio 2015/2017 e que, no art.º 10º refere: «As forças de segurança promovem, com a periodicidade adequada, a realização das operações especiais de prevenção criminal previstas no regime jurídico das armas e suas munições, aprovado pela Lei n.º 5/2006, de 23 de Fevereiro. Acrescentando agora, no n.º 2, que «O Ministério Público acompanha, sempre que necessário, as operações especiais de prevenção referidas no número anterior.»

Mas não se trata aqui de uma verdadeira novidade, pois que a própria Lei das Armas já previa tal possibilidade «sem prejuízo da autonomia técnica e tática das forças de segurança» (art.º 110.º n.º 3)

E já no âmbito desta Lei, o art.º 109º especifica que as operações especiais pressupõem:

1 – **Áreas geográficas limitadas;**

2 – **Finalidades concretas:** ou seja, de controlar, detectar, localizar e prevenir a introdução de armas, de assegurar a remoção de armas, de verificar a regularidade da situação de armas;

3 – Para cumprimento de um **objectivo de política criminal:** de reduzir o risco de infracções à Lei das armas ou infracções conexas, ou

– Sem esse objectivo, mas **quando haja suspeita** que algum desses crimes possa ter sido cometido como forma de levar a cabo ou encobrir outros.

Quanto às áreas geográficas, estabelece o art.º 109.º n.º 2 (em termos gerais e no que é mais relevante), a possibilidade de serem estabelecidos **pontos de controlo de acesso** a locais em que constituiu crime a detenção de armas, ou seja, aos locais previstos pelo art.º 89.º (recintos desportivos, religiosos, zonas de exclusão, estabelecimentos ou locais onde decorra manifestação cívica ou política, locais de diversão, feiras e mercados);

Ou:

Incidindo em vias públicas ou outros locais públicos e respectivos acessos, frequentados por pessoas que em razão de *acções de vigilância, patrulhamento ou informação policial* seja de admitir que se dediquem à prática de infracções previstas no n.º 1, ou seja, previstas pelo art.º 86.º e ss. ou outras infracções associadas ou instrumentais a estas.

Assim:

Neste último aspecto, designadamente, quanto às vias públicas ou outros locais públicos e respectivos acessos, estamos – de facto – perante todo e qualquer lugar cujo acesso não pressupõe mandado de busca.

E se, à primeira vista, parece terem sido introduzidos factores limitativos ou requisitos para as acções de prevenção, eles redundam numa falácia.

Ou seja, têm de existir acções de vigilância, patrulhamento ou informações policiais prévias que levem a admitir que as pessoas que frequentam esses locais se dediquem à prática das referidas infracções.

Mas vejamos:

Por um lado, a largueza do conceito: «infracções previstas neste capítulo», que prevê crimes e contra-ordenações.

Por outro lado, o conceito «*seja de admitir*» afigura-se-nos como um critério demasiadamente vazio.

Acresce ainda que, uma qualquer «informação policial» serve de suporte para tal juízo de admissibilidade.

Mas não estaremos aqui – e face a estes conceitos tão abstractos – a ultrapassar o equilíbrio (sempre periclitante, mas fundamental) entre a segurança e a restrição de direitos fundamentais?

Acresce que as operações especiais têm de ser previamente comunicadas ao Ministério Público. Mas trata-se meramente de uma comunicação e apenas com as referências à delimitação geográfica e temporal.

Não se prevê, portanto, qualquer possibilidade de o Ministério Público poder obstar ou dar parecer negativo à realização de determinada operação, nem sequer se prevê qualquer tipo de controlo sobre os pressupostos das referidas operações.

E, depois disto tudo, ainda nos deparamos com o n.º 4 do art.º 110.º, que admite a extensão das operações especiais para além dos espaços geográfico e temporal determinados (e, portanto, comunicados) se os actos a levar a cabo forem decorrentes de outros iniciados no âmbito da delimitação inicial.

Como se não chegasse, o n.º 4 do art.º 109º ainda prevê um regime de excepção à abertura de eventual correspondência (porque de correspondência se pode tratar), que – nos termos do Código de Processo Penal - é da exclusiva competência do Juiz de Instrução.

Mas a **artilharia pesada**, neste capítulo, reporta-se às buscas domiciliárias:

A Lei das Armas limita-se a referir «*quando no âmbito de uma operação especial se prevenção se torne necessário levar a cabo buscas domiciliárias...*», não estabelecendo, portanto, qualquer regime especial sobre os seus fundamentos, requisitos e modo de realização, pelo que os mesmos deverão ser os que se encontram inscritos no Código de Processo Penal (nomeadamente, quanto ao horário possível!).

E tudo isto, sem a figura de um «suspeito» e sem instauração prévia de um processo de natureza criminal!

A somar ao exposto – ou seja, a esta discricionariedade concedida às forças de segurança que pode actuar perante uma mera informação policial, que pode ultrapassar os espaços

geográficos e temporais determinados, que pode efectuar revistas e buscas não domiciliárias «em função da necessidade» (!) e que, também por sua iniciativa, pode abrir correspondência – regressamos ao n.º 1 do art.º 109.º que se reporta a «armas, seus componentes ou munições ou substâncias ou produtos a que se refere a presente lei» ...

Não aqui estaremos numa das mais absolutas, mas silenciadas (por um securitarismo de eficácia duvidosa), violações dos princípios básicos das leis penais?

Por fim, agradeço a paciência de me ouvirem a **dar tiros no escuro**, ciente da importância desta Lei e de que se trata aqui apenas da tentativa de um contributo no sentido de a pensarmos melhor.

É que, recorrendo a Aristóteles: «Haverá flagelo mais terrível do que a injustiça de armas na mão?»

Ou, uma segunda citação, que reza assim:

«O número de mortes causadas por armas ligeiras é muito superior ao de qualquer outro tipo de armas – e, em alguns anos, ultrapassa o número de vítimas das bombas atómicas que devastaram Hiroxima e Nagasáqui. Em termos de carnificina que causa, poderia muito bem dizer-se que as armas ligeiras são “armas de destruição maciça”».

É de Kofi Annam!

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/2la4awhlba/flash.html?locale=pt>

Título:

Direito e Processo Penal: - Prova; - Lei das armas

Ano de Publicação: 2018

ISBN: 978-989-8908-18-6

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt