




TOMO III

**CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA:**  
A OBTENÇÃO E A VALORAÇÃO DA PROVA NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-  
FINANCEIRA

**CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS**



*As especificidades dogmáticas e práticas da denominada criminalidade económico-financeira justificaram a sistemática atenção do CEJ na organização e realização de ações de formação contínua (AFC), quer exclusivamente sobre a temática, quer concebendo painéis a ela dedicados em ações de cariz mais generalista.*

*O e-book que agora se disponibiliza contempla intervenções que foram proferidas por especialistas nessas AFC, no decurso dos anos de 2011 a 2013.*

*Na elaboração do e-book optou-se pela adoção de um conceito amplo de criminalidade económico-financeira e, bem assim, procurou-se uma sistematização que, não aderindo à ordem cronológica das intervenções nas diversas AFC, pudesse facilitar a consulta por parte dos utilizadores.*

*Considerando estas premissas, incluem-se alguns textos que refletem sobre criminalidade tributária, urbanística e falencial, tendo-se organizado o e-book em três partes, com correspondência temática nos três tomos editados:*

- A primeira atinente a temas relacionados com a teoria geral do direito penal;*
- A segunda com os crimes em especial;*
- A terceira com as especificidades de obtenção e valoração da prova.*

*Sempre que justificado, elencou-se legislação, jurisprudência e doutrina.*

*Cientes de que o tema não se encontra esgotado, o presente e-book sustenta um verdadeiro “work in progress” refletido no compromisso de o completar e atualizar, designadamente, com materiais a produzir nas ações que, sobre o tema, o CEJ se propõe realizar, desde logo, no corrente ano de 2013/2014.*

## Ficha Técnica

### Direção do CEJ:

Maria Helena Fazenda (Procuradora-Geral Adjunta, Diretora-Adjunta do CEJ)

### Jurisdição Penal e Processual Penal:

Catarina Fernandes (Procuradora-Adjunta, Docente do CEJ)

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

Sérgio Pena (Procurador-Adjunto, Docente do CEJ)

### Nome:

Tom III – Criminalidade Económico-Financeira: A obtenção e a valoração da prova na Criminalidade Económico-Financeira

### Categoria:

Caderno especial

### Intervenientes:

**Teresa Almeida** (Procuradora da República no Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa)

**Jorge Rosário Teixeira** (Procurador da República no Departamento Central de Investigação e Ação Penal)

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

**Ana Margarida Santos** (Procuradora-Adjunta no Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa)

**José António dos Santos Cabral** (Juiz Conselheiro no Supremo Tribunal de Justiça)

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

**Ana Maria Barata de Brito** (Juíza Desembargadora no Tribunal da Relação de Évora)

### Revisão final:

**Docentes da Jurisdição de Penal**

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

Registo das revisões efetuadas ao *e-book*

Identificação da versão	Data de atualização
Versão inicial – 17/07/2014	



## ÍNDICE

### **TOMO III – A OBTENÇÃO E A VALORAÇÃO DA PROVA NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-**

<b>FINANCEIRA .....</b>	<b>7</b>
Especificidades da investigação da criminalidade económico-financeira: meios especiais de obtenção de prova – <i>Teresa Almeida</i> .....	9
Sumário .....	13
Apresentação em <i>powerpoint</i> .....	15
Videogravação da comunicação .....	47
A recolha de prova em <i>offshores</i> – <i>Jorge Rosário Teixeira</i> .....	49
Sumário .....	53
Apresentação em <i>powerpoint</i> .....	55
<i>Offshores</i> , branqueamento de capitais e o segredo bancário – <i>Adelaide Moreira Morais</i> .....	83
Sumário .....	87
Texto da intervenção .....	88
A investigação nos crimes falenciais – <i>Ana Margarida Santos</i> .....	105
Sumário .....	109
Apresentação em <i>powerpoint</i> .....	111
Videogravação da comunicação .....	141
A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira, em especial a prova indireta e as regras da experiência comum – <i>José António dos Santos Cabral</i> .....	143
Sumário .....	147
Apresentação em <i>powerpoint</i> .....	149
Estudo do Senhor Conselheiro José António dos Santos Cabral – A prova indiciária e as novas formas de criminalidade .....	189
Videogravação da comunicação .....	213
A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira – <i>Belmiro Andrade</i> ..	215
Sumário .....	219
Texto da intervenção .....	220
A valoração da prova e a prova indireta – <i>Ana Maria Barata de Brito</i> .....	231
Sumário .....	235
Texto da intervenção .....	236
Videogravação da comunicação .....	257

**NOTA:**

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

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

**Nota:**

A adoção das regras do novo Acordo Ortográfico foi livremente considerada pelos autores

# A obtenção e a valoração da prova na Criminalidade Económico-Financeira

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# Especificidades da investigação da criminalidade económico-financeira: meios especiais de obtenção de prova



Comunicação apresentada na ação de formação “Criminalidade Económico-Financeira”, realizada pelo CEJ no dia 18 de janeiro de 2013.

[Teresa Almeida]

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Sumário e apresentação em *powerpoint*

---

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



1. Criminalidade económico-financeira: conceito legal.
2. Instrumentos processuais penais.
3. Cooperação internacional.
4. O ambiente corporativo.
5. Especificidades da investigação.
6. O julgamento.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# Criminalidade Económica e Financeira – Conceito legal

**Expressão usada no processo penal português desde os anos 90 (Lei 36/94, de 29.9), que previa (ainda com algumas normas em vigor – APs e suspensão), em termos genéricos, as acções encobertas, as averiguações preventivas, a quebra do segredo profissional, a suspensão provisória do processo do corruptor activo que denuncie o crime ou contribua para a descoberta da verdade e a atenuação especial para o agente de alguns dos crimes que colaborasse activamente com a investigação.**

# **Criminalidade Económica e Financeira- Conceito legal**

**A expressão, referindo-se a corrupção, fraude, administração danosa, encontrava-se também delimitada por requisitos de organização, meios e natureza:**

- (...) cometidas de forma organizada,**
- (...) com recurso à tecnologia informática;**
- (...) de dimensão internacional ou transnacional.**

**São, ainda hoje, características do fenómeno criminal a que outros normativos fazem apelo, designadamente na delimitação de competências, por ex., na organização das Polícias e do Ministério Público.**

# **Criminalidade Económica e Financeira- Conceito legal**

**Numa definição mais ampla, é toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda económica ou financeira.**

**Também entre os Estados-Membros não há um catálogo comum:**

- há os que não têm sequer um esforço de categorização;**
- até aos que incluem, na noção, para fins estatísticos e de política criminal, os crimes contra o ambiente, pela respectiva expressão económica.**

**Embora haja um menor denominador comum que inclui a corrupção e afins, a fraude (também a fiscal), o branqueamento de capitais, os crimes de mercado, os crimes do sistema financeiro e das empresas (também a insolvência), outros há que alargam às fraudes/burlas, em geral e que incluem alguma da cibercriminalidade.**

# Criminalidade Económica e Financeira – Conceito legal

**A coexistência entre referências legislativas (por ex. a Lei 5/2002) a “criminalidade organizada e criminalidade económica e financeira”, distinguindo-as (com apelo a fórmulas mais naturalistas, da sociologia criminal) e a ficção legal do CPP que inclui a criminalidade económica e financeira no conceito processual penal de criminalidade altamente organizada, *tem um peso relevante na aplicação dos regimes* e julgamos aconselhável que venha a ser harmonizada.**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Conceito legal**

**O CPP inclui parte da criminalidade económica e financeira na definição operativa de Criminalidade altamente organizada: “corrupção, tráfico de influência, participação económica em negócio ou branqueamento” – art. 1.º, al. m do CPP**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos**

**O processo penal apresenta, ainda embora em menor grau, relativamente a alguma da criminalidade económico-financeira, instrumentos específicos:**

- relativas à organização e competência das autoridades judiciais e órgãos de polícia criminal;**
- relativas a meios de prova;**
- relativas a meios de obtenção da prova;**
- relativas a medidas de coacção;**
- relativas ao regime de perda de bens.**



# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

**Estamos, contudo, na presença de modos distintos de designação, nem sempre coincidentes:**

- por catálogo exclusivamente compostos por tipos de crimes (ex. art. 1º da Lei n.º 5/2002);**
- por catálogos mistos, de tipos de crimes e de categorias sociológicas, sem conteúdo normativo rigoroso (ex. art. 1º da Lei n.º 36/94);**
- pela fixação normativa de ficções, compostas, em universo fechado, por tipos de crimes (ex. al. m) do art. 1º do CPP).**

**Assim, um tráfico de influências ou um branqueamento, de dimensão internacional, podem integrar o conceito de “criminalidade económico-financeira” ou de “criminalidade altamente organizada”, consoante o contexto normativo, ou não integrar qualquer dos catálogos.**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

**Quanto à prevenção criminal, em especial:**

**Averiguações preventivas, previstas na Lei n.º 36/94.**

**Competência do Ministério Público e da PJ, através da UNCC:**

**Corrupção, peculato e participação económica em negócio, administração danosa em unidade económica do sector público, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática, infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional.**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

**A não revelação da identidade da testemunha ou a aplicação de um programa especial de segurança durante alguma ou em todas as fases do processo, se disserem respeito a crimes de corrupção, de burla qualificada, de administração danosa que cause prejuízo superior a 10 000 unidades de conta (art. 139º, n.º 2 do CPP e Lei n.º 93/99).**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

- **A Lei n.º 5/2002, de 11 de Janeiro, permite, no seu artigo 6.º, que, na investigação de crimes de corrupção, peculato, branqueamento, participação económica em negócio, administração danosa, fraude na obtenção ou desvio de subsídio, subvenção ou crédito, Infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada, com recurso à tecnologia informática, infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional, o juiz ordene ou autorize “o registo de voz e de imagem, por qualquer meio, sem consentimento do visado”.**
- **Registo de voz E imagem**
- **A gravação de voz, entre presentes é permitida pelo CPP para catálogo diverso, mais amplo**
- **Os espaços íntimos – quarto de hotel, cela, domicílio**
- **e**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

- **acções encobertas, cujo regime está previsto na Lei n.º 101/2001, de 25.08. Admissível relativamente a, entre outros, os crimes de branqueamento, corrupção, peculato e participação económica, tráfico de influências, fraude na obtenção ou desvio de subsídio ou subvenção, infracções económico-financeiras cometidas de forma organizada ou com recurso à tecnologia informática, infracções económico-financeiras de dimensão internacional ou transnacional e relativos ao *mercado de valores mobiliários*.**
- **- o investidor fantasma;**
- **- as “empresas” da investigação**
- **- o acesso a espaços fechados para gravação entre presentes, no âmbito de uma acção encoberta**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

## **Acções encobertas Lei n.º 109/2009 - LEI DO CIBERCRIME**

- Remete para o regime geral das acções encobertas É admissível o recurso às acções encobertas (Lei n.º 101/2001).**
- O âmbito inclui “as infracções económico-financeiras”.**
- Manda aplicar, sendo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos, no que for aplicável, as regras previstas para a interceptação de comunicações.**
- Por ex., o agente infiltrado num chat com registo das comunicações.**

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

**Ainda na Lei 5/2002, prevê-se o**

- Controlo de contas bancárias que pode ainda incluir a obrigação de suspensão de movimentos nele especificados, quando tal seja necessário para prevenir a prática de crime de branqueamento de capitais.**

# **Criminalidade Económica e Financeira – O ambiente corporativo**

**Prova específica do ambiente do crime:**

**Os núcleos de imputação subjectiva nas pessoas colectivas  
– a actuação material, de funcionários e quadros, no interesse da pessoa colectiva;**

- a recolha e análise da prova pessoal e das comunicações;**
- a análise do perfil dos dirigentes e das sociedades**
- utilização das regras de experiência comum.**

**Ex. Contrato de depósito (formalismo civilista ou administrativo vs análise material da substância e motivação dos comportamentos.**



# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

**Instituto da Perda de Bens, previsto nos arts. 7.º e segs. da Lei n.º 5/2002:**

**- Fundamento: dificuldade de prova de que os bens dos agentes, em certos crimes organizados ou económico-financeiros, são vantagens provenientes da actividade ilícita e, portanto, sujeitos a perda a favor do Estado, nos termos dos arts. 109.º a 111.º do CP;**

**Âmbito: crimes de corrupção passiva, peculato e branqueamento;**

**Estabelece-se a presunção de que constitui vantagem da actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito cabendo ao arguido o ónus de provar a licitude do seu património.**

**Ex. O examinador que tinha na residência vários envelopes com dinheiro e entradas regulares na conta bancária:**

**Dificuldade quando há um conjunto vasto de sociedades na titularidade do suspeito.**

**Os grupos económicos.**

# Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais

Lei n.º 20/2008, de 21 de Abril

## RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIMES DE CORRUPÇÃO NO COMÉRCIO INTERNACIONAL E NA ACTIVIDADE PRIVADA

Artigo 7.º

Corrupção activa com prejuízo do comércio internacional

Quem por si ou, mediante o seu consentimento ou ratificação, por interposta pessoa der ou prometer a funcionário, nacional, estrangeiro ou de organização internacional, ou a titular de cargo político, nacional ou estrangeiro, ou a terceiro com conhecimento daqueles, vantagem patrimonial ou não patrimonial, que lhe não seja devida, para obter ou conservar um negócio, um contrato ou outra vantagem indevida no *comércio internacional*, é punido com pena de prisão de um a oito anos.

# **Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais**

## **Artigo 10.º**

**Branqueamento e combate à corrupção e criminalidade económico-financeira**

**O comportamento descrito no artigo 7.º considera-se crime de corrupção para efeitos do disposto no artigo 368.º-A do Código Penal (crime precedente do branqueamento e na alínea a) do n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro (acções de prevenção).**

**(corrupção activa e passiva no sector privado estão excluídas)**

# Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais

Pode ser decretado pelo juiz o arresto preventivo dos bens, a requerimento do MP e independentemente da verificação dos pressupostos referidos no n.º 1 do artigo 227.º do Código de Processo Penal, *se existirem fortes indícios da prática do crime*, sendo-lhe aplicável o regime do arresto preventivo previsto no CPP.

O arresto do CPP (art. 228.ª) – fundado receio de que faltem ou diminuam as garantias

- com o propósito de garantir o pagamento de pena pecuniária, das custas ou de dívidas para com Estado relacionada com o crime.

# Criminalidade Organizada

## Instrumentos específicos de Combate

A prova electrónica:

Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho, que disciplina a conservação de dados no contexto da oferta de serviços de comunicações electrónicas

Prevê o prazo de um ano de retenção de dados, compreendendo as seguintes categorias de dados: necessários para encontrar e identificar a fonte de uma comunicação; necessários para encontrar e identificar o destino de uma comunicação; necessários para identificar a data, a hora e a duração de uma comunicação; necessários para identificar o tipo de comunicação; necessários para identificar o equipamento de telecomunicações dos utilizadores, ou o que se considera ser o seu equipamento; necessários para identificar a localização do equipamento de comunicação móvel

# **Criminalidade Organizada**

## **Instrumentos específicos de Combate**

**Para crimes graves (base de retenção de dados).**

**Incluem-se no âmbito de crimes abrangidos os compreendidos na categoria “criminalidade altamente organizada” do CPP.**

**Acesso, apenas, de entidades certificadas.**

# Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais

O correio electrónico:

Há sociedades comerciais cuja actividade comercial diária assenta em correio electrónico. As decisões, a cadeia hierárquica, a motivação dos comportamentos têm, nesta plataforma de comunicação, a sua expressão.

As diligências de busca devem ir já munidas do despacho judicial que permita a pesquisa, sempre que a clonagem e selagem das caixas de correio se revelarem inúteis ou difíceis.

Os smartphones e tablets contêm, muitas vezes, mensagens de correio guardadas, de contas em servidores estrangeiros.

Sabendo que o acesso ao respectivo conteúdo é, de outro modo, impossível, a preservação da informação neles contida é essencial.

As clouds – necessidade de regulamentação que obrigue à compartimentação dos utilizadores no espaço da nuvem.

# Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais

## Cooperação internacional

- EU: • Convenção relativa ao auxílio judiciário mútuo em matéria penal entre os Estados membros da União Europeia, de 29 de Maio 2000 e Protocolo de 16.10.2001.
- Decisão-Quadro 2002/465/JAI do Conselho, de 13 de Junho de 2002, relativa às equipas de investigação conjuntas
  - Decisão-Quadro 2003/577/JAI, do Conselho, de 22 de Julho de 2003, relativa à execução na União Europeia das decisões de congelamento de bens ou de provas, implementada em Portugal pela Lei 25/2009, de 5 de Junho
  - Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI, do Conselho, de 6 de Outubro, relativa à aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às decisões de perda, com a redacção que lhe foi dada pela Decisão Quadro n.º 2009/299/JAI, do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, implementada em Portugal pela Lei 88/2009, de 31 de Agosto.



# Criminalidade Económica e Financeira – Instrumentos processuais

Cooperação internacional

A Rede Judiciária Europeia: Presença de Juízes...

Eurojust - JITs

O AGREEMENT on mutual legal assistance between the European Union and the United States of America, assinado em 25.06.2003. Informação bancária, JITs, transmissão da informação por mail ou fax e videoconferência.

# As especificidades da investigação

- Em particular na suspeita de corrupção que envolve contratação pública ou licenciamento de maior dimensão ou decisores políticos, o ponto de partida é a prática de uma irregularidade administrativa e o conseqüente benefício para um particular/uma empresa, em contexto pouco transparente e excepcional.

# As especificidades da investigação

- Ignora-se, em regra:
  - Se a irregularidade resultou de incompetência, erro, opção política em função do interesse público;
  - Se o benefício de terceiro foi ambicionado ou consequência inevitável do erro;
  - Se a irregularidade foi desejada como tal em função do pretendido benefício para um concreto interesse privado

# As especificidades da investigação

- Ao contrário da generalidade dos restantes crimes, não se parte da quase-certeza da sua prática (o objecto foi subtraído da posse do seu proprietário, a vida foi retirada a um individuo, etc.) em busca do autor e das respectivas circunstâncias, mas averigua-se a essência penal da conduta.

# As especificidades da investigação

- E, sempre, à procura dos elementos que objectivam um acordo (corrupção) ou uma intenção de obtenção de vantagem ou de benefício para um ou prejuízo para outro (abuso de poder, prevaricação de titular de cargo político, participação económica em negócio) – elementos todos eles fluidos, a demandarem integração num puzzle e apelo às regras de experiência comum.

# As especificidades da investigação

- Sobre a qualificação jurídica
- Círculos concêntricos de tipicidade entre a corrupção, a prevaricação de titular de cargo político, a participação económica em negócio e o abuso de poder. Não se investiga um tipo de crime; labora-se a reconstituição histórica entre várias balizas jurídico-penais;
- Indispensável o domínio de saberes e linguagens extra-penais: direito financeiro e bancário, urbanismo, direito da contratação pública, etc.

# As especificidades da investigação

- Em particular, a complexificação da contratação pública, através de:
- A. Multiplicidade de categorias de contratos, por ex., nas PPP
- concepção, projecto, fornecimento, montagem, construção, gestão e manutenção
- contrato de concessão de obras públicas e contrato de arrendamento e de fornecimento contínuo e gestão,
- E etc, nas diversas fórmulas de conjugação possíveis.

# As especificidades da investigação

- B. Elaboração e revisão de Project Finance, com partilha de riscos em geometria variável, no que respeita à exposição financeira da componente pública da parceria
- Através de instrumentos financeiros, como a estruturação de empréstimos obrigacionistas, bridge loans, combinações de produtos de médio e longo prazo, etc.;
- Com a participação de instituições financeiras, consultoras e bancos.



# As especificidades do julgamento

O julgamento (cultura):

- compreensão da realidade actual em que a vantagem não é paga no dia, em cheque e directamente ao titular do cargo público;
- a valoração de todos os meios de prova permitidos pelo Direito, à semelhança do que acontece para outros tipos de crime, incluindo o critério legal da experiência comum;
- a atenção da jurisprudência para a evolução legislativa nos tipos de crime aqui em causa;


# Nunca dá nada...

- A fase de Instrução faz sentido?
- Julgamento:
- Mais poderes de direcção para o Tribunal
- Limitação do número de testemunhas na criminalidade grave e organizada;
- Formação especializada dos Juízes;
- Especialização nas Varas

Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone



**NOTA IMPORTANTE:**

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador "ARQUIVO GRATUITO".

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## A recolha de prova em *offshores*



Comunicação apresentada na ação de formação “Criminalidade Económico-Financeira”, realizada pelo CEJ no dia 18 de janeiro de 2013.

**[Jorge Rosário Teixeira]**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Sumário e apresentação em *powerpoint*

---

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



1. Definição e características das entidades em *off shore*.
2. Limitações vigentes.
3. Formas das entidades em *off shore*.
4. Intervenientes na constituição das entidades *off shore*.
5. Beneficiário efetivo:
  - a) Quem é;
  - b) Como se identifica; e
  - c) Como se prova.
6. As contas correspondentes. Como e o que pedir.
7. Como procurar contas no exterior.
8. Principais tipologias de estruturas com utilização de entidades *off shore*.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# **A recolha de prova perante o uso de entidades em off-shore**

## **Notas práticas**

CEJ/FDUL

ACÇÃO DE FORMAÇÃO CONTÍNUA

LISBOA, 18 DE JANEIRO DE 2013

- Entidade off shore como forma de SPV SPECIAL PURPOSE VEHICLE ou IBC INTERNATIONAL BUSINESS CORPORATION
- DEFINIÇÃO POR VIA DOS TERRITÓRIOS DE REGISTO
  - BANCO DE PORTUGAL AVISO 7/2009
  - ADMINISTRAÇÃO FISCAL Portaria 292/2011
  - GAFI
- DEFINIÇÃO POR VIA DAS CARACTERÍSTICAS

# CARACTERÍSTICAS

- OPACIDADE - acções ao portador sem registo
  - detenção através de fiduciários
- CONTABILIDADE REDUZIDA
- TRATAMENTO FISCAL FAVORÁVEL
- PLASTICIDADE DE REPRESENTAÇÃO
- INSTRUMENTO PARA UM FIM

# LIMITAÇÕES VIGENTES

## FISCAIS

- TRIBUTAÇÃO DO PATRIMÓNIO
- FACTURAÇÃO - Arts. 65º e 66º do CIRC

## FINANCEIRAS

- PROIBIÇÃO DE FINANCIAMENTO
- PREVENÇÃO DO BRANQUEAMENTO
- REGULAMENTO 1781/2006 PARLAMENTO E CONSELHO  
DL 125/2008, 21 Julho

## VIGILÂNCIA

- COMUNICAÇÃO AO BANCO DE PORTUGAL
- COMUNICAÇÃO À ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

# FORMAS

- LLC - Limited Liability Companies
- LPC - Limited Partnership Companies
- Fundações
- SICAV
- Overseas business companies
- TRUST

# OS INTERVENIENTES

- SERVICE PROVIDER

- DISPONIBILIZADOR

- DIRECTORES

- SECRETARIADO

Dispersão geográfica



# Constituição de sociedades

## Escolha do Nome / Firma

A escolha do nome / firma de uma sociedade poderá ser efectuada por duas vias:

- indicação de um **nome original** pelo próprio cliente;
- indicação de um nome constante de uma **lista de sociedades em carteira**.

Em ambos os casos, deverão ser indicadas duas alternativas, por ordem de preferência.

O pedido de reserva ou aprovação será formalizado pelo impresso **PF/IMP/02**, com assinatura do cliente ou do PB, devendo ser fornecidos, adicionalmente, os seguintes elementos:

- forma de pagamento (no caso de débito por conta, indicar o nº de conta e respectiva autorização);
- nome do Cliente;
- identificação do Private Banker (PB).

No prazo máximo de **48 horas**, a **[REDACTED]** confirmará a reserva da sociedade, quando o nome tenha sido escolhido de uma lista de sociedades em carteira.

## Pagamento da sociedade

No caso de o cliente pretender um nome original, deverá, para que o processo prossiga, proceder, de imediato, ao pagamento da constituição e 1ª anuidade da sociedade (por cheque ou débito em conta).

No caso de o cliente escolher um nome constante de uma lista de sociedades em carteira, **a reserva é garantida pelo prazo de 2 semanas**. Nesse prazo, o cliente terá de proceder ao pagamento da constituição e 1ª anuidade da sociedade, sob pena de a reserva ser cancelada, não se cobrando, nesse caso, quaisquer custos.

## Processo de Constituição

Logo após ter sido assegurado o pagamento do serviço, é iniciado o processo de constituição da sociedade, devendo o PB ou o cliente enviar à **[REDACTED]** os seguintes documentos:

- impresso **PF/IMP/01 "Acordo de Prestação de Serviços"**, devidamente preenchido e assinado por todos os beneficiários.
- Cópias dos respectivos documentos de identificação – B.I. ou Passaporte.

## **Conclusão do Processo**

Constituída a sociedade, será enviado pela **[REDACTED]** os seguintes dossiers:

- **para o cliente:** com os estatutos (original), certificado de incorporação, acta para movimentação de conta bancária no **[REDACTED]** e acções / documentação fiduciária (cópias com menção de fiel ao original).
- **Para o PB:** com o certificado de incorporação e acta para movimentação de conta bancária no **[REDACTED]** (originais) e impresso de abertura de conta assinado pelos Directores da sociedade.



File No/2000/7853.....

**Republic of Mauritius**

**CERTIFICATE OF INCORPORATION**

*issued under sections 14 and 15 of the*

INTERNATIONAL COMPANIES ACT 1994

*(Act No.4 of 1994)*

I, the undersigned, entrusted under section 127 of the International companies Act 1994 with the powers of the Registrar of International Companies of the Republic of Mauritius, DO HEREBY CERTIFY pursuant to the Act that all the requirements in respect of incorporation under the Act having been satisfied,

**SPIRE HOLDINGS LIMITED**

is incorporated in the Republic of Mauritius as an International Company.

This 16th day of October 2000

Given under my HAND and SEAL in Port Louis, Mauritius.

*S. D. Bikoo*

REGISTRAR OF INTERNATIONAL COMPANIES



**No. of Certificate**

1

**No. of Shares**

10

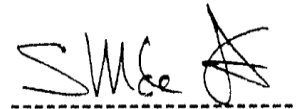
**SPIRE HOLDINGS LIMITED**

*File No. 6/2000/7853*

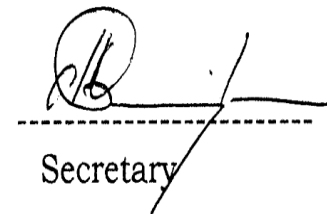
Incorporated in Mauritius under the International Companies Act 1994

THIS IS TO CERTIFY that **DELIWEST INVESTMENT CORP.** is the Registered Proprietor of **TEN ORDINARY SHARES** of US\$ 10.00 each in the above-named Company, issued subject to the Memorandum and Articles of Association of the Company.

Dated at Port Louis, Mauritius  
This 24<sup>th</sup> day of November 2000

  
-----


For and on behalf of  
Proctor Limited  
Director

  
-----  
Secretary

## POWER OF ATTORNEY

The undersigned **PROCTOR LIMITED**, represented by Luis A. Davis, as Sole director/president/secretary/treasurer of **BACH ASSOCIATED LTD.**, an International Business Company duly incorporated and registered in Belize under No. 25.581 at 24<sup>th</sup> May 2002, with registered office at Jasmine Court, 35-A Regent street, Belize City, Belize, hereinafter called "the Company", hereby grant a power of attorney to Mr. António Correia, a Portuguese National, married, with Identity Card for Foreigners RNE V335141-3 SER/DPMAF/DPF, Permanent, resident at Rua Paula Barros, 45, Apartment 602, Meireles, Fortaleza, Ceará, Brazil, CEP 60170-060, to whom confer special powers to, in the name and behalf of the Company, inscribe the Company in the CNE – Cadastro Nacional de Empresas in Brazil, make all the acts needed in Brazil in order that the Company can duly operate in Brazil, to require any acts of commercial register, provisory or definitive, making complementary declarations; to represent the Company before any Local and Central Administrative Authorities, public or municipal, signing all the documents and performing all the acts that may be deemed necessary for the accurate execution of the present Power of Attorney.

Dated : June 15, 2004

  
\_\_\_\_\_  
**PROCTOR LIMITED**  
Represented by Luis A. Davis



# BENEFICIÁRIO EFECTIVO

- Definição: art. 2º 5) LEI 25/2008, de 5 Junho
- **PESSOA FÍSICA**
- **PESSOA FÍSICA QUE DETEM O CONTROLO DE UMA SOCIEDADE**
- **Por conta de quem é realizada a actividade**
- **Última instância de controlo da entidade**



# Como identificar o beneficiário?

- Quem pede a disponibilização da entidade
- Quem paga a sua disponibilização
- Quem paga a sua manutenção
- Quem detém as acções
- Quem beneficia de procuração emitida pela entidade
- Quem movimenta as contas bancárias

# Quem é o efectivo beneficiário final ?

- Beneficiário efectivo dos activos colocados na entidade em off-shore
- Quem por via directa ou indirecta controla esses activos
- Quem determina a realização das operações financeiras



# Prova da qualidade de beneficiário efectivo

- SPV possui NIF português
  - Detém conta bancária
  - Detém imóvel
  - Detém participação social
- SPV possui conta em Banco off-shore detido por Banco nacional

# Prova pela via fiscal

- IDENTIFICAÇÃO DO REPRESENTANTE
- QUEM CONTRATA O REPRESENTANTE
- QUEM PAGA AO REPRESENTANTE
- DESTINATÁRIO DE CORREIO

# Prova pela via financeira

- Contas da entidade que disponibilizou
- Contas bancárias nacionais
- Contas de pagamento dos fees
- Contas correspondentes

# Funcionamento das contas correspondentes

- Contas de Bancos junto de outros Bancos
  - art. 26º da Lei 25/08
- Correspondente obrigatório para transferências
  - Bancos integralmente detidos
  - Sucursais e filiais art. 29º da Lei 25/08
- Conta correspondente como conta nacional



OFF  
SHORE

CONTA  
CORRESPONDENTE  
COM  
CAYMAN



CONTAS  
NACIONAIS



# O que pedir para aceder aos dados correctos

- Identificar movimentos a débito registados na conta correspondente com Cayman que tenham como destino a conta de Cayman nº X, no período temporal Y
- Identificar movimentos na conta correspondente de contrapartida a crédito dos movimentos a débito acima identificados
- Identificar contas nacionais de origem dos referidos movimentos a crédito

# Procura de contas no exterior

- Identificação do registo da entidade

- [www.jerseyfsc.org/registry/](http://www.jerseyfsc.org/registry/)

- [www.registro-publico.gob.pa](http://www.registro-publico.gob.pa)

- [www.bvifsc.vg/en-gb/divisions/registryofcorporateaffairs.aspx](http://www.bvifsc.vg/en-gb/divisions/registryofcorporateaffairs.aspx)

International search request form pago

- [www.business.govt.nz/companies](http://www.business.govt.nz/companies)

- EUROPOL

- FIUs

# Montagem de estruturas

- Partilha de sociedades fiduciárias para deter acções de outras sociedades
- Sociedades UK detidas por sociedades off shore
- Entidades tipo “buffer”  
Contas de passagem



# TIPOLOGIAS

- Bancos de fachada  
Bancos na Internet
- Operações compensadas
- Esquemas de triangulação

# Bancos de fachada

- Art. 2º 7) da Lei 25/08

“instituição de crédito constituída em Estado ou jurisdição, no qual aquela não tenha uma presença física que envolva administração e gestão e que não se encontra integrada num grupo financeiro regulamentado”

- Designação da entidade em off shore

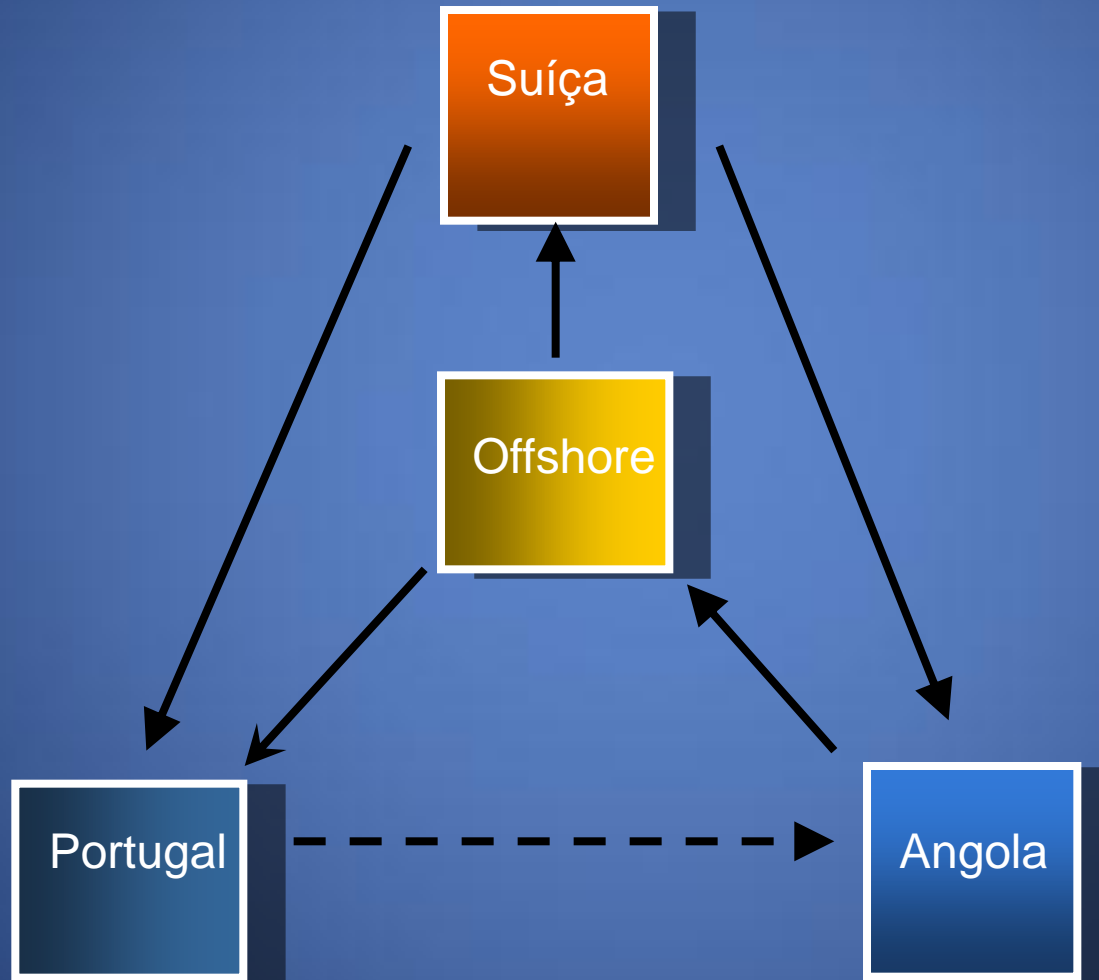
“NORDIC MERCHANT CREDIT UNION”

- Tesouraria junto de outros Bancos

# Operações compensadas

- Operações de sentido diverso
- Numerário permanece em Portugal e é entregue a quem pretende realizar transferência com origem no exterior
- O agente que pretende depositar numerário vê a conta creditada por transferência com origem em terceiro
- Contas off shore como veículo para as operações

# Esquema de Triangulação



# CONCLUSÕES

- Melhorar o aproveitamento da informação obtida por via da prevenção do branqueamento
- Acelerar, antecipar e aprofundar a recolha de informação financeira
- Coordenar os procedimentos de prevenção e de investigação em Inquérito
- Encontrar um equilíbrio entre as dicotomias prevenção/recuperação de fundos e investigação / recolha da prova

**DCIAP** – Departamento Central de  
Investigação e Acção Penal

Jorge Rosário Teixeira  
[jorge.teixeira@pgr.pt](mailto:jorge.teixeira@pgr.pt)

# *Offshores*, branqueamento de capitais e o segredo bancário



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, realizada pelo CEJ no dia 11 de novembro de 2011.

**[Adelaide Moreira Morais]**

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## Sumário e texto da intervenção

---

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

1. Introdução.
2. Paraísos fiscais e *off shores*: noções gerais.
3. Caracterização dos paraísos fiscais.
4. A utilização dos paraísos fiscais para finalidades ilícitas.
5. O que procuram os contribuintes nos paraísos fiscais.
6. Alguns marcos internacionais e nacionais da luta contra as práticas ilícitas em paraísos fiscais.
7. Os paraísos fiscais e o branqueamento de capitais.
8. Instrumentos de prevenção e controle.
9. O sigilo bancário.
10. Conclusões.

## Introdução

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

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

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

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

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

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

*Acresce o texto da autoria do Dr. José Pedro Fazenda Martins, sobre “Recolha de Provas sobre Sociedades Offshore”, apresentação levada a efeito em Maio do corrente ano e que é um instrumento de referência – sendo que, para que não fosse repetitiva, optei pela abordagem enunciada.*

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

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

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

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

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

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

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

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

Não posso deixar de vos referir o estudo condensado no livro “Sociedades Offshore e Paraísos Fiscais” da autoria de Manuel Poirier Braz (Livraria Petrony), tendo como referência o ano de 2010, em que, para além de nos informar do número total de paraísos fiscais que à data ascendiam a setenta e três (*é interessante verificar que a última Portaria que contém a listagem dos países, territórios e regiões com regimes de tributação mais favorável, indica 83*), assim distribuídos; vinte e dois nas Américas e

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

É um verdadeiro roteiro com as mais variadas informações.

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

**O que é que os paraísos fiscais têm em comum:**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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



Estados, perante a declarada e legítima vontade de poupança fiscal por parte dos contribuintes – perfeitamente legal, sustentada até em normas de desagravamento fiscal, como vimos – introduziram várias medidas contra a evasão fiscal, desde logo através das normas anti-abuso e das presunções fiscais; *Não vá o diabo tecê-las!*

2. Condutas que podem não constituir acto ilícito, usando o que designam por habilidade ou destreza fiscal, contornando o sistema mas sem o violar expressamente, comportamento a que é habitual designar-se por elisão fiscal. Certo é que tais actuações não são completamente regulares, daí que a Administração Tributária, possa proceder a correcções à matéria tributável, usando, para tanto a cláusula anti-abuso prevista no art.º 38.º da “Lei Geral Tributária”, ou outras dispersas, como as previstas nos art.ºs 59.º e sgs. do “CIRC”;
3. Por último, as que se traduzem em comportamentos *contra legem* dos contribuintes, quando tal procedimento tem a ver com o uso de meios ilícitos para evitar o pagamento de impostos, taxas ou outros tributos, estando perante situações de evasão fiscal.

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

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

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

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

Assim:

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

Ao nível nacional, a luta contra a evasão e a fraude internacionais tem vindo, por via das assinaladas quebras de receitas, com implicações sérias na balança de transacções com o exterior, que falseiam a concorrência internacional e os movimentos de capitais, a desencadear o aparecimento das tradicionalmente designadas por medidas anti-abuso, que mais não são do que práticas restritivas implementadas, principalmente, ao nível dos impostos sobre o rendimento e benefícios fiscais.

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

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

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

- E ao art.º 66.º do CIRC – que permite a tributação no Estado de residência dos rendimentos auferidos pelas sociedade de base instaladas em paraísos fiscais, pertencentes a sócios residentes e mesmo que não tenha havido distribuição de lucros;
- Como é do conhecimento comum grande parte das empresas offshores são detidas pelos mesmos sócios ou accionistas da empresa-mãe, sedeada em território nacional, ou por familiares, ascendentes ou descendentes, em grau próximo;
- Ora uma das formas de levar a cabo operações por intermédio de empresas em regime de offshore é através do vulgarmente denominado triangulação de operações. Existe transmissão de propriedade de mercadorias, mas estas nunca saem da disponibilidade física da empresa sedeada em território nacional, tratando-se tudo de uma “transacção em papel”;
- A empresa sedeada num regime fiscal mais favorável compra a mercadoria, revende-a à empresa sedeada em Portugal (ou a outra empresa, detida pelos mesmos sócios ou accionistas, com sede num país europeu que, posteriormente revenderá as mercadorias à empresa sedeada em Portugal), servindo a primeira de mera intermediária, com a finalidade de obter para si uma parte substancial da margem bruta, ficando esta, por este meio, afecta a um regime fiscal mais favorável, com o conseqüente benefício de lhe ser aplicada uma menor tributação em sede de imposto.

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

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

### Relações estreitas entre Paraísos fiscais e branqueamento de capitais

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

- Colocação ou pré-lavagem: – transferir dinheiro líquido e divisas para estabelecimentos financeiros de diversas praças em diversos locais; reparemos nos sites dos bancos; tudo é fácil, basta uma simples transferência, por vezes conjunta, sendo propício à perda do rasto;
- Montagem ou mistura – multiplicando as transferências; as contas; reconvertendo os fundos em títulos ou investimentos é quase impossível chegar ao fim da meada; aqui são utilizadas as câmaras de compensação como a Clearstream no Luxemburgo ou a Euroclear em Bruxelas (que actuam como centrifugadoras eliminando a sujidade);
- Integração – Repatriação dos capitais branqueados

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

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

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

*Portugal, nomeadamente instituições de crédito - autorizadas a receber depósitos – como os bancos e as Caixas Económicas – ou não – como sejam as instituições financeiras de crédito, as sociedades de investimento, as instituições de crédito hipotecário-, sociedades financeiras – que podem ser empresas de investimento, tais como as sociedades financeiras de corretagem, sociedades correctoras e as sociedades gestoras de património –, ou outras, onde se podem incluir as agências de câmbios e as sociedades gestoras de fundo de investimento) e as instituições de pagamento (incluindo as sucursais de instituições estrangeiras);*

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

“Instituto da Construção e do Imobiliário, I.P.”, publicado no DR II série, de 6 de Maio de 2011);

- O art.º 40.º que obriga à participação de factos sobre os quais recaiam suspeitas da prática do crime de branqueamento, encaminhada para o Procurador- Geral da República e para a “Unidade de Informação Financeira”;
- No que respeita às autoridades de supervisão das entidades financeiras e de fiscalização das entidades não financeiras, muitos dos ilícitos são de natureza contra-ordenacional. No entanto, as mesmas não deixam de ter efeito dissuasor (quero acreditá-lo) principalmente porque podem ser acompanhadas de sanções acessórias, nomeadamente de interdição do exercício da profissão ou actividade (ex.: art.º 55.º,al) da Lei n.º 25/2008);
- Sabemos que muitos dos factos participados podem não conduzir a uma investigação por crime de branqueamento, mas podem detectar-se situações que configurem a prática de ilícitos fiscais, tratados nos termos do RGIT ou, na circunstância de ter havido planeamento fiscal ilícito, ser lançada mão do disposto pelo Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de Fevereiro, chamando a vossa particular atenção para o disposto no art.º 15.º;
- A forma que o legislador encontrou através da previsão das diferentes normas inseridas no Decreto-Lei n.º 29/2008, foi encarada por alguns sectores que se ocupam destas matérias, nomeadamente revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, solicitadores e advogados (“promotores”), como sendo demasiado “cega”, porque apenas se atém a situações de planeamento fiscal, não distinguindo o que é lícito ou ilícito, legítimo ou ilegítimo.

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

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

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

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

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

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

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

#### **Segredo bancário é a alma do negócio**

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

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

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

No entanto, através da alteração introduzida pela Lei n.º 36/2010, de 2 de Setembro, ao Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro (“Regime Geral das Instituições de Crédito e



Sociedades Financeiras”), concretamente ao art.º 79.º, al. d), deixou de haver qualquer dúvida de que o M.ºP.º, porque autoridade judiciária, pode ordenar a quebra do sigilo, devendo ser entendida a recusa como ilegítima.

Vai neste sentido o Despacho n.º 42/11 do Procurador-Geral Distrital do Porto, sendo certo que, mercê de recursos interpostos por uma instituição bancária (C.G.D.) e já apreciados, na Relação de Lisboa, na Relação de Coimbra e na de Guimarães a decisão vai nesse sentido.

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

### Conclusões

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

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

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

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

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

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

da “Convenção Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime”.

Sem esquecer a ajuda que podemos obter através do membro Nacional da “Eurojust” – órgão criado a 28 de Fevereiro de 2002, por decisão do Conselho Europeu, e *que pode ser determinante para o cumprimento agilizado das cartas rogatórias pelo menos no seu âmbito de actuação*, - Entidade que tem protocolos de cooperação firmados com a Europol e a OLAF, já desde 2004.

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

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

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

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

**leque dos crimes de investigação prioritária, os de branqueamento de capitais (ora art.º 368- A do C.Penal) e os de fraude fiscal.**

Se não olharmos em frente dificilmente conseguiremos o que quer que seja... Todavia e não querendo dar uma nota pessimista ao final deste meu monólogo, mas que espero vos tenha despertado algum interesse, é minha convicção que, embora se possam dar passos relevantes e que permitam uma maior transparência, o facto é que está tudo tão envolvido que achar a ponta do novelo é uma tarefa que só aos deuses cumpre... Mas porque o Homem é por natureza teimoso e sonhador (e é pelo sonho que vamos!) não deixaremos de perseguir o fio com o entusiasmo de sempre...

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## A investigação nos crimes falenciais



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, realizada pelo CEJ no dia 10 de maio de 2013.

**[Ana Margarida Santos]**

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Sumário e apresentação em *powerpoint*

---

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



1. Especificidades formais dos inquéritos falenciais: enumeração.
2. Insolvência dolosa: indícios.
3. Especificidades materiais no crime de insolvência dolosa: algumas questões.
4. O momento da abertura do inquérito falencial.
5. A prescrição: início, suspensão, interrupção e termo final.
6. Actos de inquérito.
7. Competência para a realização do inquérito.
8. Delegação de competências.
9. A prova: pericial, documental e de outra natureza.
10. Insolvência negligente: algumas questões.
11. Insolvência de pessoa singular.
12. Alteração do objecto do processo: possíveis crimes em referência.
13. Representação da pessoa colectiva declarada insolvente no processo penal.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# Inquéritos Falenciais

# Especificidades Formais

- **Abertura** do inquérito
- **Prescrição**
- **Competência** territorial
- **Delegação** de competências
- **Prova** pericial
- **Prova** por documentos
- **Alteração** do objecto do inquérito
- **Comunicação** da decisão final

# Insolvência Dolosa

- *O devedor que com intenção de prejudicar os credores:*



# Insolvência Dolosa

- *Destruir, danificar, inutilizar ou fazer desaparecer parte do seu património*
- *Diminuir ficticiamente o seu activo, dissimulando coisas, invocando dívidas supostas, reconhecendo créditos fictícios, incitando terceiros a apresentá-los, ou simulando, por qualquer outra forma, uma situação patrimonial inferior à realidade, nomeadamente por meio de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos ou não organizando a contabilidade apesar de devida*
- *Criar ou agravar artificialmente prejuízos ou reduzir lucros*
- *Para retardar falência, comprar mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente*

# Insolvência Dolosa

- *é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias.*

# Indícios

- *transferência* de equipamentos, propriedade de imóveis, trabalhadores e carteira de clientes para sociedade diferente
- sem que o valor correspondente seja incorporado no activo da sociedade anterior, total ou parcialmente
- contabilização de suprimentos dos sócios



# Indícios

- intervenção de sociedades de direito estrangeiro ou *off-shore*
- intervenção de testas-de-ferro
- planificação por consultores jurídicos

# Especificidades Materiais

Dolo específico

Modalidades típicas de acção

*(perigo abstracto?)*

Resultado típico/Condição objectiva punibilidade(?)

*(se ocorrer a situação de insolvência)*

Condição objectiva punibilidade

*(e esta vier a ser reconhecida judicialmente)*

# Insolvência

art. 3º CIRE

- é considerado em situação de insolvência o devedor que se encontre impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas
- as pessoas colectivas e os patrimónios autónomos por cujas dívidas nenhuma pessoa singular responda pessoal e ilimitadamente, por forma directa ou indirecta, são também considerados insolventes quando o seu passivo seja manifestamente superior ao activo, avaliados segundo as normas contabilísticas aplicáveis



# Tentativa

actos correspondentes a uma das modalidades típicas de acção

actos idóneos a produzir o resultado típico

Condição objectiva de punibilidade

# Abertura do Inquérito

Quando?

☞ verificada uma acção típica?

☞ verificada a situação de insolvência?

☞ verificada a condição objectiva de punibilidade?

# Prescrição

## Termo inicial do prazo

*Quando for relevante a verificação de resultado não compreendido no tipo de crime, o prazo de prescrição só corre a partir do dia em que aquele resultado se verificar*

norma prescricional especial

(art. 298º CIRE)

*a declaração de insolvência interrompe o prazo de prescrição do procedimento criminal*



# Prescrição

no momento da declaração de insolvência, o prazo já está em curso

termo inicial

 momento da acção típica

 momento da situação de insolvência

# Prescrição

## Código Penal

*a prescrição do procedimento criminal suspende-se durante o tempo em que o procedimento criminal não puder legalmente continuar por falta de sentença a proferir por tribunal não penal*



# Prescrição

- prazo prescricional começa a correr (no momento da acção típica/da situação insolvência),
- suspende-se no procedimento criminal, quando este já não puder continuar (*exigirá acto declarativo por parte do Ministério Público*),
- interrompe-se com a declaração de insolvência,
- atinge o termo final quando, no limite, tiver decorrido o prazo normal de prescrição acrescido de metade, ressalvado o tempo de suspensão

# Abertura do Inquérito

Quando?

- ☞ verificada uma acção típica
- ☞ verificada a situação de insolvência

# Actos de inquérito

- medidas cautelares de prova
- solicitação de documentação bancária
- perícia (!)
- declarações para memória futura
- constituição como arguido a pedido



# Competência territorial

- Ministério Público que exercer funções no local da sede do devedor
- *sede de facto*

# Delegação de competências

- Polícia Judiciária tem competência reservada para investigar insolvência dolosa
- Conveniência: diligências de cariz policial, necessidade de intervenção da UPFC para realização de perícia (!)
- Noutros casos, a delegação não é conveniente

# Prova pericial

- Determinação precisa do objecto da perícia, face à notícia/participação/indícios recolhidos
- Evitar perícias à *situação económica da empresa*: desnecessárias à verificação da tipicidade; a maior parte das vezes são inconclusivas
- Delegação na Polícia Judiciária, sem direcção efectiva, resulta na realização de perícia, vista como necessária, perícia que terá o cariz e consequência acima assinalados: OPC procurará *a falência técnica e a sua causa, no conjuntura do sector, do mercado, da estrutura*



# Prova documental

- Contabilidade, se existir: não se pode pedir aquilo que ela não pode dar; *a contabilidade não evidencia intenções*
- Documentação bancária, que pode ser solicitada às instituições de crédito
- Relatório do Administrador de Insolvência (art. 155º CIRE)
- Sentença de qualificação da insolvência (arts. 186º e 189º CIRE)

# Outra prova

- ☞ não emitir rogatórias para inquirição de representantes de sociedades de direito estrangeiro ou *off-shore*
  
- ☞ Inquirição Administrador de Insolvência
  
- ☞ Consulta do processo de insolvência:
  - bens apreendidos (apenso)
  - créditos reclamados (apenso)
  - embargos (apenso)
  - recurso



# Insolvência Negligente

*O devedor que:*

- *por grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas, ou grave negligência no exercício da sua actividade, criar um estado de insolvência; ou*
- *tendo conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da sua empresa, não requerer em tempo nenhuma providência de recuperação;*

*é punido, se ocorrer a situação de insolvência e esta vier a ser reconhecida judicialmente, com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias.*

# Insolvência Negligente

## Perícia

os conceitos típicos da alínea a) do n.º 1 do art. 228º do Código Penal não são determináveis pela realização de perícia, sobretudo contabilística

# Insolvência Negligente

## Providências de Recuperação

- não estavam previstas no CIRE, até à revisão operada pelo DL n.º 16/12, de 20/4 (o plano de insolvência não é uma providência de recuperação; segue-se à declaração de insolvência)
- com aquela revisão, foi criado o Plano de Revitalização, que é uma providência de recuperação



# Insolvência Negligente

- com a entrada em vigor do CIRE, a al. b), do n.º 1, do art. 228º do Código Penal não tinha aplicação às insolvências ocorridas na vigência do CIRE
- a situação alterou-se, com a entrada em vigor do DL n.º 16/12, de 20/4

# Insolvência de pessoa singular

circunstâncias apuradas no inquérito interessam ao incidente de exoneração do passivo restante (arts. 235º e ss. CIRE):

- indeferimento liminar
- revogação

# Alteração objecto inquérito

- Falsificação de documentos
- Abuso de confiança
- Ilícito tributário/Segurança Social
- Branqueamento de capitais
- Corrupção (administrador insolência, encarregados da venda)



# A propósito

representação da pessoa colectiva declarada insolvente no processo penal

- tem personalidade jurídica até ao encerramento do processo (após o rateio final)
- devedor pode não perder a administração
- se perder direitos de administração e disposição bens, o Administrador de Insolvência representa o devedor para os efeitos de carácter patrimonial que interessem à insolvência


C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone



**NOTA IMPORTANTE:**

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador "ARQUIVO GRATUITO".

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira, em especial a prova indireta e as regras da experiência comum



Apresentação que serviu de base à comunicação apresentada na ação “Criminalidade Económico-Financeira”, realizada pelo CEJ no dia 18 de janeiro de 2013.

**[José António dos Santos Cabral]**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Sumário e apresentação em *powerpoint*

---

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

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

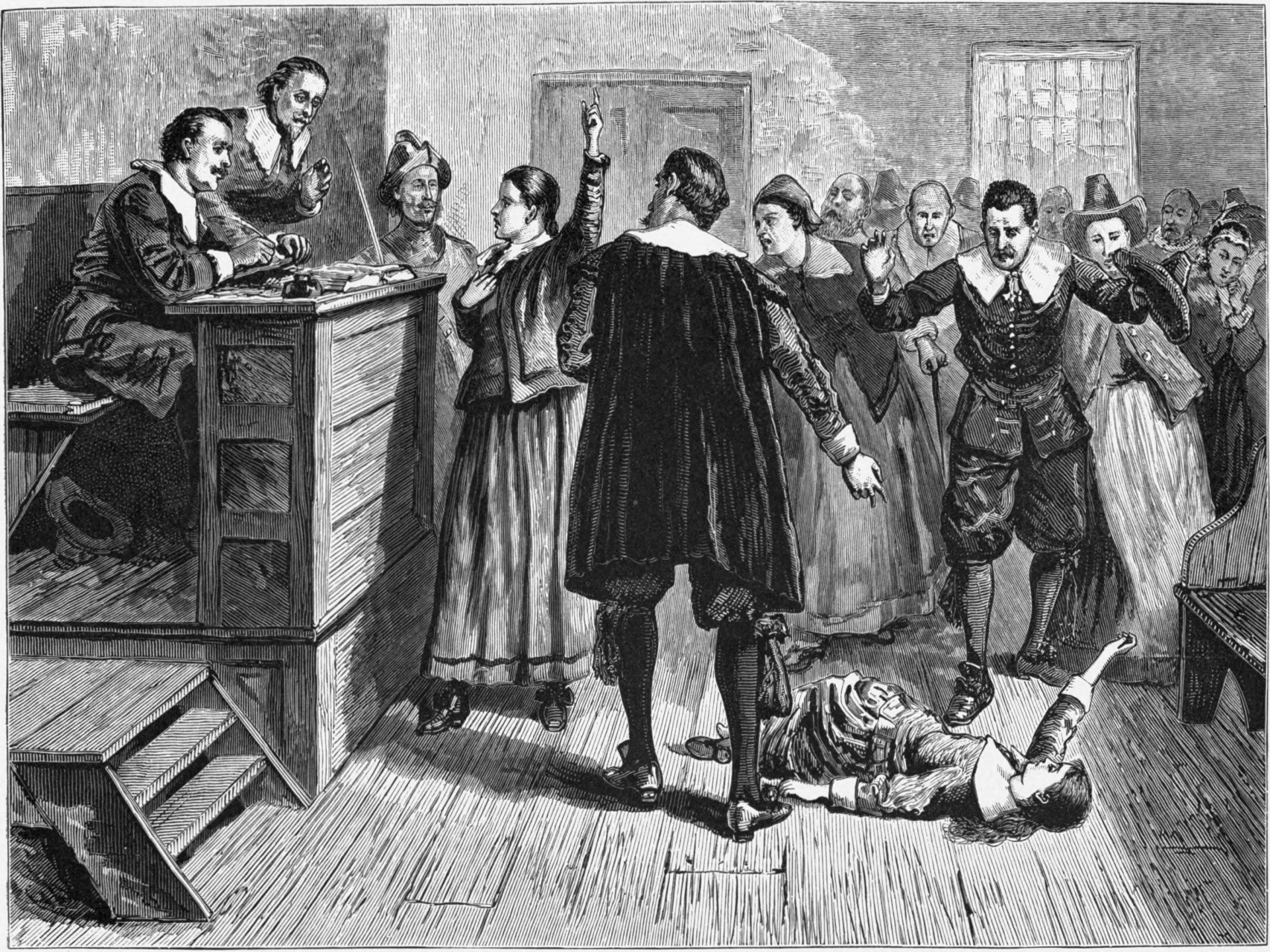
C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS




# Prova Indiciária

José Santos Cabral

Lisboa, 18 de Janeiro  
de 2013



A silhouette of a man in a top hat and long coat, resembling Sherlock Holmes, stands in a narrow, dimly lit hallway. The walls are made of wood, and a single light source at the end of the hallway casts a long, dramatic shadow. The entire scene is bathed in a deep red light, creating a mysterious and ominous atmosphere.

SHERLOCK HOLMES VERSUS *Jack the Ripper*

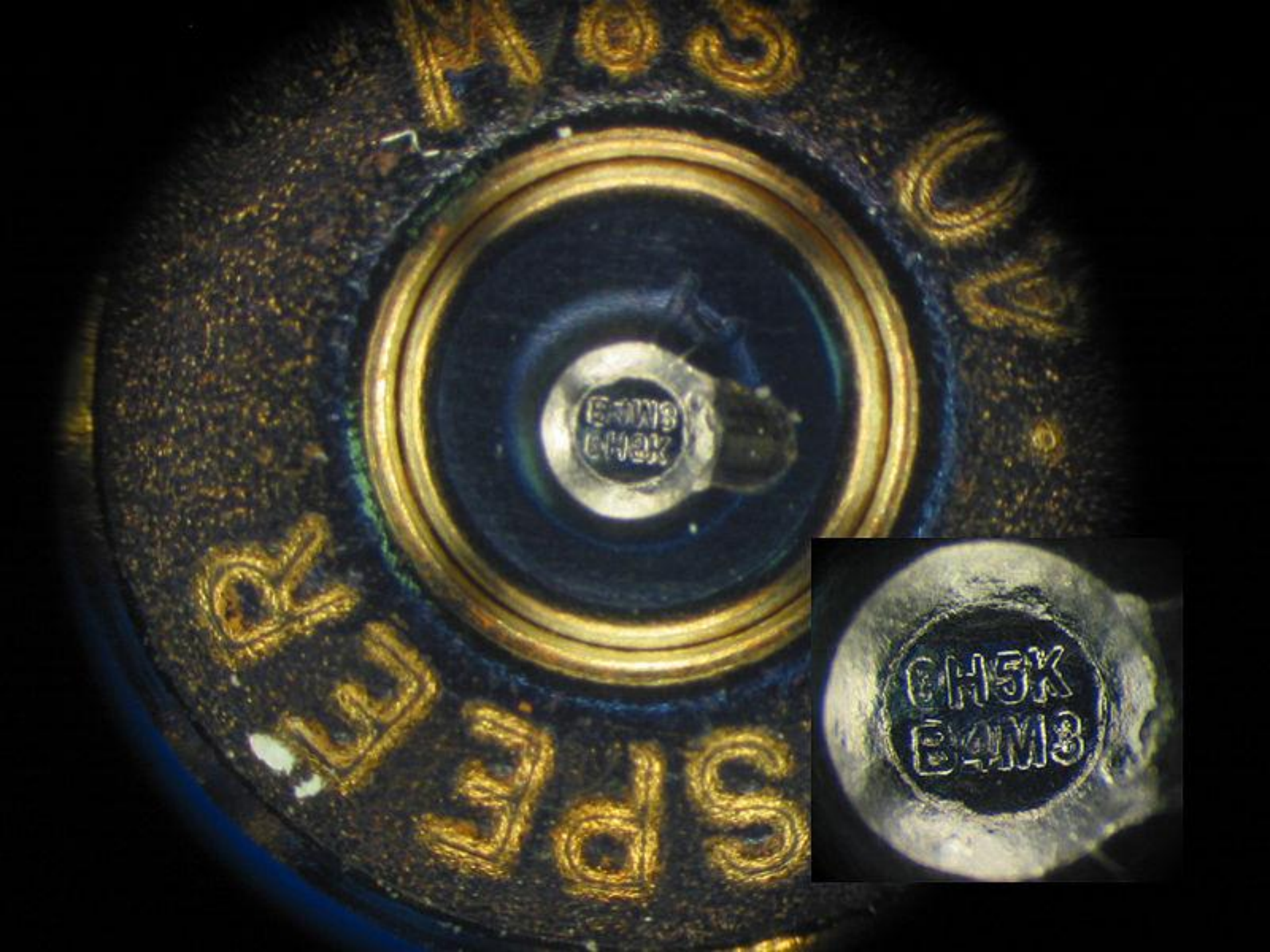




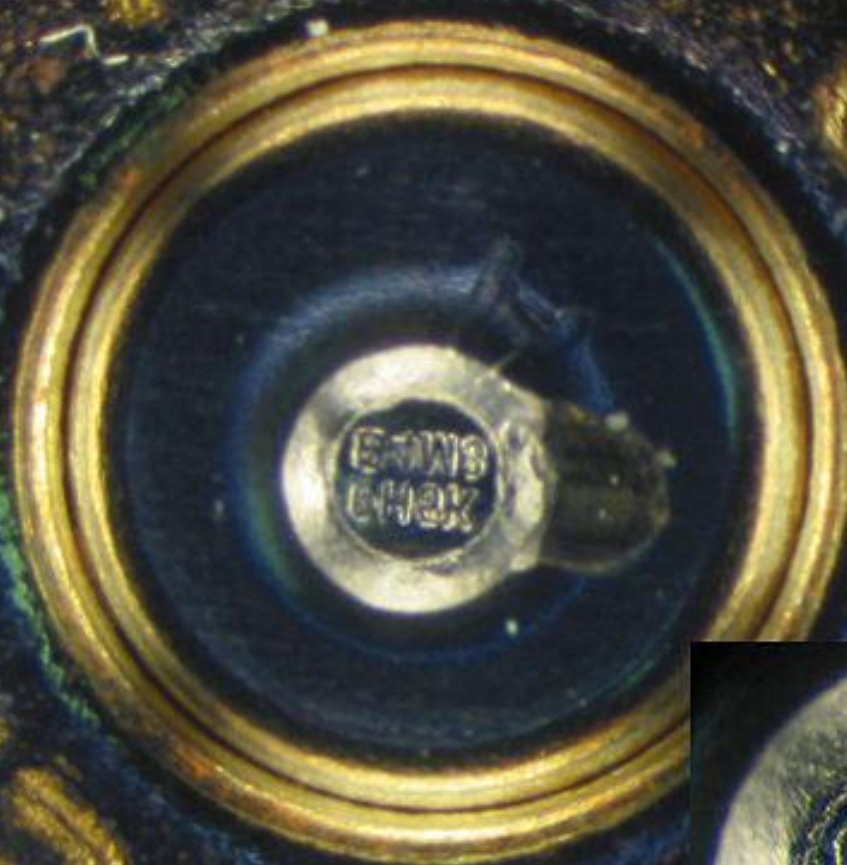




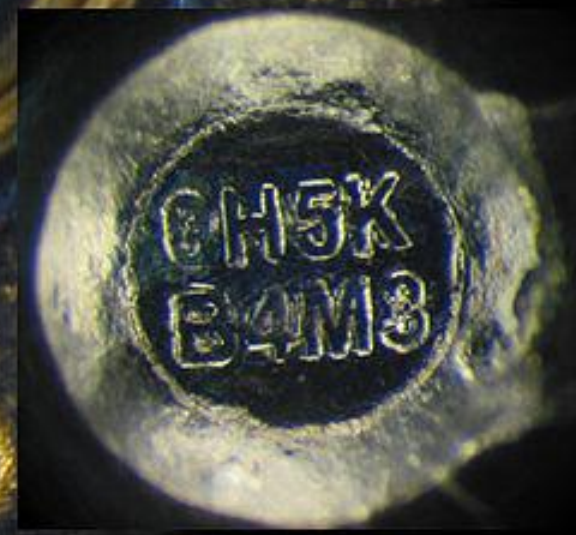




SPR  
F  
S  
P  
F  
S  
P  
F



CHSK  
B4M3



CHSK  
B4M3



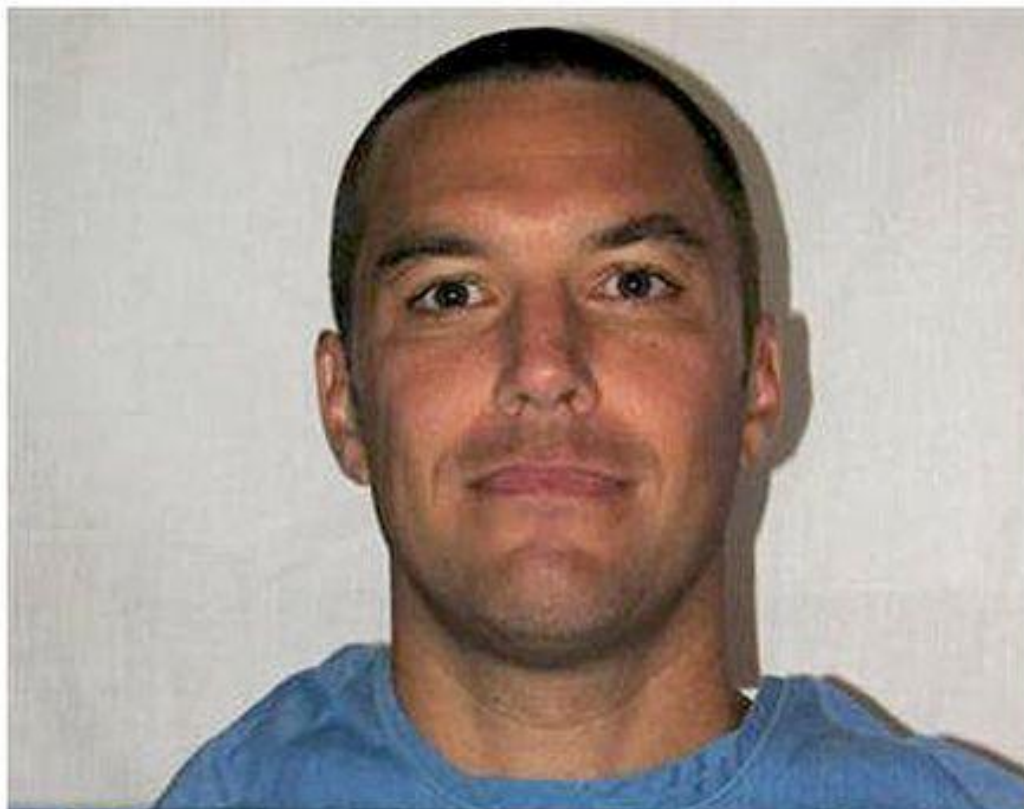












SAN QUENTIN STATE PRISON

**PETERSON, S.**

**V-72100**

CONDEMNED

06/12/07



PP8932

PI/995

1  
2  
3  
4  
5  
Cm





# LOCKERBIE 10 YEARS ON

On December 21, 1988, Pan Am flight 103 from Heathrow to New York exploded above Lockerbie, killing all 259 people on board and 11 inhabitants of the small Scottish town when wreckage crashed to the ground setting fire to houses and gas mains

Air accident investigators who painstakingly reconstructed the aircraft discovered that it was destroyed by a Semtex bomb concealed in a suitcase stowed in one of the plane's cargo bays. Britain and the United States want two Libyans, named as suspects for the atrocity, to stand trial in the Netherlands, under Scottish law



## DEALING WITH THE AFTERMATH

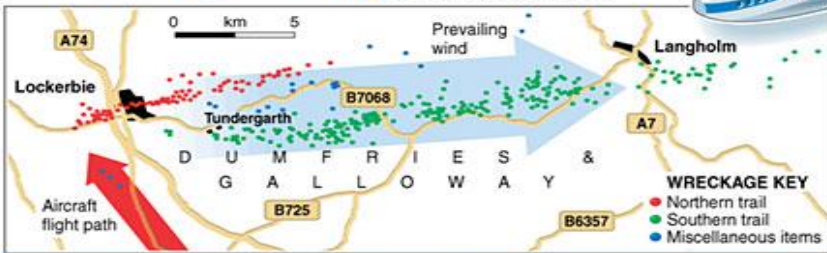
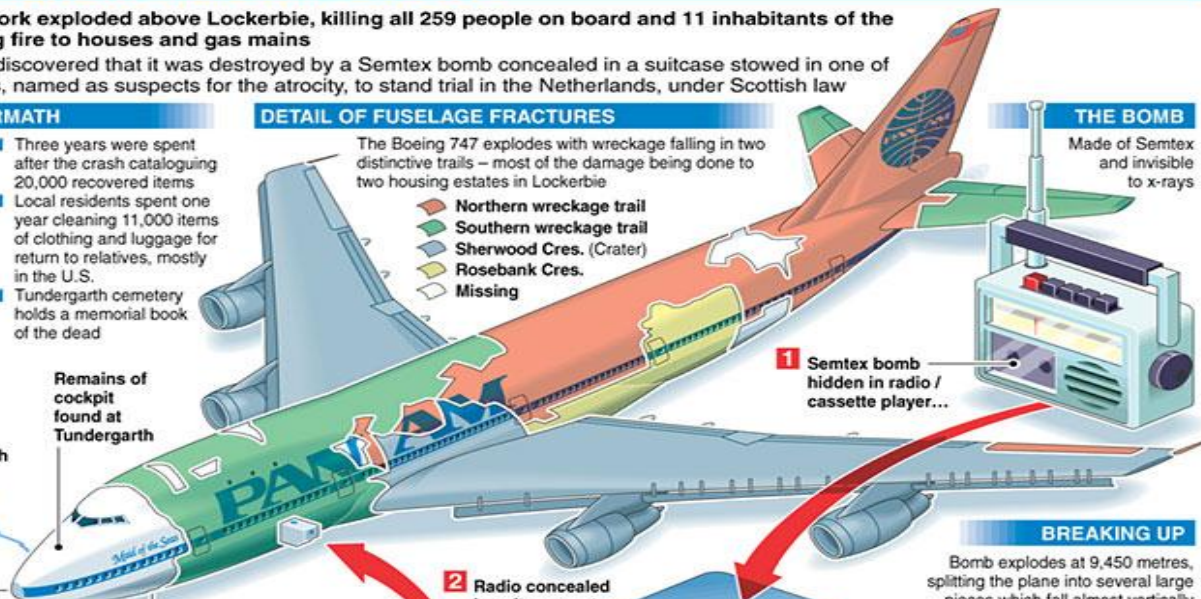
- Pilot, co-pilot, flight engineer, 13 flight attendants and 243 passengers died on board the flight; 11 residents of Lockerbie died with five others injured
- Three years were spent after the crash cataloguing 20,000 recovered items
- Local residents spent one year cleaning 11,000 items of clothing and luggage for return to relatives, mostly in the U.S.
- Tundergarth cemetery holds a memorial book of the dead



## DETAIL OF FUSELAGE FRACTURES

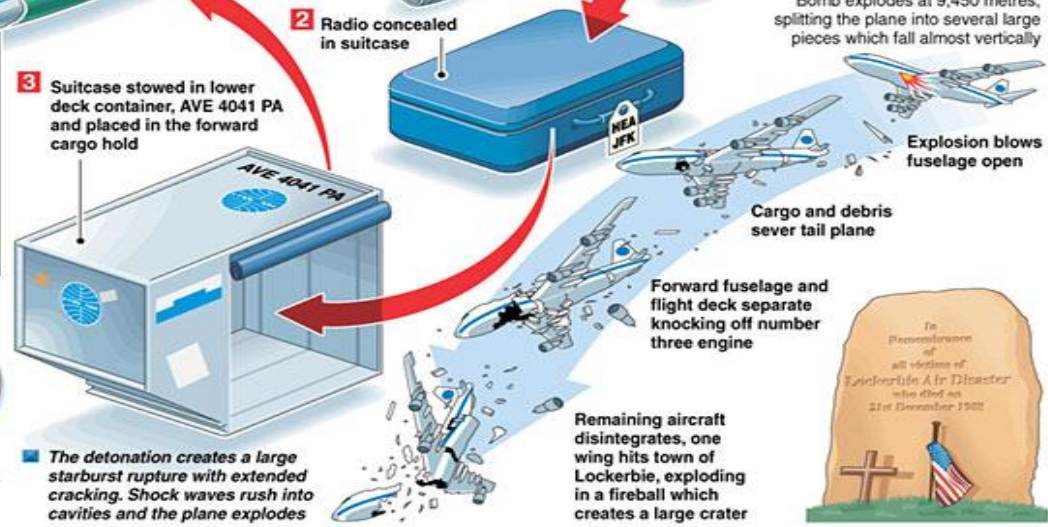
The Boeing 747 explodes with wreckage falling in two distinctive trails - most of the damage being done to two housing estates in Lockerbie

- Northern wreckage trail
- Southern wreckage trail
- Sherwood Cres. (Crater)
- Rosebank Cres. Missing



## BREAKING UP

Bomb explodes at 9,450 metres, splitting the plane into several large pieces which fall almost vertically



## HOW RADAR TRACKED THE FINAL MOMENTS (time in GMT)



Explosion at 9,450 metres

Main wreckage hits Lockerbie

All wreckage down

■ The detonation creates a large starburst rupture with extended cracking. Shock waves rush into cavities and the plane explodes

## CHRONOLOGY OF EVENTS

- **December 5, 1988** The U.S. embassy in Helsinki receives telephone warning that a bomb will be placed aboard a Pan Am plane on behalf of Abu Nidal guerrilla group. Pan Am is notified and steps up security. Warning is passed to the Federal Aviation Authority (FAA). FAA decides information should not be "further disseminated without specific approval"
- **December 21** Pan Am flight 103 from London to New York blows up over

- Lockerbie, Scotland, killing 270 people
- **November 14, 1991** Libyans Abdel Baset Ali Mohamed al-Meghari and al-Amin Khalifa Fhimah accused of bombing
- **March 23, 1992** Libya's U.N. ambassador wants suspects to be handed over to Arab League. West rejects conditions
- **March 31** U.N. Security Council resolution orders Libya to surrender suspects or face worldwide sanctions - a ban on air travel, arms sales, and restriction on diplomatic presence
- **April 15** Sanctions imposed, to be

- reviewed every 120 days
- **September 29, 1993** Libya lifts objections - the two suspects can go on trial in Scotland but the decision is left up to them
- **November 11** Security Council extends sanctions with effect from December 1. Libya's assets abroad are frozen and ban on imports of certain oil equipment imposed
- **January 22, 1994** Libyan leader Muammar Gaddafi says trial in The Hague could resolve dispute
- **March 23, 1995** FBI offers \$4 million for

information leading to the arrest of Libyan suspects

- **April 28, 1997** U.S. Supreme Court lets stand a ruling that Libya has sovereign immunity shielding it from a lawsuit filed on behalf of a Lockerbie victim
- **July 7** German prosecutors probing Lockerbie bombing say Iranian former intelligence agent claims Iran was behind the attack
- **February 27, 1998** International Court of Justice in The Hague rules it has jurisdiction to hear Libyan complaint

against Britain and U.S.. Libya receives Security Council support to have a trial in a neutral country

- **July 23** Libyan suspects ready for trial in The Hague under Scottish law
- **Aug 24** Britain and U.S. agree trial can take place in The Hague
- **Aug 26** Libyan official statement falls short of accepting the plan
- **December 6** U.N. Secretary-General Kofi Annan meets Gaddafi to press for surrender of the two suspects for trial in the Netherlands









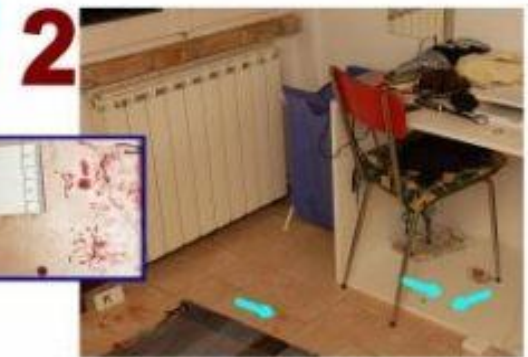




For Ron Hendry, the evidence is clear:

**MEREDITH KERCHER WAS MURDERED IN A SUDDEN ATTACK BY A SINGLE PERPETRATOR**

*Here is what really happened:*



1. The killer is already in the cottage when Meredith arrives home. He confronts her as she is sitting on the edge of her bed, attempting to call her mother in the UK. After a brief struggle, both are upright as he positions himself behind her, with the blade of a pocketknife against the right side of her neck. He inflicts a stab wound along with other cuts, possibly while demanding money. Blood flows onto the floor and the slats of the bed (see inset). Meredith raises her hand to the wounds and leaves finger streaks on the wall.

2. The attack moves diagonally across the room as Meredith tries to break free of her assailant. Torn newspaper under the legs of the chair suggest it was slammed violently into the desk. Blood drops on the floor and under the desk, hair (see inset), and shoe streaks attest to the struggle at this location.

3. Meredith falls to her knees while still upright in front of the wardrobe, at which point the killer straddles her from behind and clamps his hand over her face, hard enough to leave bruises on both sides of her jaw. He pulls her head back and plunges his knife into her throat. He then pulls the blade upward and from left to right, creating a three-inch gaping wound.

4. Meredith collapses to the floor, then attempts to rise and crawls a short distance, holding herself up with her right arm and clutching her wounds with her left hand. She is gasping for breath, and leaves a spray of aspirated blood droplets on the wardrobe door. She quickly begins to lose consciousness and collapses on her side, facing the wardrobe (with her head near police marker L).

5. With Meredith no longer struggling, the killer drags her, face down, away from the pool of blood, leaving a broad circular arc of blood. Meredith makes a last attempt to rise from the floor and leaves bloody finger streaks on the inner wardrobe wall. The killer begins to disrobe Meredith while she is still face down. He pulls her zippered jacket off and leaves it turned inside-out. He then rolls Meredith onto her back. He pulls her layered sweatshirt and tee shirt above her bra, then rotates her onto her side and pulls the bra apart with brute force. He tosses it at her feet.

6. Police find a fine spray of blood drops on the bra cups and on Meredith's breasts, showing that she was still gasping for breath when the bra was removed.









exposay.com









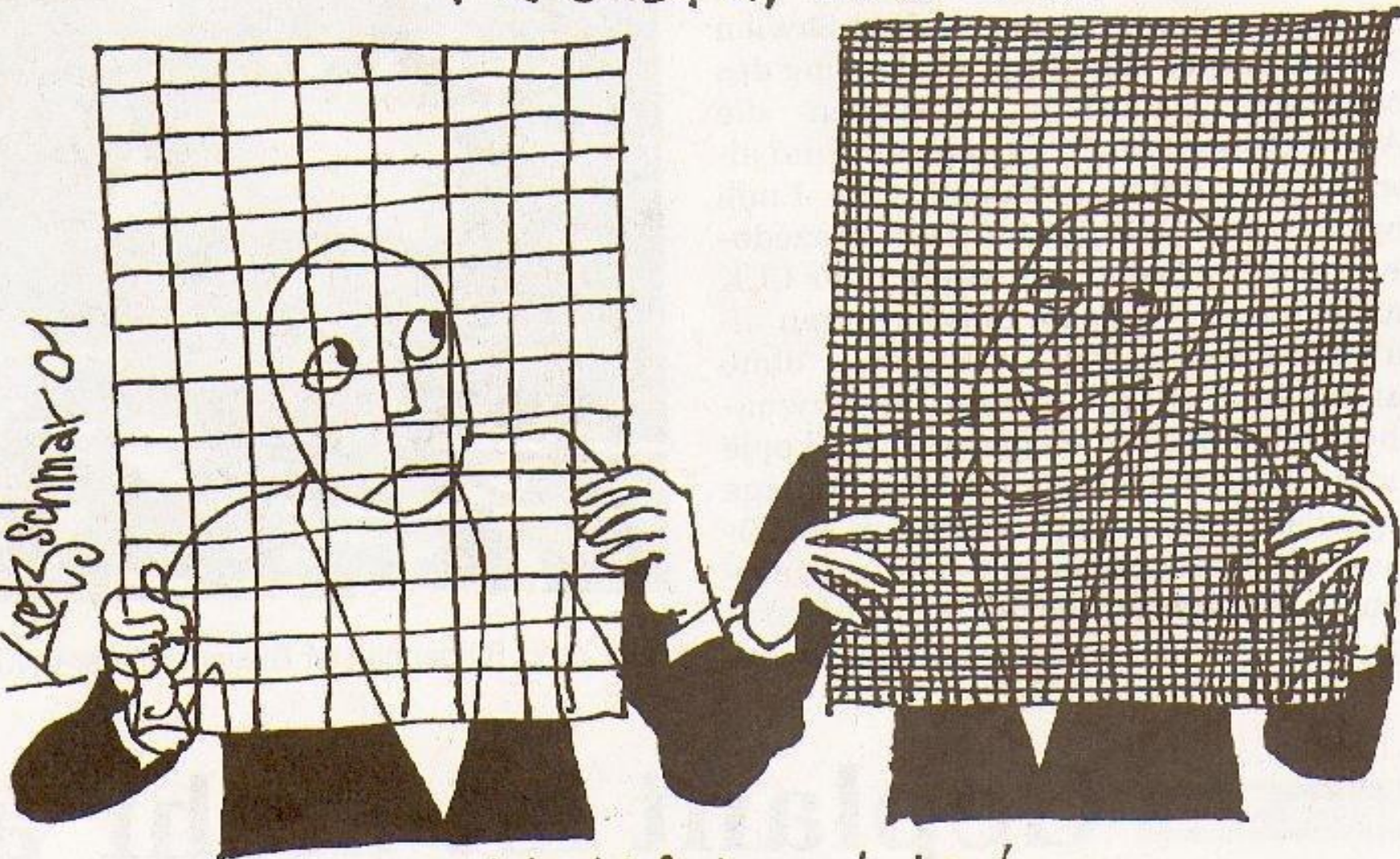




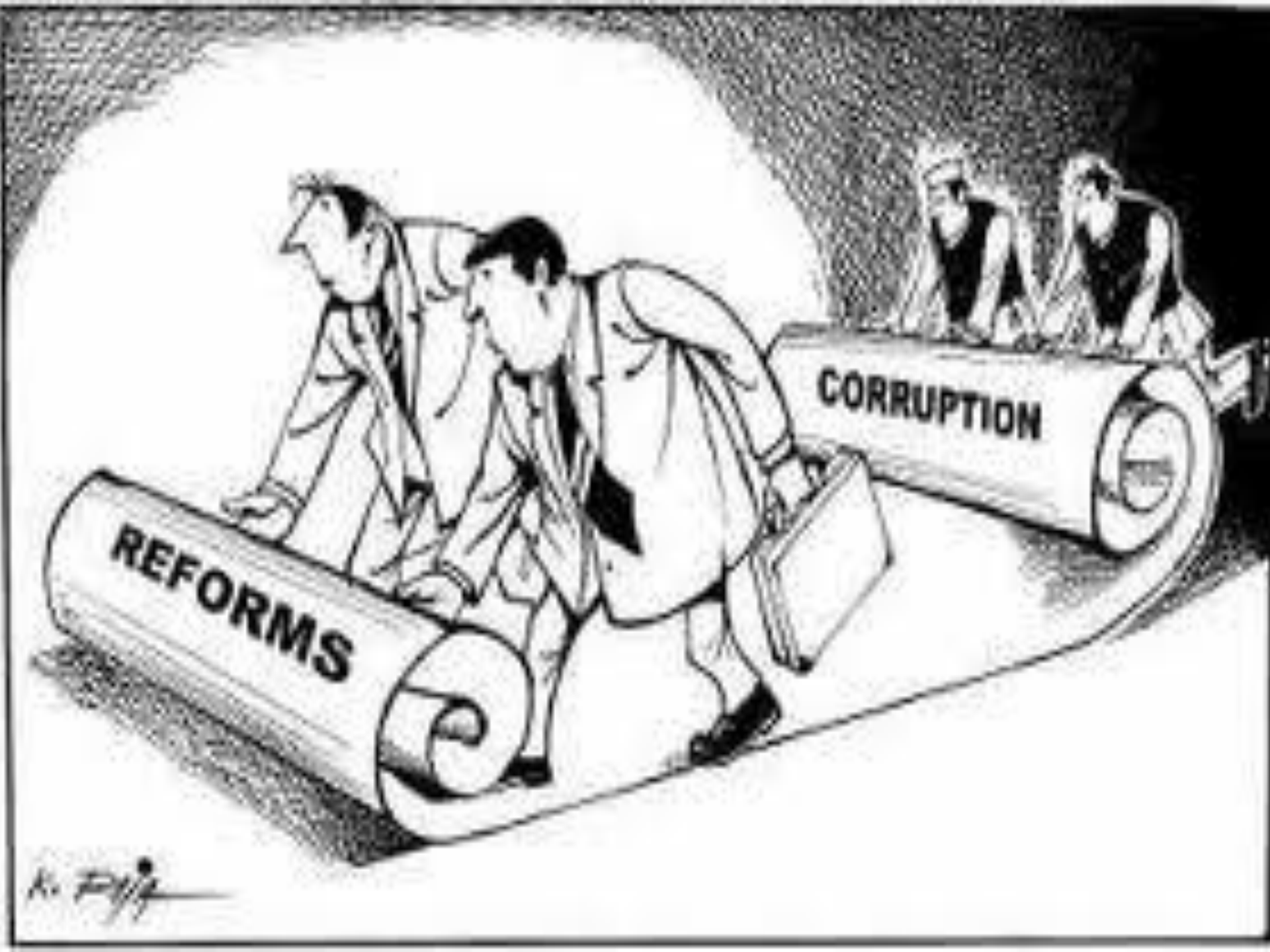


# RASTERFAHNDUNG

Kretzschmar 01



- je feinkariert, desto besser...



K. P. J.







**FAMILIA**  
 Por que tantas mães  
 decidiram partir  
 para o terceiro filho

**EXCLUSIVO**  
 Um relato do mais  
 mal sangrento da  
 guerra civil da Síria



BRASIL  
 CASINHAS  
 100% GATINHO

# veja



## ATÉ QUE ENFIM

Com as condenações de mensaleiros pelo STF e a perspectiva inédita da prisão de corruptos, o Brasil reencontra o ramo ético: volta a saber distinguir o certo do errado



## ***Elementos da Prova Indiciária***

- a) **Em primeiro lugar, o indício que será todo o facto certo, e provado**, com virtualidade para dar conhecer outro facto que com ele está relacionado. O indício constitui a premissa menor do silogismo, que, associado a um princípio empírico, ou a uma regra da experiência, vai permitir alcançar uma convicção sobre o facto a provar.
- b) **Em segundo lugar, é necessária a existência da presunção**, que é a inferência que, aliada ao indício, permite demonstrar um facto distinto. A presunção é a conclusão do silogismo construído sobre uma premissa maior (a lei baseada na experiência, na ciência ou no sentido comum), que, apoiada no indício – premissa menor –, permite a conclusão sobre o facto a demonstrar.

## ***Requisitos dos Indícios***

**Grave** é o indício que resiste às objecções e que tem uma elevada carga de persuasão, como ocorrerá quando a máxima da experiência que é formulada exprima uma regra que tem um amplo grau de probabilidade

**Preciso** é o indício quando não é susceptível de outras interpretações. Mas, sobretudo, o facto indiciante deve estar amplamente provado, senão corre-se o risco de construir um castelo de argumentação lógica que não está sustentado em bases sólidas (o suspeito foi detido no local do crime onde estava com a vítima)

**Concordantes** são os indícios que convergem na mesma conclusão - o facto indiciante.

## *Juízo de Inferência*

Na prova indiciária intervêm dois tipos de enunciados distintos que se empregam num juízo de inferência: **as chamadas regras da lógica formal e as regras da experiência.**

Dentro das regras da experiência que vigoram na nossa sociedade, podem identificar-se dois grandes grupos: por um lado, as leis científicas (a água solidifica a zero graus) e, por outro, todas aquelas ilações que não são mais do que regras de experiência quotidiana (quem desfere um golpe de arma branca na zona do coração pretende matar a vítima).

As primeiras formam-se a partir dos resultados obtidos pelas investigações das ciências, a que se atribui o carácter de empíricas, enquanto as outras assentam na denominada experiência quotidiana, que surge através da observação, ainda que não exclusivamente científica, de determinados fenómenos ou práticas e a respeito dos quais se pode estabelecer consenso.

## Requisitos da Prova Indiciária

- 1) Os indícios devem estar comprovados.
- 2) Os factos indiciantes devem ser objecto de análise crítica dirigida à sua verificação, precisão e avaliação, o que permitirá a sua interpretação como graves, médios ou ligeiros.
- 3) Os indícios devem também ser independentes e, conseqüentemente, não devem considerar-se como diferentes os que constituam momentos, ou partes sucessivas, de um mesmo facto.
- 4) Quando não fundamentem a aplicabilidade de leis naturais que não admitem excepção os indícios devem ser vários. Todavia, o indício isolado veemente, embora único e assente na máxima da experiência é
- 5) Os indícios devem ser concordantes.
- 6) As inferências devem ser convergentes, ou seja, não podem conduzir a conclusões diversas.
- 7) De igual forma, deve estar afastada a existência de contra indícios, pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária

## Três momentos

Demonstração do facto base ou indício, que, num segundo momento, faz despoletar no raciocínio do julgador uma regra da experiência ou da ciência, a qual permite, num terceiro momento, inferir outro facto, que será o facto sob julgamento.

Assim, em primeiro lugar, é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados. Em seguida, tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar à reconstrução do facto principal.

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



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

- I. *Para que o juízo de inferência resulte em verdade convincente é necessário que a base indiciária, plenamente reconhecida mediante prova directa:*
  - a) *seja constituída por uma pluralidade de indícios (embora excepcionalmente possa admitir-se um só se o seu significado for determinante),*
  - b) *que não percam força creditória pela presença de outros possíveis contra indícios que neutralizem a sua eficácia probatória,*
  - c) *e que a argumentação sobre que assente a conclusão probatória resulte inteiramente razoável face a critérios lógicos do discernimento humano.*
  
- II. *São indícios que permitem superar o princípio da presunção de inocência:*
  - a) *o aumento desusado do património do acusado, traduzido na aquisição de bens (embarcação, motociclo e outros),*
  - b) *a inexistência de negócios lícitos, devidamente justificados, que justifiquem tal aumento,*
  - c) *as características da referida embarcação, semelhante às que são frequentemente utilizadas para o transporte de drogas através do Estreito de Gibraltar, zona em que reside,*
  - d) *o seu relacionamento com actividades e pessoas ligadas ao tráfico de drogas,*
  - e) *as viagens realizadas pela sua embarcação através do Estreito de Gibraltar, transportando haxixe,*
  - f) *e a própria inverosimilhança da versão exculpatória que apresentou.*

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

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

1.1 — *De carácter formal:*

a) *que na sentença se expressem os factos — base ou indícios que se considerem plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência;*

b) *que na sentença se 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 directa,*

b) *devem ser de natureza inequivocamente acusatória,*

c) *devem ser plurais ou, sendo único, deve possuir especial força probatória,*

d) *devem ser contemporâneos do facto que se pretenda provar,*

e) *sendo vários devem estar inter-relacionados, de modo a que se reforcem mutuamente.*

II. *Requisitos do juízo de inferência:*

a) *que seja razoável, isto é, que não seja arbitrário, absurdo ou infundado e que responda às regras da lógica e da experiência;*

b) *que dos factos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexos preciso e directo, segundo as regras do critério humano.*

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

1. *A prova por indícios, indirecta, mediata, circunstancial, por inferências, por presunção ou por conjecturas tem valor como prova de acusação em processo penal e, por isso, há-de considerar-se apta para infirmar a presunção de inocência do art. 24.º, n.º 2, da Constituição.*
2. *Pressupostos para a correcta aplicação deste tipo de prova:*
  - a) *A existência de “factos básicos” plenamente provados que, em regra, hão de ser plurais, concomitantes e inter-relacionados (art. 386.º, n.º 1, do Cod. Proc. Civil);*
    - (i) *É necessário que os “factos básicos” sejam plurais e que todos eles, apreciados globalmente (e não um a um ou separadamente) nos conduzam ao “facto consequência”, por serem concomitantes e por estarem relacionados entre si na perspectiva da acreditação de um dado factual que de outro modo não ficaria provado.*
    - b) *O estabelecimento, entre esses “factos básicos” e o facto que se pretende provar (“facto consequência”) de uma ligação precisa e directa segundo as regras do critério e experiência humanos.*
      - (i) *Essa ligação directa existe quando, confirmados os factos básicos, possa afirmar-se que se produziu o facto consequência porque as coisas usualmente ocorrem assim e assim o pode entender quem proceda a um exame detido da questão.*
3. *O órgão judicial que utilize esse tipo de prova deve expressar na sua decisão os fundamentos da prova dos “factos básicos” e da sua conexão com o “facto consequência”, assim como analisar explicações que o arguido tenha oferecido, para admiti-las como credíveis ou refutá-las.*
4. *Respeitou o direito à presunção de inocência a decisão condenatória que assentou nos seguintes “factos básicos”.*
  - (i) *aumento desusado do património do arguido, revelado pela aquisição das embarcações X (no valor de 15 000 euros) e Y (no valor de 28 200 euros);*
  - (ii) *inexistência de ocupação laboral, negócios ou outras actividades por parte do arguido, que possam justificar os ganhos necessários para tais aquisições;*
  - (iii) *existência de vínculo ou conexão do acusado com actividades de tráfico de estupefacientes*

## **Acórdão de 2 de Abril de 2011 do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal**

(estava em causa a presunção do tráfico de armas, em relação com a diversidade e qualidade do armamento apreendido, e a forma que deve apresentar a prova que pretende colocar em causa os indícios, ou seja, os contra indícios):

- I. A avaliação dos indícios pelo juiz implica uma especial atenção que devem merecer os factos que se alinham num sentido oposto ao dos indícios culpabilizantes, pois que a sua comparação é que torna possível a decisão sobre a existência, e gravidade, das provas.*
- II. Os factos que visam o enfraquecimento da responsabilidade do arguido, sustentada na prova indiciária, são de duas ordens – uns impedem absolutamente, ou pelo menos dificilmente permitem que se atribua ao acusado o crime (estes factos recebem muitas vezes o nome de indícios da inocência ou contra presunções); os outros debilitam os indícios probatórios, e consubstanciam a possibilidade de afirmação, a favor do acusado, de uma explicação inteiramente favorável sobre os factos que pareciam correlativos do delito, e davam importância a uma convicção de responsabilidade criminal. Denominam-se de contra indícios e emergem em função da necessidade de contrapor aos indícios culpabilizantes outros factos indício que aniquilem a sua força à face das regras de experiência.*
- III. Tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contra indícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que, sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto contra indiciante infirmando a conclusão que se tinha extraído do facto indício. Dito por outras palavras, o funcionamento do contra indício, ou do indício de teor negativo, tem como pressuposto básico a afirmação de uma regra de experiência que permita, perante um determinado facto, a afirmação de que está debilitada a conclusão que se extraiu dos indícios de teor positivo.*

## **Acórdão de 11 de Julho de 2007**

(estava em causa um crime de homicídio em que o arguido apresentou para desconto um cheque emitido pela vítima, sem qualquer justificação para tal, e o principal indício era constituído por uma mancha de sangue da vítima no sapato do arguido), refere:

- I. *A prova nem sempre é directa, de percepção imediata, muitas vezes é baseada em indícios.*
- II. *Indícios são as circunstâncias conhecidas e provadas a partir das quais, mediante um raciocínio lógico, pelo método indutivo, se obtém a conclusão, firme, segura e sólida de outro facto; a indução parte do particular para o geral e, apesar de ser prova indirecta, tem a mesma força que a testemunhal, a documental ou outra.*
- III. *A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base (requisito de ordem formal) e se os indícios estiverem completamente demonstrados por prova directa (requisito de ordem material), os quais devem ser de natureza inequivocamente acusatória, plurais, contemporâneos do facto a provar e, sendo vários, estar inter relacionados de modo a que reforcem o juízo de inferência.*
- IV. *O juízo de inferência deve ser razoável, não arbitrário, absurdo ou infundado, e respeitar a lógica da experiência e da vida; dos factos-base há-de derivar o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexó preciso, directo, segundo as regras da experiência.*

# **Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27/05/2010**

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

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

**VIII - 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 os 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.**

**IX - O princípio da causalidade significa formalmente que a todo o efeito precede uma causa determinada, ou seja, quando nos encontramos face a um efeito podemos presumir a presença da sua causa normal. Aceite uma causa, normalmente deve produzir-se um determinado efeito e, na inversa, aceite um efeito deve considerar-se como verificada uma determinada causa.**

**X - O princípio da oportunidade fundamenta a eleição da concreta causa produtora do efeito para a hipótese de se apresentarem como abstractamente possíveis várias causas. A análise das características próprias do facto permitirá excluir normalmente a presença de um certo número de causas pelo que a investigação fica reduzida a uma só causa que poderá considerar-se normalmente como a única produtora do efeito. Provado no caso concreto tal efeito deverá considerar-se provada a existência da causa.**

**XI - O princípio da normalidade, como fundamento que é de toda a presunção abstracta, concede um conhecimento que não é pleno, mas sim provável. Só quando a presunção abstracta se converte em concreta, após o sopesar das contraprovas em sentido contrário e da respectiva valoração judicial, se converterá o conhecimento provável em conhecimento certo ou pleno.**

**XII - Só este conhecimento, alicerçado numa sólida estrutura de presunção indiciária – quando é este tipo de prova que está em causa – pode alicerçar a convicção do julgador. E, num hipotético conflito entre a convicção em consciência do julgador, no sentido da culpabilidade do arguido e uma valoração da prova que não é capaz de fundamentar tal convicção será esta que terá de prevalecer.**



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

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# A prova indiciária e as novas formas de criminalidade

---

Estudo da autoria do Conselheiro José António dos Santos Cabral publicado no sítio da internet do Supremo Tribunal de Justiça<sup>1</sup>

---

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

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

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## I.

A<sup>1</sup> actividade probatória é constituída pelo complexo de actos que tendem a formar a convicção da entidade decidente sobre a existência, ou inexistência, de uma determinada situação factual. Na formação da convicção judicial intervêm provas e presunções, sendo certo que as primeiras são instrumentos de verificação directa dos factos ocorridos e as segundas permitem estabelecer a ligação entre o que temos por adquirido e aquilo que as regras da experiência nos ensinam poder inferir.

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

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

Aliás, é importante que se refira que a prova indiciária, ou o funcionamento da lógica e das presunções, bem como das máximas da experiência, é transversal a toda a teoria da prova, começando pela averiguação do elemento subjectivo de crime, que só deste modo pode ser alcançado, até à própria creditação da prova directa constante do testemunho (a intenção de matar infere-se da zona atingida; da arma empregada; da forma de utilização).

A primeira tentativa de regulação formal da prova indiciária verificou-se com a Constituição Criminal Carolina da Alemanha, considerada como o primeiro código penal da Idade Média, a qual regulou em detalhe a prova por indícios, ainda que negando-lhe a capacidade para fundamentar uma condenação. A mesma prova por indícios justificava que, com base na sua existência, o juiz recorresse à tortura do suspeito para provocar a confissão, que, na época, era considerada a rainha de todas as provas (*regina probatorum*) e, uma vez obtida, constituía prova plena. Sem embargo, foi a supressão da tortura como método de prova que atribuiu à prova indiciária o seu valor como meio de convicção autónomo. Foi longo

<sup>1</sup> Intervenção no Centro de Formação Jurídica e Judiciária de Macau em 30 de Novembro de 2011.

o percurso ensaiado pela prova indiciária até atingir a sua maioria e lograr obter um lugar de relevo entre os meios de prova, nomeadamente em processo penal. Na verdade, uma visão transversal ao longo da História imprime a ideia de que os indícios têm sido o elemento essencial nalguns dos grandes processos criminais e os casos Dreyfus<sup>2</sup>, Lokerbie<sup>3</sup>, O. J. Simpson<sup>4</sup> são exemplos dessa afirmação.

---

<sup>2</sup> Caso Dreyfus – foi um escândalo político que dividiu a França por muitos anos, durante o final do século XIX. Centrava-se na condenação por alta traição de Alfred Dreyfus em 1894, um oficial de artilharia do exército francês, de origem judaica. O acusado sofreu um processo fraudulento conduzido a portas fechadas. Dreyfus era, em verdade, inocente: a condenação baseava-se em documentos falsos. Quando os oficiais de alta patente franceses se aperceberam disto, tentaram ocultar o erro judicial. A farsa foi acobertada por uma onda de nacionalismo e xenofobia que invadiu a Europa no final do século XIX.

<sup>3</sup> A importância dos indícios foi fundamental no caso Lokerbie pelo que, para uma melhor compreensão se transcreve Informação constante da Wikipedia “The initial investigation into the crash site by Dumfries and Galloway Constabulary involved many helicopter surveys, satellite imaging, and a fingertip search of the area by police and soldiers. More than 10,000 pieces of debris were retrieved, tagged and entered into a computer tracking system. The perpetrators had apparently initially intended the plane to crash into the sea, destroying any traceable evidence, but the late departure time of the aircraft meant that its explosion over land left a veritable trail of evidence.

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

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

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



Diversos factores se conjugam nesse voltar de página, em que convergem as imposições de novos tipos de criminalidade, como é o caso da criminalidade económica e financeira, em que os sinais, ou indícios, são factores essenciais para descodificar situações ambíguas, ou, numa outra perspectiva, derivam da espantosa evolução que se verificou na área da investigação criminal, e que vão desde o ADN até às mais elaboradas tecnologias (*v.g., profiling*<sup>5</sup> ou *Rasterfahndung*<sup>6</sup>).

---

A circuit board fragment, allegedly found embedded in a piece of charred material, was identified as part of an electronic timer similar to that found on a Libyan intelligence agent who had been arrested 10 months previously, carrying materials for a Semtex bomb. The timer allegedly was traced through its Swiss manufacturer, Mebo, to the Libyan military, and Mebo employee Ulrich Lumpert identified the fragment at al-Megrahi's trial. Mebo's owner, Edwin Bollier testified at the trial that the Scottish police had originally shown him a fragment of a brown 8-ply circuit board, of a prototype timer which had never been supplied to Libya. Yet the sample he was asked to identify at the trial was a green 9-ply circuit board that Mebo had indeed supplied to Libya. Bollier wanted to pursue this discrepancy, but was told by trial Judge, Lord Sutherland, that he could not do so. [Bollier later revealed that in 1991 he had declined an offer from the FBI of \$4 million to testify that the timer fragment was part of a Mebo MST-13 timer supplied to Libya. On 18 July 2007, Ulrich Lumpert admitted he had lied at the trial. In a sworn affidavit before a Zurich notary public, Lumpert stated that he had stolen a prototype MST-13 timer printed circuit board from Mebo and gave it without permission on 22 June 1989, to "an official person investigating the Lockerbie case". Dr Hans Köchler, UN observer at the Lockerbie trial, who was sent a copy of Lumpert's affidavit, said: "The Scottish authorities are now obliged to investigate this situation. Not only has Mr Lumpert admitted to stealing a sample of the timer, but to the fact he gave it to an official and then lied in court". Traces of high explosives RDX and pentaerythritol tetranitrate (PETN) were found in close proximity to the explosion.

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

<sup>4</sup> No qual a análise de ADN assumiu um papel fundamental.

<sup>5</sup> O *profiling* refere-se à aplicação das concepções da psicologia na investigação criminal, aceite no domínio da psicologia forense, já desenvolvida e utilizada por numerosos psicólogos forenses em vários países. De acordo com Spitzer, o *profiling* consiste numa competência de perícia forense pluridisciplinar que se consolida com o desenvolvimento de outras áreas, designadamente: a criminologia, a psicologia, a psiquiatria, a criminalística e qualquer outra ciência humana necessária na investigação criminal (antropologia, geografia, sociologia). O processo de inferência das características de indivíduos responsáveis por actos criminais diz respeito à noção de *profiling*, que é uma das subcategorias das técnicas de investigação criminal e que faz a correspondência entre a personalidade e o comportamento criminal. Embora se trate de um modelo de predição recente e em desenvolvimento, o objecto e a função desta

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

---

técnica supõe a compreensão do criminoso e do crime. O *profiling* consiste num processo de análise criminal que associa as competências do investigador criminal e do especialista em comportamento humano. Trata-se de uma perícia pluridisciplinar, logo, dificilmente um só indivíduo pode pretender reunir tais características. O *profiling* é uma das componentes da análise criminal, mas também funciona como seu prolongamento. Enquanto componente é, muitas vezes, conceptualizada pelo termo *Criminal Investigative Analysis* (CIA) e definida como a tentativa para estabelecer hipóteses acerca de um criminoso, com base na análise da cena do crime, da vitimologia e do estado actual dos conhecimentos sobre os agressores. Enquanto prolongamento da análise criminal, o *profiling* visa elaborar o perfil criminal, pelo que recorre a análises mais específicas, tais como: *criminal profiling*, *offender profiling*, *psychological profiling*, *investigative profiling*, *crime scene profiling*, *criminal behaviour profiling*. Numa tentativa de definição mais lata, o *profiling* consiste em deduzir e/ou induzir a imagem psicossocial, o mais rigorosa possível, de um indivíduo, a partir da análise de um conjunto de informações relativas às circunstâncias criminais verificadas na cena de crime e reunidas em *dossier* de instrução. A recolha e a inferência de dados pretendem fornecer informação específica sobre potenciais criminosos. McCrary reforça a ideia de que *profiling* é a descrição de traços e características de um agressor desconhecido, já que se considera que qualquer comportamento reflecte a personalidade de um indivíduo. Faz questão de salientar, ainda, que as características do criminoso devem ser consideradas factores de predição, meramente indicativos, na tentativa de identificar o agressor: Em síntese, constata-se que os principais objectivos do *profiling* são orientar as investigações, com o auxílio das ciências humanas e das ciências criminais, ligar os casos, identificar crimes com as mesmas características, ajustar as estratégias ao perfil do criminoso e emitir recomendações em vários domínios da criminologia (Cf. Elisabete Correia, Susana Lucas, Alicia Lamia, “Profiling: Uma técnica auxiliar de investigação criminal”, *Análise Psicológica* (2007), 4 (XXV): 595-601).

<sup>6</sup> O método de investigação policial regulado no processo penal alemão (StPO) e conhecido com o nome de *Rasterfahndung* consiste numa análise computadorizada de dados pessoais, os quais estão recolhidos e armazenados em arquivos pertencentes a instâncias alheias à administração de justiça penal para uma finalidade distinta de perseguição de delitos. A análise dos ditos dados produz-se a partir da elaboração, por parte das instâncias policiais, de determinados critérios criminológicos (denominados *Rastern*), ajustados tanto ao delito que é objecto de perseguição como ao presumido autor do mesmo. Afectados pela medida do *Rasterfahndung* estão, em princípio, todas as pessoas cujos dados estão recolhidos no arquivo em questão, ou seja, incluindo pessoas em princípio não suspeitas. Neste sentido, este método de investigação policial apresenta-se, em princípio, como uma ingerência de carácter processual no direito fundamental de todo cidadão a decidir por si mesmo sobre a transmissão de dados de carácter pessoal.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

##### 1.1 — De carácter formal:

- a) que na sentença se expressem os factos — base ou indícios que se considerem plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência;
- b) que na sentença se 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 directa,
- b) devem ser de natureza inequivocamente acusatória,
- c) devem ser plurais ou, sendo único, deve possuir especial força probatória,
- d) devem ser contemporâneos do facto que se pretenda provar,
- e) sendo vários devem estar inter-relacionados, de modo a que se reforcem mutuamente.

##### 2 — Requisitos do juízo de inferência:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*(i) que foram feitas muitas operações de câmbio de moeda pelos arguidos;*

*(ii) que na posse de um deles foi encontrada uma agenda de onde constava o número de telefone de um indivíduo arguido num processo por tráfico de estupefacientes.*

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

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

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

*III — Tal como perante os indícios, também para o funcionamento dos contra indícios é imperioso o recurso às regras da experiência e a afirmação de um processo lógico e linear que,*



*sem qualquer dúvida, permita estabelecer uma relação de causa e efeito perante o facto contra indiciante infirmando a conclusão que se tinha extraído do facto indício. Dito por outras palavras, o funcionamento do contra indício, ou do indício de teor negativo, tem como pressuposto básico a afirmação de uma regra de experiência que permita, perante um determinado facto, a afirmação de que está debilitada a conclusão que se extraiu dos indícios de teor positivo.*

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

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

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

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

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

## II.

Face a tais decisões, procuremos agora detectar algumas linhas de força que nos guiem na construção das regras da prova indiciária. Assim, e em primeiro lugar, tal como refere Marieta<sup>7</sup> são dois os elementos da prova indiciária:

<sup>7</sup> La Prueba em Processo Penal pag 59.

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

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

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

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

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

Na verdade, como refere Ragués i Vallès<sup>8</sup> ao pronunciar-se sobre a **prova do dolo** em processo penal na prova indiciária intervêm dois tipos de enunciados distintos que se empregam num juízo de inferência: as chamadas regras da lógica formal e as regras da experiência. Para se poder afirmar que a conclusão obtida através da prova de indícios coincide com a realidade afirma o mesmo Autor que são necessários dois pressupostos básicos e irrenunciáveis: as regras da experiência que se apliquem em termos de premissa maior devem ser enunciados por forma a que transmitam declarações seguras, e irrefutáveis, sobre o conteúdo da referida realidade e, em segundo lugar, é necessário também que os factos

<sup>8</sup> El dolo y su prueba en el proceso penal pag 243.

provados, que se conjugam em termos de premissa menor do silogismo judiciário correspondam inteiramente á realidade.

Dentro das regras da experiência que vigoram na nossa sociedade podem identificar-se dois grandes grupos: por um lado as leis científicas e, por outro, todas aquelas ilações que não são mais do que as regras de experiência quotidiana. As primeiras formam-se a partir dos resultados obtidos pelas investigações das ciências, a que se atribui o carácter de empíricas, enquanto que as outras assentam na denominada experiência quotidiana que surge através da observação, ainda que não exclusivamente científica, de determinados fenómenos ou práticas e a respeito das quais se podem estabelecer consenso<sup>9</sup>.

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

---

<sup>9</sup> Como refere Jaime Torres importa distinguir dois tipos diferentes de regra de experiência: as regras de experiência de conhecimento geral ou, dito por outra forma, as regras gerais empíricas cujo conhecimento se pressupõe existente em qualquer pessoa que tenha um determinado nível de formação geral e, por outro lado, as máximas de experiência especializada cujo conhecimento só se pode supor em sujeitos que tenham uma formação específica num determinado ramo de ciência, técnica ou arte. Usando tais regras de experiência entendemos que o juiz pode utilizar livremente, sem necessidade de prova sobre elas, as regras de experiência cujo conhecimento se pode supor numa pessoa com a sua formação (concretamente formação universitária no campo das ciências sociais). O próprio ordenamento jurídico parte da liberdade do juiz para utilizar estas máximas da experiência de conhecimento geral sem que as mesmas se inscrevam no processo através da produção de prova.

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

seja, a admissibilidade do juízo de probabilidade<sup>10</sup> como base do indício implica a aceitação da possibilidade de que a conclusão não corresponda com a realidade.

Tal concepção é, quanto a nós, seguramente de rejeitar pois que, como bem refere Marker<sup>11</sup>, a maior parte das vezes a premissa maior é uma regra de probabilidade que, frequentemente, nem sequer é segura. Stein por sua vez entende que as regras da experiência quotidiana só podem levar a apreciações aproximativas. Aliás, o entendimento de que a actual sociedade só atribui capacidade de transmitir conhecimento certos sobre a realidade às regras obtidas mediante conhecimento únicas que seriam as únicas susceptíveis de uma afirmação de incontida certeza sobre a realidade que atesta- implicaria a negação da possibilidade de existência de regras de experiência do quotidiano como suporte de conhecimento e de prova indiciária<sup>12</sup>.

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

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

---

<sup>10</sup> Da sua exigência de uma regra certa como base de inferência parte Vallés para uma situação de quase aporia dificilmente sustentável quando em relação á prova psicológica do dolo afirma eu para se ser coerente a exigência de uma plena constatação da realidade psicológica passa necessariamente por uma redução do número de casos em que é possível formular uma condenação pela prática de um crime doloso.

<sup>11</sup> Vorsatz und Fahrlässigkeit pag 182, citado por Vallés.

<sup>12</sup> Sem embargo não é possível descartar a possibilidade teórica de, em determinados casos existirem regras de experiência quotidiana susceptíveis de transmitir conhecimentos certos e seguros.

histórico não com plena certeza mas, como afirma Tonini<sup>13</sup>, como uma possibilidade mais ou menos ampla.

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

As inferências lógicas aptas a propiciar a prova indiciária podem, também, consistir em conhecimentos técnicos que fazem parte da cultura media ou leis científicas aceites como válidas sem restrição. Em matérias que impliquem especiais competências técnicas científicas ou artísticas, e que se fundamentam naquelas leis, é evidente que a margem de probabilidade será proporcional á certeza da afirmação científica<sup>14</sup>.

Como refere Dellepiane só quando a premissa maior é uma lei, que não admite excepções, a inferência que consubstancia a prova indiciária revestirá a natureza de uma dedução rigorosa. A inferência só é certa, por excepção, quando se apoia numa lei geral e constante, ou seja, quando deixa de ser uma inferência analógica para passar a ser uma dedução rigorosa<sup>15</sup>.

Noutras circunstâncias estaremos sempre perante uma probabilidade, ou seja, como afirma Lopez Moreno<sup>16</sup> a teoria dos indícios reduz-se á **teoria das probabilidades** e a prova indiciária resulta do concurso de vários factos que demonstram a existência de um terceiro que é precisamente aquele que se pretende averiguar. Note-se que a concorrência de vários indícios numa mesma direcção, partindo de pontos diferentes, aumenta as probabilidades de cada um deles com uma nova probabilidade que resulta da união de todas as outras constituindo uma verdadeira resultante

No mesmo sentido se pronuncia Clement Duran quando refere que o princípio da normalidade se torna o fundamento de toda a presunção abstracta. Tal normalidade deriva da circunstância de a dinâmica das forças da natureza e, entre elas, das actividades humanas existir uma tendência constante para a repetição dos mesmos fenómenos. O referido princípio está intimamente ligado com a causalidade: as mesmas causas produzem sempre os mesmos

---

<sup>13</sup> La Prova Penale pag 16 e seg.

<sup>14</sup> Independentemente da questão da natureza da inferência que constitui a prova indiciária; dedução indução abdução ou inferência analógica o certo é que a aplicação de um conhecimento científico está sujeito ás características de ser genérico experimentável e controlável.

<sup>15</sup> A inferência indiciária de ordem analógica raras vezes é passível de chegar a um resultado certo pois que dificilmente se encontram duas hipóteses exactamente iguais.

<sup>16</sup> La prueba de indícios pag 145.

efeitos e tem justificação na existência de leis mais ou menos imutáveis que regulam de maneira uniforme o desenvolvimento do universo.

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

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

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

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



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

### III.

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

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

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

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

Tal debate, crucial na jurisprudência italiana, tem tido três respostas diferentes: uma **mais garantista**; uma avaliação mais elástica e teleológica e uma tese intermédia. Para os primeiros os requisitos da gravidade; precisão e concordância devem verificar-se em relação a

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

A **terceira tese** coloca sobre um plano distinto os pressupostos e consequências. Segundo esta interpretação a prova indiciária deve emergir de uma avaliação global e unitária dos indícios: eles devem ser graves, precisos e concordantes, mas sempre numa perspectiva global, e não considerados isoladamente. É esta, no dizer de Tonini, a convergência na multiplicidade e o que importa é somente o resultado final de uma operação de co-avaliação dos indícios. Na verdade, o indício que, isoladamente, parece ser de pouca gravidade pode assumir uma importância decisiva no seu cotejo e articulação com os restantes indícios<sup>17</sup>.

#### IV.

Pretendendo desenhar alguns dos princípios a que se refere a prova indiciária diremos que na mesma devem estar presentes condições relativas **aos factos indiciadores**; à **combinação ou síntese dos indícios**; á indiciárias **combinação das inferências indiciárias**; e à **conclusão das mesmas**<sup>18 19 20</sup>.

<sup>17</sup> Conf Tonini Prova Penale pag 12 e seg.

<sup>18</sup> Dellepiene obra citada pag 93.

<sup>19</sup> Para Mittermeier a força dos indícios determina-se pelo cumprimento em cada caso e para cada um dos indícios das condições exigidas; pelo seu número; pela sua natureza e concordância: pelas suas relações com as presunções informativas.

<sup>20</sup> Conforme Rosas Castaneda -Algunas Consideraciones sobre la teoria de la prueba indiciaria em el proceso penal y los derechos fundamentales del imputado:- *os indícios también pueden observarse según su fuerza conviccional, como tal, distinguirlos entre indícios necesarios y contingentes, según se requiera de uno o varios para formar la convicción del juzgador. Empero, la clasificación más utilizada es aquella que*

toma en cuenta, el momento de la producción de los indicios, en cuya virtud los indicios pueden ser antecedentes, concomitantes y subsiguientes, esto es, según se trate de circunstancias anteriores, coetáneas o posteriores al delito. **Por su fuerza Conviccional: Indicios necesarios y contingentes** Ahora bien, lo expuesto precedentemente, obliga a reconocer que existen **indicios necesarios e indicios contingentes**, en función a las causalidades que emergen de ellos. Los indicios necesarios prueban por sí solos plenamente la veracidad del “dato indicado” al que conducen, por lo que están extensos del requisito de pluralidad; el dato cierto resulta de una relación causal unívoca. Los indicios contingentes, que son los más numerosos, por el contrario, para generar convicción o consolidar ésta sobre algún aspecto del *thema probandum* o de ésta como totalidad, deben ser mínimo dos; uno solo representa apenas un argumento de probabilidad; más o menos mayor según las circunstancias de cada caso, de la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga, que no descarga generalmente el peligro del azar o de la causalidad. **Por su relación fáctica con el delito .- Indicios Antecedentes** Estos indicios son los anteriores al delito. Están referidos a la capacidad para delinquir y a la oportunidad para la comisión de un delito, tales como tenencia de instrumentos, amenazas previas, ofensas, enemistades, interés en la desaparición de una persona. Los tres últimos son los denominados indicios de móvil delictivo, que son indicios psicológicos de suma importancia, en el entendido que toda acción humana, y, especialmente la delictiva, que implica sanciones y molestias, tiene una razón, un motivo que la impulsa. Sólo asociados a otros indicios, éstos pueden constituir prueba suficiente.- **Indicios Concomitantes** Son los indicios que resultan de la ejecución del delito, se presentan simultáneamente con el delito. A este rubro pertenecen los indicios de presencia y los indicios de participación en el delito. Los primeros, en la clasificación de **GORPHE**, también llamados de “oportunidad física”, están dirigidos a establecer la presencia física del imputado en el lugar de los hechos. Los segundos, tienden a señalar una participación más concreta del imputado en los hechos. **3.- Indicios Subsiguientes** Son, al decir de **MARTÍNEZ RAVE**, los que se presentan con posterioridad a la comisión del delito. En la clasificación de **GORPHE** se trata de los indicios de actividad sospechosa. Pueden ser acciones o palabras, manifestaciones hechas posteriormente a amigos, el cambio de residencia sin ningún motivo, el alejarse del lugar donde se cometió el ilícito, el fugarse después de estar detenido, el ocultar elementos materiales del delito, la preparación de falsas pruebas sobre su inocencia, la consecución de testigos falsos. Los **indicios de presencia y participación en el delito**, que también se pueden llamar de oportunidad física, o de oportunidad material en sentido estricto, obtenidos del importante hecho de que el individuo estuviera, sin razón plausible, en el lugar y al tiempo del delito. En sentido amplio, aquí se ubican indicios muy diversos, sacados de todo vestigio, objeto o circunstancias que implique un acto en relación con la perpetración del delito: señales de fractura o de sustracción, rastros de golpes o de polvo, manchas de sangre o barro, tenencia del instrumento del delito, descubrimiento de un objeto comprometedor en el lugar del hecho o en la casa del sospechoso. [ Ese hecho material resulta sospechoso, solo porque no tiene justificación o, más aún, porque el acusado lo explica mal] Ahora bien, en cuanto a los **Indicios provenientes de la personalidad**, esta clase de indicios tienden a tomar en consideración la conducta anterior del sujeto y su personalidad a fin de inferir de ello si tiene capacidad delictiva que conduzca a presumir su autoría en el hecho que se investiga. En consecuencia, liminarmente es preciso hacer una importante aclaración respecto a que ello no importa adoptar un “Derecho Penal de autor”, sino simplemente valorar como prueba esos extremos para añadir al resto del material probatorio otros que resultan importantes para determinar en conjunto su responsabilidad. Así, los **indicios de capacidad para delinquir**, que también pueden llamarse de **oportunidad**

Assim

1) Os indícios devem estar comprovados e é relevante que esta comprovação resulte de prova directa, o que não obsta a que a prova possa ser composta, utilizando-se, para o

---

*personal* proceden de la compatibilidad de la personalidad física y moral con el acto cometido. Por lo que se sabe del conjunto de su carácter, de su conducta pasada, de sus costumbres y disposiciones, se deduce que el acusado era capaz de haber cometido el delito imputado o, inclusive, que fue llevado a ejecutarlo. [33] Constituye una condición necesaria, pero no suficiente, de la culpabilidad: unas veces proporciona una simple posibilidad y otras, una probabilidad o verosimilitud, pero no certeza. **Indicios sobre el móvil delictivo:** Se debe partir de la premisa general de que no existe acto voluntario sin motivo o móvil. [...] de modo que cuando un individuo, se decide a quebrantar la ley y exponerse a una sanción penal, es porque persigue obtener una ventaja, una venganza, o cualquier otro objetivo que se le presenta con tal intensidad que lo lleva a estimar con desdén la eventual sanción. Esta razón predominante es lo que se llama el móvil para delinquir; el cual, como es una condición esencial de todo delito, es de necesaria comprobación, ya por medio de verdaderas pruebas, ya por simples presunciones. El móvil puede considerarse bajo dos aspectos: externo, y entonces es el suceso, la causa, el accidente, que impulsan el ánimo, e interno, siendo entonces el afecto mismo del ánimo que impulsa el delito.[35] De allí que, el autor opta por realizar su objetivo asumiendo el riesgo de las consecuencias. Estos objetivos son los motivos o móviles de los que, cuando el individuo ha obrado voluntariamente, es importante indagar para encontrarle un justificativo al acto delictivo. **Indicios de actitud sospechosa:** Generalmente existen comportamientos del sujeto, anteriores o posteriores al hecho, que por su especial singularidad o extravagancia permiten inferir que tiene relación con el delito cometido. Deducidos de lo que se llama rastros mentales o, en términos más genéricos, de las manifestaciones del individuo, anteriores o posteriores al delito; en pocas palabras, al comportamiento en cuanto revela el estado de ánimo del acusado en relación con el delito; es decir, tanto su malvada intención antes del delito, como su conciencia culpable después de haberlo realizado. **Indicios derivados de una mala justificación:** Una vez colectados suficientes elementos probatorios que indiquen a determinado sujeto como autor del hecho delictivo, es menester interrogar al mismo a los fines de que, dando su versión, explique las razones de la existencia de ese material de cargo uno por uno. Su discurso, cualquiera que sea, servirá para integrar la interpretación de aquellas pruebas. Tanto es así que si el inculpado suministra explicaciones satisfactorias y que además se comprueban, los elementos indiciarios existentes pierden eficacia. A la inversa, si sus justificaciones son inaceptables, ambiguas, equívocas, tendientes a eludir una respuesta concreta, deficientes, inventadas o mendaces, todo lo cual también debe comprobarse, ello configurará un refuerzo de aquellos indicios, dando lugar a edificar una plataforma de cargos desfavorable a su situación procesal. La mala justificación se erige así como un complemento indiciario de los demás elementos de prueba. Como se observa, las pautas que se han seguido en las ejecutorias mencionadas, responden a la clasificación que realiza GORPHE, según su papel en la prueba de la imputabilidad y de la culpabilidad, tanto en cargo, como en descargo.

efeito, provas directas imperfeitas, ou seja, insuficientes para produzir cada uma em separado prova plena<sup>21</sup>.

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

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

Directamente relacionada com a questão da unidade, ou pluralidade de indícios, que se examinará, situa-se a questão dos indícios periféricos, ou instrumentais, em relação ao facto probando. Significa o exposto que os factos indiciantes não têm de coincidir necessariamente como os que conformam o facto sujeito a julgamento, ou algum dos seus elementos ou bem a autoria material do facto ilícito, mas podem tratar-se de factos que estão em conexão ou relação directa com aqueles, situando-se na sua periferia sendo indicativos da realidade do facto que se pretende provar. Isto significa que devem ser concomitantes, ou seja, que devem acompanhar-se entre si por constituir diversos aspectos fácticas de um determinado facto penalmente relevante e que, em consequência têm uma existência comum e em paralelo<sup>22 23</sup>.

2) Os factos indiciadores devem ser objecto de análise crítica dirigida à sua verificação, precisão e avaliação o que permitirá a sua interpretação como graves, médios ou ligeiros. Porém, e como refere Bentham, não é pela circunstância de se inscreverem nesta última

---

<sup>21</sup> Para Clement Duran La prueba Penal pag 639 a prova indiciária pode realizar-se por qualquer meio probatório incluindo outra presunção (com recusa do velho aforismo praesumptio de praesumptione non praesimitur). No mesmo sentido Echandia Teoria General da Prueba judicial

<sup>22</sup> Clement Duran obracitada pag 640.

<sup>23</sup> Por exemplo as circunstâncias de lugar e tempo são factos especialmente indicativos no que respeita à consumação de um crime de furto: se uma pessoa é surpreendida às quatro da madrugada nas imediações de um ou vários veículos furtados têm-se indícios muito fortes para fundamentar a atribuição de autoria. Outro tanto se pode dizer no caso de um vestígio de uma mancha de sémen na roupa da vítima e que segundo um relatório pericial corresponde ao sémen do acusado. Trata-se de um facto periférico ou alheio ao acto constitutivo da agressão sexual, mas que indica claramente que aquele acusado foi o autor da agressão.

espécie que os indícios devem ser afastados pois que o pequeno indício conjugado como outros pode assumir uma importância fundamental.

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

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

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

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

5) Os indícios devem ser concordantes, ou seja, conjugar-se entre sí, de maneira a produzir um todo coerente e natural, no qual cada facto indiciário tome a sua respectiva colocação quanto ao tempo, ao lugar e demais circunstancias<sup>24</sup>.

Neste aspecto Devis Echandia refere que os indícios se avaliam e não se contam, motivo pelo qual não basta somente a pluralidade já que é indispensável que, examinados em conjunto, produzam a certeza sobre o facto investigado e para que isto ocorra requiere-se que sejam graves que concorram harmonicamente a apontar o mesmo facto.

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

---

<sup>24</sup> Os indícios podem referir-se à integração dos elementos materiais do tipo legal (indício do delito) ou á autoria material do crime.



7)- Por igual forma deve estar afastada a existência de contra indícios pois que tal existência cria uma situação de desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária<sup>25</sup>.

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

## V.

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

Assim,

Em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados. Em seguida tem lugar a sua combinação ou síntese. Esta operação intelectual efectiva-se com a colocação respectiva de cada facto ou circunstância acessória, e a sua coordenação com as demais circunstâncias e factos, e dá lugar é reconstrução do facto principal. Esta síntese de factos indicadores constitui a pedra de toque para avaliar a exactidão e valor dos indícios assim como também releva para excluir a possibilidade de falsificação dos indícios<sup>26</sup>.

Ao ocupar-se da prova por concurso de indícios e estabelecer que condições devem estes reunir para fazer prova plena os autores exigem, uniformemente, como se irá explanar a concordância de todos os indícios<sup>27</sup> pois que sendo estes factos acessórios de um facto principal, ou partes circunstâncias de um único facto, de um drama humano devem

<sup>25</sup> Contra indícios ou contra presunções lhe chama Mittermaier Tratado pag 376.

<sup>26</sup> Uma questão importante que se suscita a propósito da concordância de indícios é da suficiência de um único indício para fundamentar o facto probando estamos em crer que nada impede que um único indício possa fundamentar tal conclusão desde que a prova indiciária conjugada com os restantes elementos permita inferir sobre a certeza da conclusão.

<sup>27</sup> Deve afirmar-se que concordância e convergência são conceitos distintos. Como afirma Dellapiene. A primeira refere-se aos indícios ou factos indiciadores a segunda ás deduções ou inferências judiciais.

necessariamente ligar-se na convergência das três unidades: o tempo, o lugar e acção por forma a que cada indicio está obrigado a combinar-se com os outros, ou seja, a tomar o seu lugar correspondente no tempo e espaço e todos a coordenar-se entre si segundo a sua natureza e carácter ou segundo relações de causa a efeito.

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

O terceiro momento reside no exame da relação entre facto indiciante e facto probando ou seja o funcionamento da presunção. Como refere Duran a essência da prova indiciária reside na conexão entre o indício base e o facto presumido, fundamentada no princípio da normalidade conectado a uma máxima da experiência é a essência de toda a presunção. A máxima da experiência constitui a origem de toda a presunção- em combinação com o facto presumido que é o ponto de partida inverso e é o fundamento da mesma por aplicação do princípio da normalidade<sup>28</sup>.

## VI.

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

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


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

<sup>28</sup> Vg a venda de objecto a preço muito abaixo do preço de custo ou a posse dos papelinhos de droga.

*Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone*



**NOTA IMPORTANTE:**

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicatv.com/>), com os dados constantes no separador “ARQUIVO GRATUITO”.

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

# A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira<sup>1</sup>



Comunicação apresentada na ação de formação “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, realizada pelo CEJ no dia 11 de novembro de 2011.

**[Belmiro Andrade]**

---

<sup>1</sup> Texto inicialmente publicado no *e-book* Jurisdição Penal e Processual Penal. Jurisdição do Trabalho e da Empresa. Ações de formação – 2011-2012. Textos dispersos (Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2013. ISBN 978-972-9122-43-9. (Online em: [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Jurisdicao\\_Penal\\_Trabalho.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Jurisdicao_Penal_Trabalho.pdf?id=9&username=guest))

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



## Sumário e texto da intervenção

---

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

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

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

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

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

Procuraremos fazê-lo com as limitações de quem ocupa o dia-a-dia com a aplicação da Lei ao caso concreto, no respeito da lei e dos direitos dos cidadãos mas também em tempo razoável. Duplicidade de objectivos nem sempre fácil de alcançar, numa época em que, enquanto o processo civil tem caminhado (veja-se a reforma de 1995), no sentido da adequação da forma ao conteúdo, o processo penal tem vindo, em nossa opinião, a produzir demasiadas decisões por vícios de forma, em detrimento do mérito. Entre outras causas, por efeito da preocupação regulamentar do Código de Processo Penal, cominando um amplo regime de nulidades, enfim porque, por efeito de o direito processual penal constituir verdadeiro direito constitucional aplicado (nos termos do art. 18º, n.º 1 da CRP), tendo em vista a “vocação regulamentar” da nossa Constituição (cfr. Marcelo de Sousa, Constituição da República Portuguesa e Legislação Complementar Anotada, Ed. Aquitas, texto de capa), o Tribunal Constitucional acaba por funcionar na prática como 4ª instância da jurisdição comum, podendo determinar, num mesmo processo, sucessivas anulações sem dirimir o objecto do processo.

Lembramos sobretudo a lição de um juiz negro americano (interpretado no cinema por Morgan Freemann) que, no julgamento do homicídio de um jovem negro, perante uma falha da investigação, invocando o princípio dos sistemas anglo-saxónicos equivalente ao nosso princípio *in dubio pro reo*, absolveu o arguido – um branco (interpretado por Tom Hanks) visto no local do crime, a uma hora compatível com o mesmo e conhecido, além do mais, pelas suas atitudes xenófobas e racistas assumidas. Depois do veredicto, que ninguém esperava, ante a aparente clareza das provas, a comunidade negra, inconformada, explodiu em violência, tanto que os seus líderes, reunidos de emergência, decidiram ir

“pedir explicações ao juiz” que, sendo da sua comunidade, dele esperavam a “Devida Justiça”. O juiz recebe-os no gabinete mas, na discussão violenta que se segue, a sua voz, apoiada na lei, fica submersa pela força da maioria, pretendendo “ajustar contas” porque “não fez Justiça” ao Nazi. Então, em desespero, desafia os inquisidores: – “Vocês que são líderes da comunidade e têm tanta certeza sobre “A Justiça”, digam-me... o que é a Justiça? O que é a Justiça? Respondam-me, se têm tanta certeza!” Mas como a pergunta fica a pairar no ar, sem resposta, o juiz adianta, como que resumindo a aprendizagem da sua vida: – “A melhor definição da justiça é a Lei. Porque a Lei constitui o produto do melhor esforço da comunidade para, de uma forma racional e organizada, se afastar da pura arbitrariedade e da barbárie na resolução dos seus problemas”.

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

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

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

Talvez por isso, como observa Carlos Climent Durán (La Prueba Penal, Doctrina e Jurisprudência, ed. Tirant Blanch, Barcelona, p. 575) *“Os tribunais sejam avessos a reconhecer expressamente que nas suas valorações e nas suas motivações probatórias utilizam constantemente presunções, como se estivessem impedidos de o fazer, por crer erroneamente que tal maneira de proceder não é propriamente jurídica e que supõe a introdução de alguma dose de arbitrariedade no conteúdo das suas decisões”*. Constatação que é evidente, por exemplo, na prova dos factos do foro subjectivo, quando não confessados pelo arguido, normalmente dados como provados pela mera constatação de que quem pratica determinado facto, em seu juízo e em liberdade de movimentos, quis praticá-lo e aceitou as consequência normais dele advenientes.

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

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

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

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

Ainda que não constitua uma presunção em sentido técnico.

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

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

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

- o princípio da proibição do excesso, da proporcionalidade em sentido amplo, subdividido no princípio da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito;



- o acusado não tem que provar a sua inocência nem que “colaborar” na sua condenação;
- a proibição da execução provisória da sentença de condenação;
- a sanção penal apenas pode aparecer depois da condenação, devendo a culpabilidade ser provada de acordo com a lei;
- em matéria de medidas de coacção, proíbe qualquer efeito de antecipação da pena e confere às medidas de coacção natureza estritamente preventiva e cautelar, obrigando à sua redução ao estritamente necessário;
- por último, trata-se de um princípio fortemente ligado ao direito probatório, dele decorrendo que, em situação de dúvida o tribunal deve absolver o arguido (princípio *in dubio pro reo*) sem que para este sobrevenha qualquer consequência negativa.

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

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

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

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

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

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

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

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

A livre apreciação não constitui uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas antes na conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis). Para ela concorrendo as regras impostas pela lei, como sejam as da experiência, da percepção da personalidade do depoente – aqui relevando, de forma especialíssima, os princípios da oralidade e da imediação – e da dúvida inultrapassável que conduz ao princípio “*in dubio pro reo*” – cfr. Ac. do T. Constitucional de 24/03/2003, DR. II, nº 129, de 02/06/2004, 8544 e ss.

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

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

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

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

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

A dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um facto, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável – neste sentido, Jean-Denis Bredin, *Le Doute et L'intime Conviction*, *Revue Française de Théorie, de Philosophie e de Culture Juridique*, Vol. 23, (1996), pág. 25.

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

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

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

manancial probatório, vendo-se confrontado com mais do que uma solução probatória razoável, assumir aquela que favorece o arguido.

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

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

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

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

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

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

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

- pluralidade de factos-base ou indícios;
- precisão de tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo;
- que sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto;
- racionalidade da inferência;
- expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência.

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

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

No mesmo sentido, em matéria de crimes fiscais, a jurisprudência constitucional italiana (cfr. Nuno Sá Gomes, in Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e processo Penal Fiscal, Ed.

Rei dos Livros, 2ª ed ob. cit., pág. 62) tem entendido que a presunção legal deve assentar numa “facto normal” ou num “facto comum da experiência” que permita fazer um juízo de probabilidade da existência da base contributiva”.

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

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

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

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

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

- Em caso de condenação pela prática de crime referido no artigo 1.º, e para efeitos de perda de bens a favor do Estado, presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito.

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

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



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

- Sem prejuízo da consideração pelo tribunal, nos termos gerais, de toda a prova produzida no processo, **pode o arguido provar a origem lícita dos bens** referidos no n.º 2 do artigo 7.º.

Precisando o n.º2 que para o efeito é admissível “qualquer meio de prova válido em processo penal”.

- Prevendo, por último, o nº 3, critérios específicos de elisão da presunção (**A presunção** estabelecida no n.º 1 do artigo 7.º **é ilidida** se se provar que os bens: a) Resultam de rendimentos de actividade lícita; b) Estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição como arguido; c) Foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na alínea anterior).

7. A terminar diríamos, em jeito de conclusões:

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

Daí que quer as presunções legais quer as presunções judiciais ou naturais devam ceder quando, em concreto, depois da produção exhaustiva de todos os meios de prova relevantes e da sua discussão e análise em conformidade com os critérios legais, resultar um estado de dúvida razoável, fundamentado, não só sobre o facto-base da

presunção, como ainda sobre a racionalidade da inferência entre a sua origem/relação com o facto típico.

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

Muito obrigado a todos pela atenção dispensada.

## A valoração da prova e a prova indireta



Comunicação apresentada na ação “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, realizada pelo CEJ no dia 24 de maio de 2013.

**[Ana Maria Barata de Brito]**

CENTRO  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS

## Sumário e texto da intervenção

---

C E N T R O  
DE ESTUDOS  
JUDICIÁRIOS



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

*O<sup>1</sup> tema que me é proposto permanece complexo.*

*Suscita inúmeras abordagens.*

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

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

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

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

\*

Esquema de desenvolvimento:

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

\*

- (a) O princípio da livre apreciação das provas

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

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

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

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

É sempre da formação de uma convicção que se trata.

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

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

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

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

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

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

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

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

---

<sup>2</sup> Figueiredo Dias, Lições de Processo Penal, 2004, p.202.

<sup>3</sup> Taruffo, La prueba, p. 135.

<sup>4</sup> Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, II, p. 298.

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

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

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

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

#### (b) As regras da experiência

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

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

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

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

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

Refere:

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

“O juiz historiador tem que reconstituir um facto individual que ele mesmo não percebeu. Na melhor das hipóteses, o juiz historiador conseguirá ainda assim ter acesso a

<sup>5</sup> Figueiredo Dias, Direito Processual Penal, 2004, p. 202-3.

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

fragmentos da matéria de facto” (Sousa Mendes exemplifica com o “artigo de jornal” no crime de difamação através da comunicação social)<sup>7</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

<sup>7</sup> Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1003.

<sup>8</sup> Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1003.

<sup>9</sup> Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1011.

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

(c) A decisão contra as regras da experiência

O acórdão do TRC de 15/5/2013<sup>11</sup>, relatado por Jorge Jacob, ilustra a aplicação prática desta doutrina:

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

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

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

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

<sup>10</sup> Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1011.

<sup>11</sup> Este e todos os acórdãos citados estão disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).



(d) A decisão contra a presunção legal

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

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

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

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

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

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

Ao ter dado como provado que a demandante transferira dinheiros próprios para duas contas conjuntas com o seu sobrinho, tendo-o feito por ser uma pessoa idosa, doente, viúva e sem filhos, e por aquele se ter prontificado a ajudá-la na administração dos dinheiros, e ainda que o sobrinho procedera ao levantamento das quantias depositadas, sem o seu

conhecimento e contra a sua vontade, e que se recusara a restituí-las contrariando em tudo a vontade da ofendida, ficou por explicar, de modo racional e lógico, porque razão se consideraram, então, como *não provados* os restantes factos da acusação.

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

(e) A verdade prático-jurídica

O Tribunal Constitucional tem afirmado o *princípio da verdade material* como valor constitucional, e uma *justiça material baseada na verdade dos factos* como valor indisponível<sup>12</sup>.

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

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

<sup>12</sup> Entre muitos, Acórdão TC nº 137/2002.

das coisas que permitem e dão sentido constitutivo à regra que é verdadeiramente normativa e tipológica como meio de prova – as presunções naturais.”

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

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

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

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

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

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

(f) A fundamentação da matéria de facto

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

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

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

O Código de 1929 não previa a fundamentação da matéria de facto e os juízes penais não a concretizavam. Na sentença, à especificação dos factos provados seguia-se então a decisão sobre a questão de direito. A doutrina de que o exame das provas se deveria

considerar já então obrigatório, por aplicação do regime que desde 1961 vigorava no processo civil, nunca vingou na jurisprudência<sup>13</sup>.

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

A decisão de facto não viabilizava um efectivo controlo.

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

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

No futuro processo penal português, em consequência com os princípios informadores do Estado de Direito democrático e no respeito pelo efectivo direito de defesa consagrado n(º art. 32º, nº1 e 210º, nº1 d) a Constituição da República Portuguesa, exige-se não só a indicação das provas e dos meios de prova que serviram para formar a convicção do tribunal mas, fundamentalmente, a expressão tanto quanto possível completa ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentam a decisão.

Estes motivos de facto (...) não são nem os factos provados (thema decidendum) nem os meios de prova (thema probandum) mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência”<sup>14</sup>.

O Tribunal Constitucional que tem também insistido em que “esta operação intelectual não é uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis)”<sup>15</sup>.

Mesmo assim, persistem pontuais incorrecções de que deixo nota:

<sup>13</sup> Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotado, p. 855.

<sup>14</sup> Marques Ferreira, Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, 1988, 229/30.

<sup>15</sup> Acórdão TC n.º 198/2004.

- Análise da prova documental por simples remissão para páginas do processo;
- Igual procedimento no que toca a exames e a perícias;
- Reprodução excessiva e inútil do teor da prova oral;
- Não esgotamento do exame de *todas* as provas e ausência de relação de todas elas no seu conjunto.

No reverso, insisto:

- O mero enunciado ou enumeração das provas é sempre insuficiente;
- A reprodução de declarações, de depoimentos ou de outras provas é desnecessária;
- O exame e análise de cada uma das provas e a relação de todas elas no seu conjunto são indispensáveis.

Na leitura que faço do art. 355º do Código de Processo Penal – norma que salvaguarda três princípios que subjazem ao julgamento, *contraditório, oralidade e imediação* – a proibição de valoração de provas não produzidas ou examinadas em audiência funciona num duplo sentido:

- veda a valoração de prova não examinada em audiência,
- impõe que, uma vez produzida ou examinada em audiência, essa prova deva ser tratada na sentença.

A explicação da comprovação dos factos, implica apreciação de todas as versões apresentadas, explicação do seu eventual crédito ou descrédito; análise de todas as provas, incluindo as irrelevantes. Quando determinada prova se apresenta como irrelevante, há que dizê-lo, pois só assim a sentença demonstra que o tribunal tudo viu e em tudo atentou.

Discordo de alguma jurisprudência que considera que a omissão de apreciação de determinada prova no exame crítico significa que ela afigurou irrelevante.

É no cruzamento necessário de toda a informação probatória, procedente das diversas fontes, que se vão retirar os enunciados fácticos que constituirão a matéria de facto. Examinar as provas é examinar todas as provas e tudo tem que resultar inequivocamente da sentença.

O juiz descreve o facto porque o conseguiu explicar racionalmente, a partir das provas, na avaliação do “real-concreto” e tendo presente que “o caso particular pode ficar de fora do caso típico”<sup>16</sup>; não porque a ele chegou através de uma intuição decorrente de poderes extra-sensoriais que seguramente não possui.

---

<sup>16</sup> Paulo de Sousa Mendes, *loc. cit.*

Motivar é argumentar. Na motivação da matéria de facto o juiz histórico pretende convencer, e, simultaneamente, está a convencer-se. A convicção que não consegue ser explicada, não pode vingar, e não fundamenta a matéria de facto.

(g) A prova indirecta

As exigências de fundamentação das decisões judiciais não são uniformes.

As decisões *condenatórias* devem ser objecto de um dever de fundamentar de especial intensidade, não se verificando o mesmo noutro tipo de decisões<sup>17</sup>.

Os parâmetros de exigência da fundamentação da matéria de facto – provada e não provada – também variarão de acordo com a singeleza ou a complexidade do caso e o maior ou menor grau de evidência das provas.

A *prova indirecta* determina especiais exigências de fundamentação.

Nas várias *classificações* das provas, a distinção mais importante segundo Taruffo, é a que distingue entre provas directas e indirectas<sup>18</sup>.

Seguindo de perto este autor, a distinção assenta na conexão entre o facto objecto do processo “e o facto que constitui o objecto material e imediato do meio de prova”.

“Quando os dois enunciados têm que ver com o mesmo facto, as provas são directas”, pois incidem directamente sobre um facto principal. “O enunciado acerca deste facto é o objecto imediato da prova”.

“Quando os meios de prova versam sobre um enunciado acerca de um facto diferente, acerca do qual se pode extrair razoavelmente uma inferência acerca de um facto relevante, então as provas são indirectas ou circunstanciais”<sup>19</sup>.

Trata-se de uma distinção *funcional* que depende da conexão entre as provas e os factos.

Indirectas podem ser quaisquer provas, obtidas por qualquer meio.

Numa pseudo hierarquia de provas, diria que a prova indirecta não ocupa uma boa posição.

<sup>17</sup> Cfr. Ana Luísa Pinto, *A Celeridade no Processo Penal: O Direito à Decisão em Prazo Razoável*, p. 75 e Acs TC 680/98, 281/2005 e 63/2005 ali citados.

<sup>18</sup> Taruffo, *La Prueba*, p. 60.

<sup>19</sup> Taruffo, *La Prueba*, p. 60.



Cavaleiro de Ferreira, reconhecendo a sua importância pois “são mais frequentes os casos em que a prova é essencialmente indirecta do que aqueles em que se mostra possível uma prova directa”, considera-a “enganadora” por consentir “graves erros”<sup>20</sup>.

Chama-lhe prova “difícil”, dizendo que “só começa depois de estabelecidos ou provados os factos indiciantes”<sup>21</sup>.

Nas suas lições classifica os vários tipos de indícios, discorre sobre os procedimentos a adoptar na apreciação e relação desses indícios, concluindo que eles “são tanto mais valiosos quanto mais precisos, ... mais concludentes se apresentem, mais próximos da categoria dos indícios necessários, e quanto mais numerosos”<sup>22</sup>.

Declara que a apreciação das provas indirectas pressupõe “grande capacidade e bom senso do julgador”, que “as complexas operações mentais que o manejo da prova indiciária implica exigem raras qualidades”

E enumera: “inteligência clara e objectiva, experiência esclarecida, integridade de carácter, ausência de fácil ou emotiva impressionabilidade”.

Avançaria três notas elementares:

- A prova indirecta é muito frequente e muito importante.
- Nada impede que a convicção assente exclusivamente em prova indirecta.
- Uma conclusão segura sobre a força persuasiva das provas – directas ou indirectas – retirar-se-á, sempre e só, no concreto caso.

Sobre a força latente da prova indirecta pode ver-se o trabalho de Euclides Dâmaso, dando notícia da jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça de Madrid sobre provas indirectas<sup>23</sup>.

Aí, em 2007, o autor incita a um “movimento de ultrapassagem dos rígidos cânones de apreciação da prova que leve descomplexadamente à assunção dos critérios da prova indirecta, indiciária ou por presunções, como factores válidos de superação do princípio da presunção da inocência”.

Dos dez acórdãos do STE que sumaria, destaco o Ac. STE nº 560/2006 de 19/05/2006:

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

<sup>20</sup> Cavaleiro de Ferreira, Curso de Processo Penal, II, p. 289.

<sup>21</sup> Idem.

<sup>22</sup> Idem, p.292.

<sup>23</sup> Euclides Dâmaso, Prova Indiciária, Julgar nº 2.

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

No acórdão do STE de 22/05/2006, nº 557/2006, acentua-se como pressuposto para a correcta aplicação deste tipo de prova:

- a) a existência de “factos básicos” plenamente provados que, em regra, hão-de ser plurais, concomitantes e interrelacionados,
- b) e o estabelecimento entre esses factos básicos e o facto que se pretende provar (“facto consequência”) de uma ligação precisa e directa segundo as regras do critério e experiência humanos,
- c) o órgão judicial que utilize esse tipo de prova deve expressar na sua decisão os fundamentos da prova dos “factos básicos” e da sua conexão com o “facto consequência.

Também Santos Cabral, em estudo sobre a prova indiciária e a sua valoração<sup>24</sup>, conclui:

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

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

Nestes dois trabalhos aborda-se a prova indirecta no contexto da criminalidade mais complexa ou de difícil investigação. Por razões conhecidas, a prova indirecta é a protagonista nos processos que perseguem estes crimes.

Não deve, porém, baixar-se o parâmetro de exigência de prova, quanto a crimes mais difíceis de investigar e provar. O que não impede que se encare com maior normalidade a

<sup>24</sup> Santos Cabral, Prova Indiciária e as novas formas de criminalidade, Julgar nº 17.

inexistência de prova directa nesses casos, e que a prova indirecta deva então concentrar toda a atenção.

O processo penal prevê para determinados crimes meios específicos *de obtenção* e até *de produção* de prova. Não contempla regras especiais de valoração, mantendo-se legítimo o uso da prova indirecta, mas à semelhança do que sucede indistintamente em todos os casos.

Também o exame crítico da prova *indirecta* na sentença tem que explicar uma convicção que não se apresentará tão linear, e que implicará especificações acrescidas.

Destaco dois pontos do sumário do acórdão STJ de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, que deve merecer leitura integral:

“O julgamento sobre os factos, devendo ser um julgamento para além de toda a dúvida razoável, não pode, no limite, aspirar à dimensão absoluta de certeza da demonstração acabada das coisas próprias das leis da natureza ou da certificação cientificamente cunhada.

Há-de, pois, existir e ser revelado um percurso intelectual, lógico, sem soluções de descontinuidade, e sem uma relação demasiado longínqua entre o facto conhecido e o facto adquirido. A existência de espaços vazios no percurso lógico de congruência segundo as regras da experiência, determina um corte na continuidade do raciocínio, e retira o juízo do domínio da presunção, remetendo-o para o campo já da mera possibilidade física mais ou menos arbitrária ou dominada pelas impressões”.

#### (h) A prova do dolo

Os factos que integram o dolo constituem um exemplo frequente de demonstração por prova indirecta.

Os actos interiores ou factos internos, que respeitam à vida psíquica, raramente se provam *directamente*.

No caso que referi em (d) – decisão de facto contra presunção legal – estava em causa a prova dos factos que realizavam o tipo subjectivo do crime, concretamente o dolo.

Mas as vicissitudes da prova da intenção são comuns à generalidade dos crimes.

Na ausência de confissão, em que o arguido reconhece ter sabido e querido os factos que realizam um tipo objectivo de crime, a prova do dolo terá de fazer-se por ilações, a partir de indícios, através de uma leitura do comportamento exterior e visível do agente.

O julgador deve resolver a questão de facto decidindo que (ou se) o agente agiu *internamente* da forma como o revelou *externamente*.

A tudo procedendo sempre de acordo com a explicação clara do acórdão do STJ de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, sem “descontinuidade ou incongruências”.

**(i) A valoração das declarações não confessórias e o silêncio do arguido**

Maior dificuldade pode suscitar a apreciação das declarações do arguido.

O arguido é um sujeito do processo, mas pode também constituir um meio de prova (em sentido formal e em sentido material, interessando-nos agora este).

Mas quando não presta declarações sobre os factos que lhe são imputados, fá-lo no exercício de um direito consagrado no Código de Processo Penal (nos arts. 61º, nº1, al. d), 132º, nº 2, 141º, nº 4, a), e 343º, n. 1), que goza ainda de tutela constitucional implícita.

O silêncio, mesmo que não beneficie, não pode então prejudicar o arguido.

“Nada dizer” é por isso um “não-facto”.

Como tal, não deve constar da matéria de facto. Logrará, quanto muito, afloramento na sentença apenas em sede de exame crítico da prova.

O acórdão do TRE de 22/11/2011, que relatei, tratou o silêncio do arguido, o valor probatório das declarações inverosimilhantes de arguido e a prova indirecta.

O arguido fora condenado como autor de um crime de furto simples de uma máquina fotográfica. A prova da condenação consistira no seguinte:

- no depoimento da ofendida, confirmativo dos factos provados relativos à subtracção dos bens e ao seu valor; nada soube dizer, porém, quanto à autoria dos factos;
- na apreensão da máquina fotográfica, em casa de um terceiro, F;
- no depoimento de F, que indicou o arguido como tendo sido a pessoa que deixara a máquina em sua casa, numa ocasião em que o deixara ali pernoitar atenta a situação de total carência económica e desprotecção social em que ele se encontrava;
- nas declarações do arguido, de negação da prática dos factos, ou seja, negou a subtracção dos bens, mas admitiu ter deixado a máquina fotográfica na casa de F; justificou a posse do artigo furtado, por “compra a um desconhecido, num café, por 30€ e para o ofertar a alguém”;

Do relatório social do arguido, das suas declarações e do depoimento de F resultou ainda provado que o arguido não tinha habitação ou modo de vida, configurando a sua situação pessoal a de um “sem abrigo”.

O conjunto das provas supra referidas permitiu avaliar a versão do arguido como destituída de credibilidade: as regras da experiência demonstram que, quando se não dispõe de meios de subsistência para prover às mais elementares necessidades, como a aquisição de alimentos, não se adquire uma máquina fotográfica, por 30€, “para oferecer a alguém”.

O arguido apresentara, pois, uma justificação da posse do objecto furtado, que era legítimo reputar de falsa.

Na ausência destas declarações inverosímeis, a prova produzida permitiria apenas inferir que determinados objectos foram furtados e que um desses objectos se encontrava em poder do arguido após o furto.

O que, por si só, não seria o bastante para condenar.

No caso, nem fora concretizada a data da apreensão do objecto na posse do arguido, o que, a ter ocorrido em momento muito próximo do furto permitiria uma leitura probatória que a própria lei, a outro propósito, reconhece (veja-se a construção legal do quase-flagrante delito e suas consequências – art. 256º, nº2 do Código de Processo Penal).

Assim, “do facto do arguido haver sido encontrado na posse de objectos furtados não se pode inferir, com suficiente segurança, pelas regras da lógica e da experiência comum, que ele foi autor do furto”<sup>25</sup> e “a simples detenção dos objectos furtados por parte do arguido, desacompanhada de qualquer outro indício, não permite induzir a forma como as coisas furtadas foram por ele obtidas, nem que ele as obteve nas condições requeridas pelo art. 203º do CP”<sup>26</sup>.

Pelo que, no caso, na ausência de outra prova, ou seja, perante o eventual silêncio do arguido dificilmente se poderia concluir pela prova dos factos alusivos à imputação objectiva.

Cumpriria, então, determinar se as concretas declarações prestadas por este concreto imputado seriam aproveitáveis para o condenar, já que, na ausência delas, a prova não permitiria transpor uma dúvida razoável.

A propósito do silêncio, discordo da jurisprudência segundo a qual “de acordo com as regras da experiência a quem é imputado o furto de determinado objecto, quando confrontado judicialmente com essa imputação, caso não seja o autor do crime, não se remeterá ao silêncio sobre a obtenção desse objecto”<sup>27</sup>. Ela pode traduzir valoração do silêncio no sentido da condenação.

<sup>25</sup> Ac. TRP 28/01/2009 Rel. Isabel Pais Martins.

<sup>26</sup> Ac. TRG 18/01/2009 Rel. Cruz Bucho.

<sup>27</sup> Ac. TRC 11/05/2005 Rel. Oliveira Mendes.

Mas se é certo que o silêncio do arguido não deve ser valorado contra ele – “não o pode prejudicar” – no caso em apreciação o arguido optara por falar.

O aproveitamento das declarações pressupõe que a valoração não contenda com o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

Este princípio constitucional implícito, está ligado à estrutura acusatória do processo, à transposição do arguido de objecto de prova para sujeito do processo, havendo ainda que compatibilizar a solução com a ausência de repartição do ónus de prova no processo penal.

As declarações de arguido, meio de defesa por excelência, são também um meio de prova. Foi essa a opção do legislador na disciplina do art. 344º do CPP.

Ao ter optado por abandonar uma defesa de nada dizer, as declarações do arguido passaram a integrar o conjunto das provas livremente valoráveis, de acordo com o princípio da aquisição processual.

O arguido não tem que provar a verdade da sua versão, mas ao apresentá-la, coloca-a à disposição do tribunal. O tribunal passa a conhecer, não só a versão da acusação, mas também a versão que o arguido lhe contrapõe.

Sobre a possibilidade de valoração positiva – no sentido da condenação – da “apresentação de uma versão inverídica pelo arguido” pronunciou-se já o Supremo Tribunal de Justiça<sup>28</sup>.

Recai sempre sobre o acusador o encargo de destruir a presunção de inocência, o in dubio impõe a valoração do non liquet em sentido favorável ao arguido. Só que, no caso, não se estava em presença de um non liquet, pois as provas do facto apreciado – todas elas indirectas, é certo – permitiam concluir, em conjunto também com as declarações do arguido, pela consistência dos factos da acusação.

Considerou então o TRE que destas declarações de arguido, inverosímeis, se retirava algo mais que transformava em “prova bastante”, a restante prova produzida – consistente em (dois) depoimentos de testemunha e no auto de apreensão – e toda ela indirecta quanto ao facto relativo à autoria do furto.

E se, à partida, é recomendável que a consistência da prova indirecta assente numa pluralidade e concordância de indícios – que, no caso, até existia – “a capacidade demonstrativa da prova indirecta não é determinável de um modo apriorístico e puramente formal; só em face de valoração final do material probatório obtido num determinado processo se poderá verificar a maior ou menor eficácia persuasiva da prova directa em relação

<sup>28</sup> Ac. STJ 12/03/2009, Rel Santos Cabral.



à prova indiciária e vice-versa; um único indício nem sempre tem uma força persuasiva inferior à da prova directa ou demonstrativa”<sup>29</sup>.

Há que não diabolizar a prova indirecta sob pena de frustrar a perseguição dos crimes em que apenas esta prova é possível e, conseqüentemente, deixar sem tutela os bens jurídicos por eles protegidos.

O acórdão do STJ de 06/10/2010, relatado por Henriques Gaspar, trata a questão da valoração do silêncio.

É uma decisão importante, da qual destaco uma passagem:

“O tribunal não pode extrair conseqüências negativas para o acusado do exercício por este do direito ao silêncio. Porém, se do dito, ou do não dito, pelo arguido não podem ser directamente retirados elementos de convicção, o que disser, ou sobretudo o que não disser, não pode impedir que se retirem as inferências que as regras da experiência permitam ou imponham.

O direito ao silêncio e de não contribuir para a própria incriminação constituem normas internacionais geralmente reconhecidas e que estão no núcleo da noção de processo equitativo. O princípio *nemo tenetur* previne uma «coerção abusiva» sobre o acusado, impedindo que se retirem efeitos directos do silêncio, em aproximação a um qualquer tipo de ónus de prova formal, fundando uma condenação essencialmente no silêncio do acusado ou na recusa deste a responder a questões que o tribunal lhe coloque.

Mas o princípio e seu conteúdo material não podem impedir o tribunal de tomar em consideração um silêncio parcial do interessado nos casos e situações demonstrados e evidentes e que exigiriam certamente, pelo seu próprio contexto e natureza, um explicação razoável para permitir a compreensão de outros factos suficientemente demonstrados imputados ao acusado (cf., v. g., acórdão do TEDH, de 08/02/96, caso John Murray v. United Kingdom, 46 e 47).

Nos casos em que o tribunal pode e deve efectuar deduções de factos conhecidos (usar as regras das presunções naturais como instrumento de prova), o silêncio parcial do acusado, que poderia certamente acrescentar alguma explicação para enfraquecer uma presunção, não pode impedir a formulação do juízo probatório de acordo com as regras da experiência, deduzindo um facto desconhecido de uma série de factos conhecidos e efectivamente demonstrados”.

<sup>29</sup> Ac. TRL 07.01.2009 Rel. Carlos Almeida.

(i) A utilização dos métodos indiciários nos crimes fiscais

Outro caso frequente de prova indirecta surge nos processos que têm como objecto crimes fiscais, e respeita à utilização dos métodos indiciários.

Os métodos indirectos encontram-se previstos na Lei Geral Tributária (arts 81º a 85º), permitem a quantificação presuntiva de valores tributáveis através da análise de indicadores previstos na lei. Autorizam a Administração Tributária a quantificar lucros e rendimentos com o recurso a índices que permitem presunções quantitativas. Esta avaliação indirecta, excepcional e subsidiária em relação à avaliação directa, ocorre quando o contribuinte incumpe os deveres fiscais.

Ainda de acordo com (nº 3 do art. 74º) a LGT, “em caso de determinação da matéria tributável por métodos indirectos, compete à administração tributária o ónus da prova da verificação dos pressupostos da sua aplicação, cabendo ao sujeito passivo o ónus da prova do excesso na respectiva quantificação”.

No acórdão do TRL de 25/11/2008, relatado por Vieira Lamin, decidiu-se que “embora para efeitos de tributação fiscal seja admitido o recurso a métodos indiciários em hipóteses em que o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte, o agente desses mesmos factos não pode vir a ser condenado criminalmente, apenas com base nessa presunção, pois em processo penal o silêncio e a falta de colaboração do arguido não afasta o ónus da acusação de provar os elementos constitutivos do crime”.

Neste caso foi ordenado o reenvio para novo julgamento, a fim de se apurarem os factos com recurso a outros elementos que os autos continham, e que o tribunal de julgamento não avaliara por ter considerado indevidamente como suficiente a prova por métodos indiciários. Esta interpretação não impede que os métodos indiciários possam entrar numa ponderação global de provas, mas não com a valia que o tribunal da 1ª instância lhes dera.

O acórdão do TRC de 28/10/2009, relatado por Jorge Jacob, conheceu de caso em que, ao contrário do anterior, a arguida fora absolvida por o tribunal de julgamento ter excluído a prova obtida com recurso a métodos indiciários e ter dado como indemonstrado o patamar mínimo de punição do crime fiscal, no valor de €15.000.

Numa análise muito completa, o acórdão do TRC distingue “a reacção legal (tributária) a situações anómalas imputáveis ao próprio contribuinte”, e que não viola os princípios da generalidade da tributação e da capacidade contributiva, pois que nessas situações o Estado só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte”, da perseguição criminal do contribuinte relapso.

Considera que “os valores determinados por recurso a método indiciário não têm outra relevância que não seja a determinação, com carácter sancionatório fiscal, do montante devido pelo contribuinte à fazenda nacional, podendo este ser executado por esse montante se o não pagar voluntariamente”, considerando-se inadmissível e inconstitucional a perseguição criminal do contribuinte com base na presunção em que se vem a traduzir a utilização do método indiciário.”

No entanto, a Relação entendeu concluir que “a vantagem patrimonial indevida obtida pela empresa se cifrara em quantia não apurada mas seguramente superior a € 15.000,00”.

Para tanto, procedeu à análise da actividade comercial desenvolvida pela arguida, constante já dos factos provados, e assim alterou a matéria de facto.

E disse: “Se é certo que se não demonstrou o quantitativo concreto e exacto dos valores omitidos à administração fiscal, é manifesto no entanto, em função dos valores envolvidos nos negócios efectuados pela arguida, tal como resultam do provado, que os quantitativos omitidos excederam o montante de € 15.000,00.

Negá-lo, equivale a negar a própria força da evidência, rejeitando as regras da experiência comum. E assim sendo, por força da presunção judicial que necessariamente se impõe retirar da demais matéria de facto provada, há que concluir e ter como provado que “a vantagem patrimonial indevida obtida pela empresa se cifrou em quantia não concretamente apurada mas superior a € 15.000,00”.

(j) O apreciador de provas

Esgotei o tempo e vou terminar.

A apreciação da prova é mais do que uma técnica, pior ou melhor praticada por profissionais. Um magistrado que conhece o direito não é garantidamente um magistrado que decida bem.

Disponibilidade pessoal para a prova, atenção, paciência, coragem, igual abertura às razões da acusação e da defesa, constituem referentes fundamentais.

A decisão sobre a matéria de facto contém uma margem de insindicabilidade.

A fronteira da dúvida razoável não é um dado.

Situamo-nos em zonas de poder de decisão tão sensíveis quão importantes. Em que é marcante a exacta noção do papel do magistrado no quadro legal e constitucional em que actua, o sentido de respeito pela função, a importância da atitude, do modo mais interveniente ou mais complacente como se move no modelo, como cumpre e aplica a lei.

Também a consciência da “inevitabilidade de um extra-jurídico como fonte de influência na decisão” deve coexistir com uma preocupação com “a igualdade de consideração das situações”, isto é, a “consideração e ponderação semelhante dos factores que se apresentem como semelhantes, em situações semelhantes apresentadas perante o tribunal”.<sup>30</sup>

Já nada se passa apenas na cabeça do juiz e no interior do processo.

Uma opinião pública mais informada, uma comunidade interessada e esclarecida, desempenham um papel importante na motivação para a ética da decisão, onde ocupa um lugar primeiro a decisão sobre os factos.

A livre apreciação da prova – directa e indirecta – é o melhor método de definição da matéria de facto conhecido, mas a sua valia provirá do bom uso que dele se faça.


\*

*Ana Maria Barata de Brito*  
Juíza Desembargadora no TRE

*Para aceder à videogravação da comunicação, clique no ícone*



**NOTA IMPORTANTE:**

- Para visionar as videogravações das comunicações  deve possuir os seguintes requisitos de software: Internet Explorer 9 ou posterior; Chrome; Firefox ou Safari e o Flash Media Player nas versões mais recentes.
- No caso de não conseguir aceder às videogravações das comunicações, deve efetuar o login no site da Justiça TV (<http://www.justicav.com/>), com os dados constantes no separador "ARQUIVO GRATUITO".

**Título: Criminalidade Económico-Financeira: A  
obtenção e a valoração da prova na  
Criminalidade Económico-Financeira – Tomo III**

Ano de Publicação: 2013

ISBN: 978-972-9122-56-9 (Obra completa)

ISBN: 978-972-9122-60-6 (Tomo III)

Série: Caderno especial

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

[cej@mail.cej.mj.pt](mailto:cej@mail.cej.mj.pt)