

COLEÇÃO FORMAÇÃO CONTÍNUA

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL (2012-2015)

JURISDIÇÃO PENAL

DEZEMBRO 2016



CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Diretor do CEJ

João Manuel da Silva Miguel, Juiz Conselheiro

Diretores Adjuntos

Paulo Alexandre Pereira Guerra, Juiz Desembargador

Luís Manuel Cunha Silva Pereira, Procurador-Geral Adjunto

Coordenador do Departamento da Formação

Edgar Taborda Lopes, Juiz Desembargador

Coordenadora do Departamento de Relações Internacionais

Helena Leitão, Procuradora da República

Grafismo

Ana Caçapo - CEJ

Capa

Edifício do CEJ e elétrico n.º 28



Máximo aproveitamento e maior utilidade são as bases da linha editorial das publicações do Centro de Estudos Judiciários.

As comunicações produzidas nas acções de formação na área penal no âmbito dos Planos de Formação 2012-2013 e 2014-2015, e que ainda não tinham sido editadas, vêm agora a público neste e-book, no qual são objecto de apreciação e estudo, as actualíssimas questões ligadas ao *stalking* e ao *bullying*, por um lado, as que se ligam à investigação e prova nos crimes relacionados com estupefacientes e na criminalidade económico financeira, por outro.

Os profissionais do Direito terão agora a palavra decisiva quanto à utilidade: lendo, descarregando e utilizando na sua actividade este e-book da "Coleção Formação Contínua".

(ETL)

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

Ficha Técnica

Nome:

Direito Penal e Processual Penal (2012-2015)

Jurisdição Penal:

Francisco Mota Ribeiro (Juiz de Direito, Docente do CEJ e Coordenador da Jurisdição)*
Sérgio Pena (Procurador da República e Docente do CEJ)*
Catarina Mota Fernandes (Procuradora da República e Docente do CEJ)
Helena Susano (Juíza de Direito, Docente do CEJ e Coordenadora da Jurisdição)
José Quaresma (Juiz de Direito e Docente do CEJ)
Alexandre Oliveira (Juiz de Direito e Docente do CEJ)
Rui Cardoso (Procurador da República e Docente do CEJ)

Coleção:

Formação Contínua

Plano de Formação 2012/2013:

Gestão da Investigação Criminal – 21 e 22 de fevereiro 2013 (programa)

Plano de Formação 2014/2015:

Criminalidade Económico-Financeira e Recuperação dos Produtos do Crime – 17 e 24 de abril de 2015 (programa)

Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal – 13 de março 2015 (programa)

Temas de Direito Penal e Processual Penal – 6, 13, 20 e 27 de fevereiro 2015 (programa)

Conceção e organização:

Jurisdição Penal

Intervenientes:

Artur Guimarães Ribeiro – Juiz de Direito, Secção de Instrução Criminal da Instância Central da Comarca do Porto

Marlene Matos – Professora Auxiliar no Departamento de Psicologia da Universidade do Minho. Investigadora e Psicóloga Forense

Margarida Gaspar de Matos – Professora Catedrática da Faculdade de Motricidade Humana da Universidade de Lisboa

João Conde Correia – Procurador da República no Tribunal da Relação do Porto

Manuel Gonçalves – Procurador da República Coordenador, Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa

Rui Correia Marques – Procurador da República, DCIAP

Luís Gominho – Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa

Revisão final:

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

Notas:

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

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

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

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

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

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

Exemplo:

Direito Bancário [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2015.
[Consult. 12 mar. 2015].
Disponível na
internet:<URL:http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/civil/Direito_Bancario.pdf.
ISBN 978-972-9122-98-9.

Registo das revisões efetuadas ao e-book

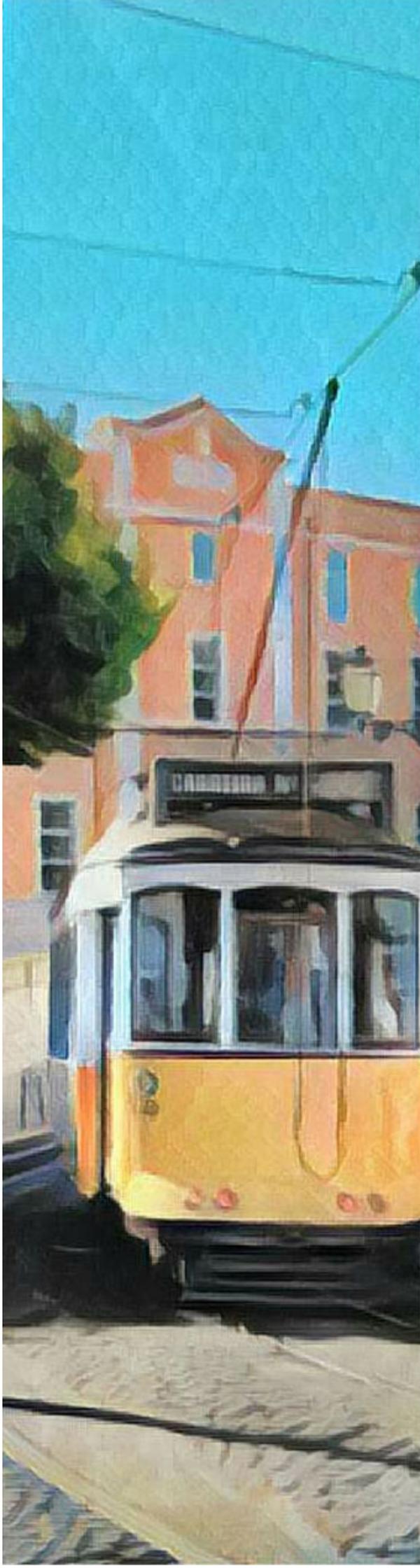
Identificação da versão	Data de atualização
1.ª edição – 9/12/2016	

DEZEMBRO 2016

Direito Penal e Processual Penal (2012-2015)

1. Stalking – medidas de coação e de punição e tutela da vítima <i>Artur Guimarães Ribeiro</i>	9
2. Stalking <i>Marlene Matos</i>	29
3. Bullying entre pares: A Ecologia da violência <i>Margarida Gaspar de Matos</i>	53
4. A proibição de valoração decorrente da violação das formalidades relativas à constituição como arguido <i>João Conde Correia</i>	85
5. A dinâmica da investigação em segmentos criminais específicos – a investigação do crime de tráfico de estupefacientes <i>Manuel Gonçalves</i>	107
6. A Direcção da Investigação Criminal na Criminalidade Tributária <i>Rui Correia Marques</i>	141
7. Valoração da prova na criminalidade económico-financeira <i>Luís Gominho</i>	171

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



1.
**Stalking - medidas
de coação e de
punição e tutela
da vítima**

Artur Guimarães Ribeiro

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

STALKING: MEDIDAS DE COAÇÃO E DE PUNIÇÃO E TUTELA DA VÍTIMA¹

Artur Guimarães Ribeiro*

Tutela da vítima, medidas de coação e punição
- Política criminológica
- Conceito
- Proteção da Vítima

Quadro normativo penal

Cada pessoa tem o seu próprio espaço. Espaço que passa para além do seu espaço físico. É o seu espaço de privacidade. Espaço de privacidade que se estende a outros espaços da sua vida.

É a manifestação da sua liberdade, dignidade e da reserva da intimidade privada e familiar a que todos têm direito. À inviolabilidade da integridade moral e física das pessoas, art.º 25º e

¹ Texto que serviu de base à participação do autor no Curso de Especialização “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, com o tema “Stalking – medidas de coação e de punição e tutela da vítima”, realizada no CEJ, no dia 27 de fevereiro de 2015.

* Juiz de Direito, Secção de Instrução Criminal da Instância Central da Comarca do Porto.

NOTA DE ATUALIZAÇÃO:

“Já após a redacção deste texto entrou em vigor da Lei nº 83/2015, de 5 de Agosto, a qual aditou o artigo 154º-A ao Código Penal, ficando consagrado o crime de perseguição, cuja conduta consubstancia o conceito de *stalking*, punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal, normativo que por comodidade se transcreve:

Artigo 154.º-A Perseguição

1 - *Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.*

2 - *A tentativa é punível.*

3 - *Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de 6 meses a 3 anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição.*

4 - *A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.*

5 - *O procedimento criminal depende de queixa.*

O facto de a comunicação ser temporalmente anterior à criminalização não lhe retira a actualidade, porquanto incide sobre a análise do quadro normativo então existente e bem assim de comportamentos integrantes do fenómeno do *stalking*, elaborando, de seguida, uma análise crítica aos projectos de lei subjacentes à prevista alteração do Código Penal”.

(Helena Cabral Susano)

26º da Constituição. Reserva da vida privada que todos devem guardar e cuja extensão é conforme a natureza do caso e a condição das pessoas, nº 1 e 2 do art.º 80º do Cod. Civil.

Como refere Mota Pinto, Teoria Geral, 3ª ed., 209, com a tutela ao resguardo da vida privada, pretende-se defender a paz, o resguardo, a tranquilidade numa esfera íntima da vida. Por isso, quando alguém interfere/ocupa esse espaço, incomoda, causa mal-estar.

E se esse incómodo/mal-estar, provocado pela mesma pessoa, se repete 2/3 vezes por semana, durante 2/3 semanas por mês e durante 3-4 meses?

Que reação jurídica/normativa a essas condutas intrusivas e ofensivas da vida privada, sabendo-se que apenas é crime a violação de uma norma, como contradição entre o comportamento do ser humano e a ordem normativa penal do que deve ser?

Para melhor compreensão descreve-se uma queixa crime, cujo teor é o seguinte:

Requer a instauração de procedimento criminal contra pessoa certa, de nome ..., indivíduo com idade aproximada superior a ..., cuja identificação completa desconhece, frequentador diário ... do estabelecimento ..., sito ...

A denunciante trabalha no estabelecimento comercial de onde conhecia e conhece o indivíduo por aquele ser cliente diário do estabelecimento há já vários anos.

Sendo certo que é empregada e o seu contacto com o denunciado cingiu-se sempre ao mero serviço de atendimento.

Sucedede que, em dia que não sabe precisar, no decurso do mês de Abril do presente ano, o denunciado (aparentemente como forma de captar a atenção da denunciante) despediu-se de todas as pessoas dizendo que se encontrava muito doente e que os tratamentos não estariam a surtir efeito, pelo que seria submetido a um internamento hospitalar a que, muito provavelmente não sobreviveria.

Nessa mesma altura, o denunciado dirigiu-se à denunciante e deu-lhe o seu número de telemóvel, pedindo-lhe que lhe ligasse, para saber notícias sobre o seu estado de saúde.

Ora, em dia que não sabe especificar, depois de uma semana de ausência daquele cliente habitual, o ora denunciado, e recordando-se da conversa sobre o estado debilitado de saúde dele, a denunciante, convencida da possibilidade dele não resistir à doença e falecer, por mero descargo de consciência, contactou-o telefonicamente, perguntando sobre o seu estado de saúde, de forma meramente cordial.

A partir daí, o denunciado passou a importuná-la.

Mais ou menos três dias depois do sobredito contacto telefónico, o denunciado enviou uma mensagem escrita para o telemóvel da denunciante, com o seguinte teor: "I love you".

A que esta não respondeu.

Quando a reencontrou, dias depois do envio da mensagem, encontrando-se a denunciante a trabalhar, perturbou-a por várias vezes, interpelando-a de forma inconveniente e grosseira, dizendo-lhe: «Olha que não era a brincar, estou a falar sério!»

Dias mais tarde, visivelmente perturbado pela falta de resposta da denunciante, abordou-a e informou-a, com tom ameaçador, de que sabia o local onde esta tinha estado a treinar ..., o que demonstra que eventualmente o denunciado terá seguido a denunciante.

Nos dias que se seguiram, não satisfeito, o denunciado passou a enviar mensagens escritas para o telemóvel, de teor mais elaborado, a dizer que estava apaixonado pela denunciante.

Numa tentativa de esclarecer a sua postura perante a situação, a denunciante respondeu cordialmente que, em relação ao estado de saúde, desejava que tudo corresse bem, mas que quanto ao resto que esquecesse, porque nunca tinha tido qualquer intenção de manter um relacionamento amoroso com ele, pedindo-lhe que não tivesse mais comportamentos inconvenientes.

Não obstante, nos dias seguintes, entregou a colega de trabalho uma carta, que imediatamente destruiu após a leitura, cujo teor sumariamente versava sobre a história da vida pessoal dele.

O denunciado, sem nada que o justifique, passou a esperar pela denunciante, após o horário de trabalho daquela, junto do carro dela, para o efeito, tendo o cuidado de localizar o veículo automóvel, colocando-se junto do mesmo, à espera, numa tentativa de a forçar a falar com ele.

Reiterou este comportamento em diversos locais, por umas 3 ou 4 vezes. Pretendia que falasse com ele, o que sempre tentou fazer de forma agressiva e intimidatória.

No local de trabalho o denunciado começou a conversar, com os superiores hierárquicos da denunciante, com os seus colegas e outros clientes, falando sobre ela, dizendo à sua chefia que lhe enviava mensagens e que ela não lhe respondia, dando a entender que a denunciante lhe estaria a dar aceitação nos seus ímpetos sentimentais e que teria deixado de o fazer por ser influenciada por terceiros, o que considerava uma falta de respeito.

O denunciado chegou a dizer literalmente a uma das colegas que não iria parar de a perseguir e que só pararia quando soubesse que a denunciante tinha um namorado.

Dias mais tarde, a denunciante, ao chegar ao carro, avistou o veículo automóvel do denunciado, que arrancou a grande velocidade, passando sinais de sinalização luminosa vermelhos, como forma de protestar por ver a denunciante acompanhada.

Estando o denunciado, portanto, uma vez mais, a vigiá-la.

Depois dessa situação, esperou novamente pela denunciante junto do carro dela, uma vez mais, e como a denunciante lhe disse que não queria conversar, aquele entregou-lhe uma carta.

A Denunciante, já desesperada e sobressaltada com tais perseguições, falou com a sua chefe/superiora hierárquica, alertando-a para o que se estava a passar e pedindo-lhe ajuda para controlar a situação.

Após essa conversa, a superiora hierárquica falou com o cliente, ora denunciado, e este refreou o seu comportamento, durante quase um mês.

Entretanto, denunciante gozou férias e quando regressou, sem nada que o justifique, o denunciado voltou a aparecer, após o trabalho onde contava encontrá-la, por ter localizado novamente o carro desta.

A Denunciante recusou-se novamente a falar com ele. Dias mais tarde, ao chegar ao seu carro, tinha uma nova carta do denunciado presa no limpa-brisas.

Desde então, semanalmente, voltou a enviar mensagens escritas.

Não satisfeito, o denunciado continuou a abordar os colegas da denunciante, perguntando por ela e tentando controlar os seus turnos no horário de trabalho, falando sobre a denunciante e inventando histórias, dando a entender que entre ele e a denunciante existiria um convívio eventualmente mais próximo e íntimo.

Enviou mais uma mensagem escrita à denunciante ... Enviou uma nova mensagem escrita...

No mesmo dia, pelas ..., o denunciado entrou, de forma não autorizada e sem qualquer razão que o justifique, ..., tendo abordado agressivamente a denunciante, e originado uma discussão com a mesma, exigindo-lhe que falasse com ele.

Esta indicou expressamente que se recusava. Perante isto, fez várias ameaças veladas, dizendo que iria ter uma conversa com o patrão da denunciante, com

a intenção de o informar de que lhe faltava ao respeito, fazendo-a temer a possibilidade de perder o seu posto de trabalho.

Na manhã do dia ..., o denunciado dirigiu-se ao encontro do colega de trabalho e disse-lhe onde estava o carro dela e aconselhando a que a tivesse cuidado porque um taxista se poderia tentar meter com ela, perguntou inclusivamente como é que a denunciante ia para o seu carro e, que se esta fosse sozinha, ele iria esperar e a acompanharia.

O Denunciado ficou à espera da Denunciante, na expectativa de a abordar, mas sem sucesso, pois aquela foi avisada pelo colega.

No dia ..., enviou mensagem escrita a convidá-la para lanchar.

No dia ... voltou a esperar pela denunciante ao lado do carro desta.

Viu no telemóvel do denunciado fotografias suas, tiradas sem qualquer autorização, enquanto esta trabalhava.

Com tais condutas, de índole persecutória e intimidante, que bem sabia serem proibidas por lei, cometeu o denunciado:

- *Um crime de ameaça, nos termos do disposto no artigo 153.º do CP;*
- *Um crime de coação, na forma tentada, nos termos do disposto no artigo 154.º do CP;*
- *Um crime de difamação, nos termos do disposto no artigo 180.º do CP;*
- *Um crime de violação de domicílio ou perturbação da vida privada, p.p. nos termos do disposto no artigo 190.º do CP; e*
- *Um crime de gravações e fotografias ilícitas, p.p. nos termos do disposto no artigo 199.º do CP.”*

Em aditamento ao Auto de Denúncia por Crimes Contra a Liberdade Pessoal, dou notícias dos seguintes factos, ... compareceu a denunciante, a qual pretendeu acrescentar ao processo os seguintes factos:

Alegou que o suspeito continua a invadir sistematicamente a sua privacidade e liberdade, sendo em datas não concretamente apuradas, mas que se situam em finais do mês de ..., pelas ..., encontrava-se nas proximidades do café ... e vislumbrou o suspeito a rodear o estabelecimento à sua procura, com clara intenção de mantê-la sob observação e vigilância. Momentos depois ao ser avistado pela ofendida colocou-se em fuga.

Na data de ..., quando saiu de casa verificou que a parede exterior da entrada do prédio estava escrita com uma mensagem que, pelo tipo de conteúdo e caligrafia, a leva a crer que o autor tenha sido o suspeito, uma vez que este tipo de comportamento é recorrentemente adotado pelo mesmo.

Refere outro episódio, que se reporta a ..., quando regressou a casa no final da manhã, verificou que o suspeito tinha escrito no vidro da porta principal do prédio onde habita a seguinte mensagem: "AMIGOS SIM, BOM NATAL, BOM ANO PARA TI E OS TEUS".

No dia ..., por volta das ..., quando se preparava para entrar na sua viatura apercebeu-se que o suspeito tinha deixado no vidro da frente dois bilhetes de carácter amoroso. De seguida, prevendo que o suspeito se encontra a observar os seus movimentos, como é habitual, iniciou de imediato marcha em direção a sua casa e verificou que o mesmo lhe moveu perseguição ...

No dia ..., pelas ..., circulava na sua viatura na rua de ... em direção à rua ..., e subitamente o suspeito atravessou-lhe o carro, bloqueando-lhe a passagem, ao mesmo tempo que gesticulava em tom ameaçador, apresentando sinais de ódio e raiva. Tais factos colocaram em perigo a sua integridade física, pois não fosse a sua rápida reação o suspeito teria causado um grave acidente.

No dia ..., quando saiu do seu local de trabalho verificou que o suspeito tinha estacionado a sua viatura nas proximidades onde a sua estava aparcada, facto que a deixou em estado de alerta, tendo por isso percebido que o suspeito a perseguiu até a sua residência. Quando estacionou viu que o suspeito se fazia transportar na sua viatura habitual, tendo o mesmo saído do carro e encetado marcha na sua direção, o que lhe causou forte medo e inquietação e por isso colocou-se em fuga.

Ainda neste dia, atemorizada, deslocou-se para casa (de familiares) onde permaneceu até à presente data, de forma a proteger-se e salvaguardar a sua segurança.

Tais comportamentos de assédio perpetuam-se e tornam-se cada vez mais persistentes, o que prejudica gravemente a sua vida privada e social, origina a que viva em constante sobressalto e medo e por forma a evitar o contacto com o suspeito, viu-se obrigada a alterar os seus estilos de vida, bem como os seus familiares mais próximos. No entanto, de nada valeu, pois verificou novamente que o suspeito havia deixado na sua viatura mais dois bilhetes.

Qual então a resposta do ordenamento jurídico-penal ao comportamento humano enquadrável no conceito de stalking, quando a nível civilístico se dispõe, art.º 70º do Cod. Civil, que “a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”?

Como sabemos, a criminalização das condutas, e conseqüente responsabilização penal dos seus agentes, resulta da progressiva consciencialização da sua gravidade individual e social.

É pois imperioso prevenir as condutas de quem, a coberto de uma pretensa impunidade, inflige a outrem, dizendo de um modo generalista, maus tratos psíquicos e/ou físicos.

Importa sublinhar a Convenção do Conselho da Europa de 11.05.2011, também conhecida por Convenção de Istambul, com força na ordem interna por resolução da Assembleia da República nº 4/2013 de 22/01, em que, assumindo que relativamente ao crime de “stalking” 10% da população europeia é ou será vítima desta conduta e que a grande maioria das vítimas são mulheres, lança o apelo aos estados membros para que introduzam o stalking no direito penal, como infração específica.

Segundo o seu artigo 34º as Partes devem tomar as medidas legislativas ou outras necessárias para assegurar a criminalização da conduta intencional de ameaçar repetidamente outra pessoa, fazendo-a temer pela sua segurança,

Como nos termos do art.º 40º adotar as medidas legislativas ou outras que se revelem necessárias para assegurar que qualquer tipo de comportamento indesejado de natureza sexual, sob forma verbal, não-verbal ou física, com o intuito ou o efeito de violar a dignidade de uma pessoa, em particular quando cria um ambiente intimidante, hostil, degradante, humilhante ou ofensivo, seja passível de sanções penais ou outras sanções legais.

Presentemente no nosso ordenamento jurídico não há tipificação específica desta conduta, limitando-se apenas àqueles atos mais violentos contra a pessoa ou intrusivos da esfera da vida privada.

Qual o conceito então de stalking?

STALKING, também conhecido entre nós por **ASSÉDIO PERSISTENTE** é uma forma de violência em que uma pessoa impõe sobre outra, de forma persistente, um conjunto de comportamentos de assédio que são indesejados e/ou intrusivos.

Stalking é um termo inglês que designa uma forma de violência na qual o sujeito ativo, o **stalker**, invade repetidamente a esfera de privacidade da vítima, empregando táticas de perseguição e outros meios, tais como telefonemas, mensagens, boatos, esperas, frequência dos mesmos lugares, causando inquietação, medo, coação, ofensa ao bem-estar, físico e psíquico, à reputação e à liberdade de movimentos. Um padrão de comportamentos de assédio persistente que se traduz naquelas referidas formas de comunicação, vigilância e contacto, vitimizando alguém que é alvo de um interesse e atenção continuados e indesejados que podem gerar ansiedade e medo na pessoa-alvo.

Os comportamentos do stalker são variados e complexos, por vezes imprevisíveis. Assumem variadas formas, como vários episódios semelhantes, ou, por vezes, completamente diferentes entre si, podendo mesmo assumir uma escalada de episódios de violência física, mesmo grave. Torna-se por vezes difícil ser assertivo na intervenção e

classificação do comportamento do stalker, tanto que muitas dessas vezes se reportam a comportamentos rotineiros e do quotidiano.

Stalking é assim um fenómeno que não é singular, que consiste, frequentemente, numa combinação de condutas que dificultam essa identificação e a intervenção, não havendo um padrão único e estandardizado de perfil de um stalker. O perpetrador ou seguidor pode ser alguém íntimo ou amigo da vítima ou, pelo contrário, ser um simples desconhecido. O seu comportamento pode ser motivado por sentimentos variados, como a vingança, o ciúme, o amor irracional, de carreira profissional, ou de perda de meios de subsistência, do trabalho ou não, etc.

Em conclusão, podemos dizer que stalking é a conduta:

- Intencionalmente direcionada para uma determinada pessoa (vítima);
- Perpetrada numa, ou mais ocasiões, durante determinado período de tempo mais ou menos longo;
- Por um ou mais atos de perseguição, ou similares, como aproximação, ofertas, vigilância, assédio, ameaças, com ou sem violência física ou ao seu património e contacto da vítima por qualquer meio,
- Causando na pessoa um sentimento de persistente inquietação e/ou medo, quer pela sua integridade física ou psíquica, ou de terceiros, ou de outro mal, limitando a sua liberdade pessoal e de determinação, como de autodeterminação sexual ou de bens patrimoniais.

Do que deixamos exposto, é o impacto na vítima e o meio empregue que determinará, em concreto, a sua tipificação penal: a, que assenta no princípio do seu conceito de condutas isoladas e persistentes de assédio, conceção restritiva, e outra, mais lata, que abrange já condutas de fim de linha integradoras de outros crimes contra as pessoas.

É UM CRIME QUE ASSUME MÚLTIPLOS ATOS DE EXECUÇÃO, a poder assumir-se, por vezes, como **UM CRIME DE EMPREENDIMENTO** - um conjunto de ações típicas que se reconduz à comissão do mesmo tipo, integrando-se tais atos, ainda que isolados, numa realidade única, em obediência a uma mesma resolução.

Podemos assim concluir que, nos termos definidos do conceito, no nosso país não se considera como uma ofensa em si mesmo, mas que pode ser processado com base nas leis existentes que regulam/tipificam comportamentos específicos. Ou seja, apenas são consideradas aquelas condutas ou comportamentos que, no *iter criminis* do stalking, violem uma norma instituída (um facto típico ilícito, culposo punível).

Veja-se a participação crime descrita.

Com mais acuidade podem-se verificar os seguintes crimes no caminho do stalker:

- Ameaças, p. e p. pelo art.º 153º do CP;
- Coação, p. e p. pelo art.º 154º do mesmo diploma legal;
- Perturbação da vida privada, p. e p. pelo art.º 190º do CP;
- Devassa da vida privada, p. e p. pelo art. 192º do CP,
- E por meio de informática (*cyberstalking*), art. 193º do CP;
- Difamação ou injúrias, p. e p. pelos art.º 180º e 181º, do CP;
- Gravações e fotografias ilícitas, p. e p. pelo art.º 199º do CP;
- De coação, de abuso ou de importunação sexual, ou ainda de violação, p. e p. pelos art.ºs 163º, 165º, 170º e 164º, respetivamente, do CP;
- Ofensa a integridade física, art.º 143º do CP;
- De dano, p. e p. pelo art.º 212º do CP.
- Violência doméstica, p. e p. pelo art.º 152º do CP.

Do que ficou exposto podemos dizer com segurança que num dos contextos em que o comportamento, a conduta do *stalker* se torna visível, e é incriminado, é no contexto da violência doméstica.

Neste caso o *stalking* pode passar despercebido e irrelevante quando associado a, ou integrado às situações de violência física. Não passará, ou pelo menos não poderá passar, quando o comportamento de stalker se traduzir em situações de assédio - *stalking* em sentido restrito ou simples. Pense-se no marido ou companheiro controlador (encontros na hora de almoço, vigilância através do telemóvel da vítima e da sua viatura, Km, etc.).

Constitui ato de violência conjugal, como sabemos, a conduta, ativa ou omissiva, intencional, levada a cabo por um dos cônjuges contra o outro, ou por ambos, recíproca, e reiteradamente ou não, e que se traduza na violação efetiva da integridade física ou psíquica do cônjuge ofendido².

² Maria Elisabete Ferreira, Da Intervenção do Estado na Questão da Violência Conjugal em Portugal, pg. 24

É no quadro da persistência da conduta, da sua reiteração, e no âmbito de cariz cíclico da violência doméstica³, que se enquadra e apresenta o comportamento do *stalker*:

Por isso, não é tão raras vezes que no quadro da violência doméstica se afiguram aqueles comportamentos próprios do *stalker*, como:

- Deixar um ramo de flores no dia dos namorados e no dia de aniversário quando separados;
- Encontro casual (?) com a vítima na rua na hora de almoço;
- Vigilância no trajeto da vítima para o local do trabalho, ou através de telemóvel para saber onde se encontra e o que faz;
- Saber o número de quilómetros que fez com a viatura;
- Encontro e perseguição na rua a declarar o seu amor e, em caso de separação, para voltarem a viver juntos, e dizendo que se não é seu não é demais ninguém;
- Etc.

Mas se é verdade que no contexto da violência doméstica podemos verificar **a conduta de *stalker***, também não deixa de ser menos verdade, que a mesma se pode vir a verificar noutros contextos específicos, nomeadamente, escolar, e descrito como ***bullying***, como laboral, descrito como ***mobbing***, e que **não se encontram tipificadas como ilícitos criminais**.

Entende-se como ***bullying*** todos os atos de violência física ou psicológica, intencionais e repetidos, praticados por um indivíduo ou grupo de indivíduos, contra outrem, causando-lhe inquietação, angústia e medo.

Bullying indica, na língua portuguesa, a palavra *bulir*, que significa, ou equivale a: mexer com, causar incómodo, apoquentar, produzir apreensão, zombar. Ou seja, é numa combinação de intimidação e humilhação que o agente atua, para atormentar outrem, que inclui:

- Espalhar comentários negativos sobre a vítima;
- Recusa em socializar-se com ela;
- Intimidar outras pessoas que desejam socializar-se com a vítima;
- Ridicularizar aspetos socialmente significativos (incluindo a etnia da vítima, religião, incapacidades, modo de vestir, etc.);

³ Maria Elisabete Ferreira, ob. cit., pg. 45

- Insultar a vítima;
- Acusá-la sistematicamente;
- Ataques físicos repetidos, seja contra o corpo ou propriedade dela.
- Colocar a vítima em situação problemática com alguém;
- Fazer comentários depreciativos;
- Fazer que a vítima passe vergonha na frente de terceiros.

O **mobbing** é uma realidade presente em todo o mundo e em todas as profissões, que arrasta consigo inúmeras consequências a nível psicológico, social e físico para a vítima.

Nos termos do art.º 29º, nº 1, do Código do Trabalho, entende-se por **assédio** o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de **perturbar ou constranger a pessoa**, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

Citando o Ac. Rel. do Porto de 19.05.2014, sendo relator Dr. Rui Penha, in www.dgsi.pt:

“O mobbing laboral foi definido por Heinz Leymann como uma atitude hostil e antiética, que é dirigida de uma forma sistemática por um ou alguns indivíduos contra um indivíduo que, em virtude do mobbing, é levado a uma situação de desamparo e indefesa, em que ali é mantido devido a uma atividade contínua de mobbing. Com este comportamento pretende-se ostracizar, isolar, desprezar e eliminar a pessoa visada. Segundo Inês Arruda, é uma prática intencional (repetida) de cariz persecutório.

O assédio laboral tem como objetivo intimidar, diminuir, humilhar, amedrontar e consumir emocional e intelectualmente a vítima. Atualmente e face ao art.º 29º, nº 1, do CT/2009, é também extensível ao conceito de assédio às situações em que têm como efeito o de “perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador”, como se diz em tal preceito. Cfr. ainda Ac. STJ de 03.12.2014, proc. 712/12.6TTPRT.P1.S1, 4ª secção, relator conselheiro Mário Belo Morgado: “O assédio moral implica comportamentos reais e manifestamente humilhantes, vexatórios e atentatórios da dignidade do trabalhador, aos quais estão em regra associados mais dois elementos: certa duração; e determinadas consequências”.

Neste quadro de valoração jurídica, não se entende que não tenha gravidade suficiente para ser bem protegido e assim regulado no nosso ordenamento penal e processual penal, aquele **bem jurídico** importante da vítima, que é a sua **estabilidade física e psíquica**, a

sua liberdade e bem-estar pessoal, em suma, a proteção da saúde, causa ou efeito do comportamento do *stalker*.

É verdade que o poder político, na anterior legislatura, já sentiu essa necessidade, designadamente, a de proteger este fenómeno do *bullying*, apresentando o grupo parlamentar do CDS/PP o projeto de lei nº 495/XI, cuja iniciativa, por agora, parece esquecida. Mas mesmo aqui, a pretensão foi a de uma incriminação inspiradora na do crime de violência doméstica e dos maus tratos, para fazer face especificamente, como se extrai da exposição dos motivos, à necessidade de dar resposta ao recrudescimento de manifestações deste fenómeno, mais precisamente, enquanto manifestação de uma forma específica de *bullying*, que inclui principalmente intimidações, agressões e assédios, de natureza física ou psicológica, de forma grave ou reiterada e muitas vezes praticados por mais de um agressor contra outro elemento da mesma comunidade escolar que se encontra numa situação de maior fragilidade. Mas até agora ficou-se pela intencionalidade.

Como se alcança de tudo quanto foi dito, conclui-se que há um **bem jurídico que continua a ser preterido, a não ser protegido, a saúde da vítima do stalker, e que se deve apelar como bem jurídico a proteger, e assim, a ser punida a ofensa, agravada em resultado de lesão à saúde, e de ofensa a liberdade e autodeterminação de:**

Quem, de modo reiterado, perseguir, assediar, por qualquer meio, ou constranger outrem a suportar uma atividade, prejudicando a saúde de outra pessoa, ou de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação e liberdade de determinação.

Na verdade, os crimes retro indicados que se podem vir a verificar com a conduta do *stalker* não protegem eficazmente o bem jurídico que aquele viola, porquanto aqueles, na defesa do bem jurídico, consomem-se por uma única conduta na qual se esgotam.

Quadro normativo processual penal

Proteção da vítima

Se no quadro substantivo, como acabamos de ver, a conduta típica do *stalker* não está sujeita a punição, o mesmo podemos afirmar no quadro normativo preventivo e cautelar de proteção da vítima.

Proteção da vítima e medidas de coação são reversos da mesma medalha. Falar-se de proteção da vítima é, intrinsecamente, falar-se também de medidas restritivas, ou compressoras, da liberdade do agressor, de modo a obstar à continuação da sua conduta.

Nas medidas a aplicar há de estar subjacente a proteção da vítima, o bem jurídico especialmente protegido pela norma. Consequentemente devem ser inseridas medidas no interesse e em proveito da vítima, e outras intrínsecas ao próprio agressor e que obstem à continuação da conduta ilícita.

O mesmo será dizer, aquelas que correspondam às **exigências processuais de natureza cautelar**. Assim, e tomando por paradigma a participação criminal descrita, ou de outro modo, atenta a natureza da infração e à personalidade do agente, qual a medida adequada, proporcional, necessária e que se mostrará suficiente? A que determina a **proibição e imposição de condutas (contactos e proibição de frequência dos mesmos locais), art.º 200º do CPP**.

O que de todo se alcança com os normativos legais em vigor.

A medida de coação concreta depende da função da qualidade da relação prova e crime:

- Para algumas dessas medidas apenas referencia a lei a medida da pena a ter em conta, sem fazer alguma alusão sobre os indícios da prática do crime,

- Para outras fá-la depender da função da existência de fortes indícios da prática do crime, para além da mesma referência à medida da pena:

- 1 Quanto à primeira situação, cfr. art.º 196º, TIR (apenas pela constituição de arguido), 197º, caução (se o crime imputado for punível com pena de prisão), 198º, apresentações periódicas (se o crime for punível com pena de prisão de máximo superior a seis meses), 199º, suspensão de exercício de funções (ao crime punível com pena de prisão de máximo superior a dois anos),
- 2 Quanto à segunda situação, cfr. art.º 200º, proibição de permanência, de contactos e de obrigação a tratamento, 201º, obrigação de permanência na habitação e 202º, prisão preventiva, (exige-se fortes indícios e crime punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos àquelas, ou 5 anos, a esta última),
- 3 E para todas, fá-las depender ainda em função da adequação das exigências processuais de natureza cautelar, e em proporção da gravidade do crime e à sanção que previsivelmente venha a ser aplicada, nº 1 do art.º 193º do CPP.

Atenta a variável natureza dos comportamentos em análise, para a medida a aplicar, suficiente, proporcional (equilibrada mediante os interesses em jogo) e adequada, deve ter-se em conta o cariz deste fenómeno do *stalking ou assédio persistente*.

Deve ter-se em conta (deve ser avaliado) a natureza e circunstâncias da infração e a personalidade do agente, para o perigo de continuação da atividade criminosa, o perigo de perturbação da prova (aquisição, conservação e veracidade), como de perturbação da ordem e tranquilidade pública (intrinsecamente relacionado com o direito à liberdade e à segurança dos cidadãos que possam ser potenciais vítimas da conduta criminosa indiciada).

São estas as circunstâncias que a legitimam, e que correspondem a exigências processuais e extra-processuais, art.º 204º do CPP.

Tecidos estes considerandos, podemos afirmar que:

- A medida de coação, como a medida que “*prima facie*” se mostraria adequada e necessária, a proibição de contactos e de permanência nos mesmos locais, art.º 200º do CPP, dificilmente se aplicará, a não ser após verificação de violação de medida já aplicada, art. 203º do CPP, ou pela extrema gravidade da infração verificada.

Resta-nos, assim, presentemente, como medidas de coação as apresentações periódicas (art.º 198º) e a caução (art.º197º). Medidas que de algum modo se podem afirmar como adequadas á proteção da vítima do *stalker* e necessárias para evitar o perigo de continuação da atividade criminosa.

E isto porque às condutas tipificadas na lei como crime, como o crime de ameaças, de coação, de perturbação da vida privada, de devassa da vida privada, por meio de informática (*cyberstalking*), de difamação ou de injúrias, de gravações e fotografias ilícitas, de coação, ofensa a integridade física, e de dano, crimes que se inserem no *iter criminis* do *stalker*, não têm como pena máxima de prisão em abstrato superior a três anos, condição sine qua non para aplicação das medidas coativas de proibição e imposição de condutas, art.º 200º do CPP.

Assim, **aquele que**:

Ofenda o bem-estar ou o estado de saúde de outrem, ou o constranger a suportar uma atividade, o perseguir e assediar, de forma adequada a provocar- lhe medo ou inquietação, ou a prejudicar a sua liberdade de determinação ou a sua saúde, não está devidamente sujeito a medidas repressivas cautelares, a não ser por factos já tipificados com pena de prisão em abstrato superior a 3 (três) anos, o que não abrange a maior parte, senão quase todas, as condutas próprias de um *stalker*, e a vítima está desprotegida.

O que urge reparar, como já se estipula no direito civil, nº 2 do citado art.º 70º “independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, como fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

É um dever fundamental do Estado, art.º 9º, al. b) e d), da CRP: garantir os direitos e liberdades fundamentais. Promover o bem-estar e a qualidade de vida do povo. E assim, art.º 25º (direito à integridade pessoal), art.º 26º (outros direito pessoais) e art.º 27º (direito à liberdade e segurança), da CRP.

Deste modo não se entende que tal fenómeno não tenha intensidade tal, cujo grau de danosidade não possa ter dignidade penal, quando considerado com outros factos típicos ilícitos quer de natureza particular (ex. injúria e difamação, e o furto, art.º 207º), quer mesmo de natureza semipública (ex. furto simples, violação de domicílio ou introdução em lugar

vedado ao público), ou possa, apenas, o “assédio laboral” se considerado uma contraordenação.

PROTEÇÃO QUE TAMBÉM NÃO SE ENCONTRA NOS PROJETOS DE LEI APRESENTADOS PELOS PARTIDOS POLÍTICOS COM ASSENTO PARLAMENTAR TENDO EM VISTA DAR CUMPRIMENTO À CONVENÇÃO DO CONSELHO DA EUROPA.

VEJAMOS os projetos de lei de alteração ao Código Penal apresentados.

I – O Bloco de Esquerda adita o artigo 153º-A, com o título

Perseguição e com a seguinte redação:

1 - Quem, de modo reiterado e intencional, perseguir outra pessoa, persistir na aproximação física indesejada, nomeadamente em locais de passagem ou de frequência, ou utilizar pessoas próximas, incluindo familiares, provocando medo ou insegurança, intimidando ou ameaçando, de forma a pôr em causa a sua liberdade ou privacidade, é punido com pena de **prisão até 3 anos**, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - São puníveis nos termos do número anterior os comportamentos reiterados de comunicação indesejada, nomeadamente, cartas, emails, sms, telefonemas, ou divulgação de informação falsa ou privada na internet, com os efeitos previstos no número anterior.

3 - Consideram-se circunstâncias agravantes, cujas penas são agravadas de um terço, nos seus limites mínimo e máximo, os atos praticados:

a) - Contra menor de 16 anos;

b) - Contra pessoa particularmente vulnerável, em razão de deficiência, idade, doença, gravidez ou outras;

4 - Se os factos previstos nos números anteriores vierem a produzir ofensa à integridade física grave ou morte da vítima, as penas aplicadas são as constantes no nº 2 e nº 1, alínea b), do artigo 145º e no artigo 147º do Código Penal.

5 - Se os crimes de ofensa à integridade física e homicídio forem praticados de forma deliberada e intencional, a moldura penal é a prevista para os respetivos crimes previstos no Código Penal, agravada a respetiva moldura penal de um terço nos seus limites mínimo e máximo nos casos previstos no nº 3.

6 - Nos casos previstos nos números anteriores, podem ser aplicadas ao arguido

as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima.

7 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.”

II – O Partido Socialista adita o artigo 154º- A, com o título Perseguição e com a seguinte redação:

1 - Quem, de modo persistente e indesejado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a perturbá-la ou constrangê-la, ou a afetar a sua dignidade, provocando medo, inquietação ou prejudicando a sua liberdade de determinação, é punido com **pena de prisão até três anos** ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 – Nos casos previstos no número anterior, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima por período até cinco anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição.

3 – A pena acessória de proibição de contacto com a vítima pode incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento pode ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

4 – O procedimento criminal depende de queixa.

III – Partido Social Democrata adita o artigo 154º- A, com o título Perseguição e com a seguinte redação:

1 - Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qualquer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de **prisão até três anos** ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal.

2 - A tentativa é punível.

3 - Nos casos previstos no n.º 1, podem ser aplicadas ao arguido as penas acessórias de proibição de contacto com a vítima pelo período de seis meses a três anos e de obrigação de frequência de programas específicos de prevenção de condutas típicas da perseguição.

4 - A pena acessória de proibição de contacto com a vítima deve incluir o afastamento da residência ou do local de trabalho desta e o seu cumprimento deve ser fiscalizado por meios técnicos de controlo à distância.

5 - O procedimento criminal depende de queixa.

ASSIM

A VÍTIMA DE STALKING CONTINUARÁ A SER DESPROTEGIDA, POIS A PROIBIÇÃO DE CONDUTAS COMO MEDIDA CAUTELAR SÓ É POSSÍVEL DE SER IMPOSTA QUANDO AO CRIME CORRESPONDA EM ABSTRATO PENA DE PRISÃO SUPERIOR A TRÊS ANOS, Art.º 200º, Nº 1 DO CPP, E NÃO É ESSE O CASO.

O QUE NÃO SE COMPREENDE, TANTO MAIS QUE É PREVISTA COMO PENA ACESSÓRIA, DEVENDO CONSEQUENTEMENTE TAMBÉM SER ALTERADO O ART.º 200º DO CPP QUANTO AO LIMITE DA PENA DE PRISÃO PREVISTA DE MÁXIMO SUPERIOR A TRÊS ANOS PARA – IGUAL OU SUPERIOR A TRÊS ANOS

OS PROJETOS DE LEI DO PS E DO PSD ASSENTAM NO CONCEITO RESTRITO DE STALKING, E NÃO COMO CRIME DE EMPREENDIMENTO - UMA MESMA RESOLUÇÃO COM MÚLTIPLOS ATOS DE EXECUÇÃO.

O QUE LEVARÁ A VERIFICAR-SE UM CONCURSO REAL DE INFRAÇÕES ENTRE AS AÇÕES COM PADRÃO DE COMPORTAMENTOS DE ASSÉDIO PERSISTENTE POR QUALQUER MEIO, COM OUTRAS CONDUTAS INTEGRADORAS DE CRIMES CONTRA AS PESSOAS.

SINOPSE

NUMA VISÃO MINIMALISTA PROJETA-SE O STALKING NO ÂMBITO DA OFENSA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE – A OFENSA ILÍCITA OU AMEAÇA DE OFENSA À PERSONALIDADE FÍSICA OU MORAL, art.º 70º, nº 1 do C. Civil. – Projeto de lei do PS e do PSD.

UMA VISÃO MAXIMALISTA PROJETA O STALKING COMO CRIME DE EMPREENDIMENTO - UMA MESMA RESOLUÇÃO COM MÚLTIPLOS ATOS DE EXECUÇÃO – Projeto de lei do BE.

NÃO SE VERIFICAM MEDIDAS CAUTELARES PENAS DE PROTEÇÃO À VÍTIMA:

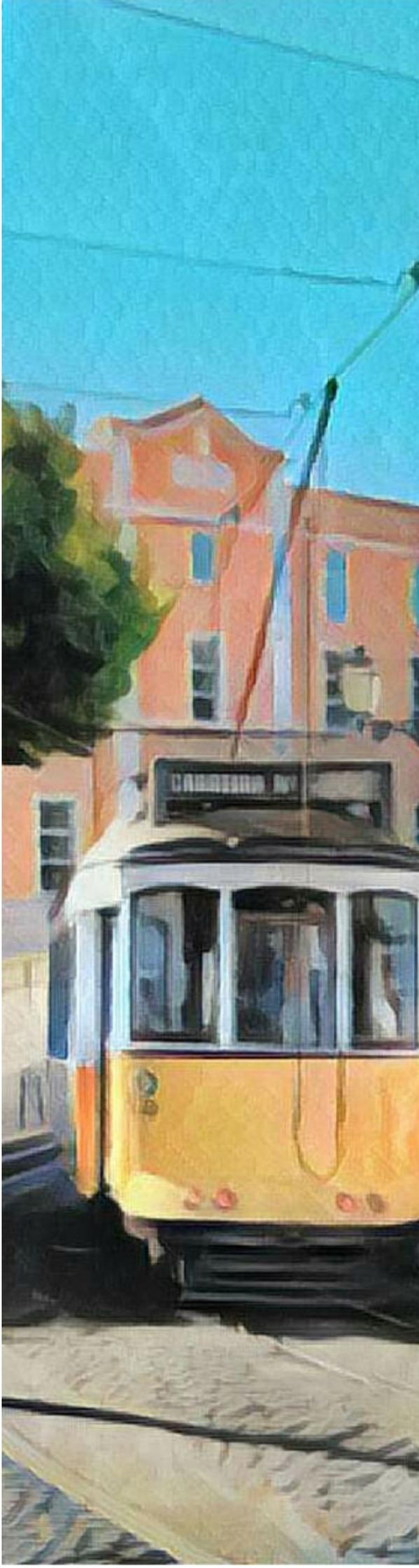
- ENQUANTO A PENA DE PRISÃO MÁXIMA EM ABSTRATO FOR DE TRÊS ANOS, OU,

- NÃO SE ALTERE A PREVISÃO DO ART.º 200º DO CPP RELATIVAMENTE À MEDIDA DA PENA – DE PENA SUPERIOR A TRÊS ANOS, PARA IGUAL OU SUPERIOR A TRÊS ANOS

Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the text reads "CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS" in a bold, sans-serif font. Below this, contact information is provided: "Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt". A dark banner across the top contains the following text: "Temas de Direito Penal e Processual Penal", "Artur Guimarães Ribeiro, Juiz de Direito, Secção de Instrução Criminal da Instância Central da Comar:", and "Montepio - Auditório 27.2.2015 10:45". The main video frame shows a man with glasses and a mustache, wearing a dark suit and a red tie, speaking at a podium. The podium has a microphone and a nameplate that reads "Artur Guimarães Ribeiro". In the background, the words "DATAJURIS" and "JUSTIÇA" are visible. Below the video frame, there is a video control bar with a play button, a progress bar showing "00:00:23" out of "00:40:50", and various control icons. At the bottom left, the logos for "FCT" (Fundação para a Ciência e a Tecnologia) and "FCCN" (Centro de Estudos Judiciários) are displayed. The website address "www.fccn.pt" is shown at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/262zua2r79/flash.html>



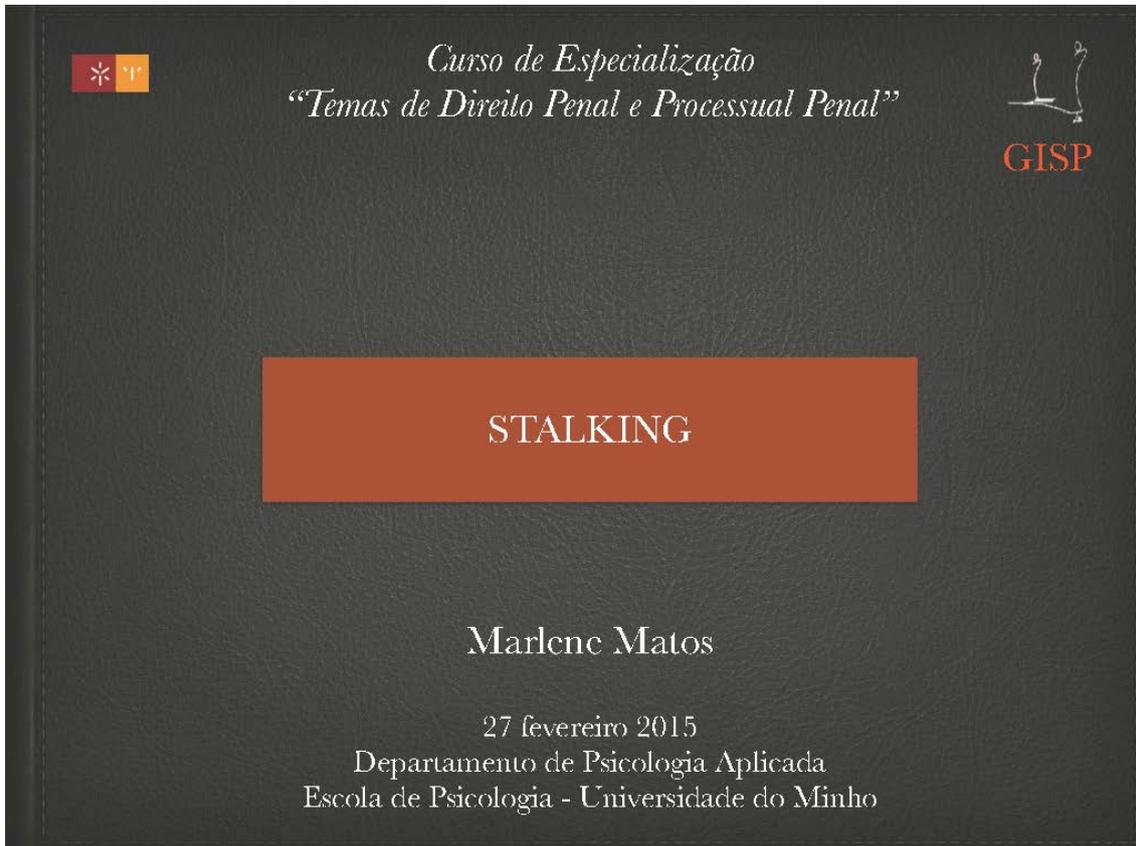
2. Stalking

Marlene Matos

CENTRO
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

STALKING¹

Marlene Matos*



¹ A apresentação corresponde à versão apresentada na ação de formação “Curso de Especialização Temas de Direito Penal e Processual Penal”, com o tema “*Stalking*”, organizado pelo Centro de Estudos Judiciários, e que teve lugar a 27 de fevereiro de 2015.

* Professora Auxiliar no Departamento de Psicologia da Universidade do Minho. Investigadora e Psicóloga Forense.

Vide nota de atualização na pág. 11

- Em que consiste exatamente o stalking?
- Contributos empíricos para o seu reconhecimento em Portugal
- Implicações práticas
- Prevenção e combate ao Stalking:
 - O desafio da Convenção de Istambul

Em que consiste o stalking?

Stalking is when two people go for a long romantic walk together but only one of them knows about it.

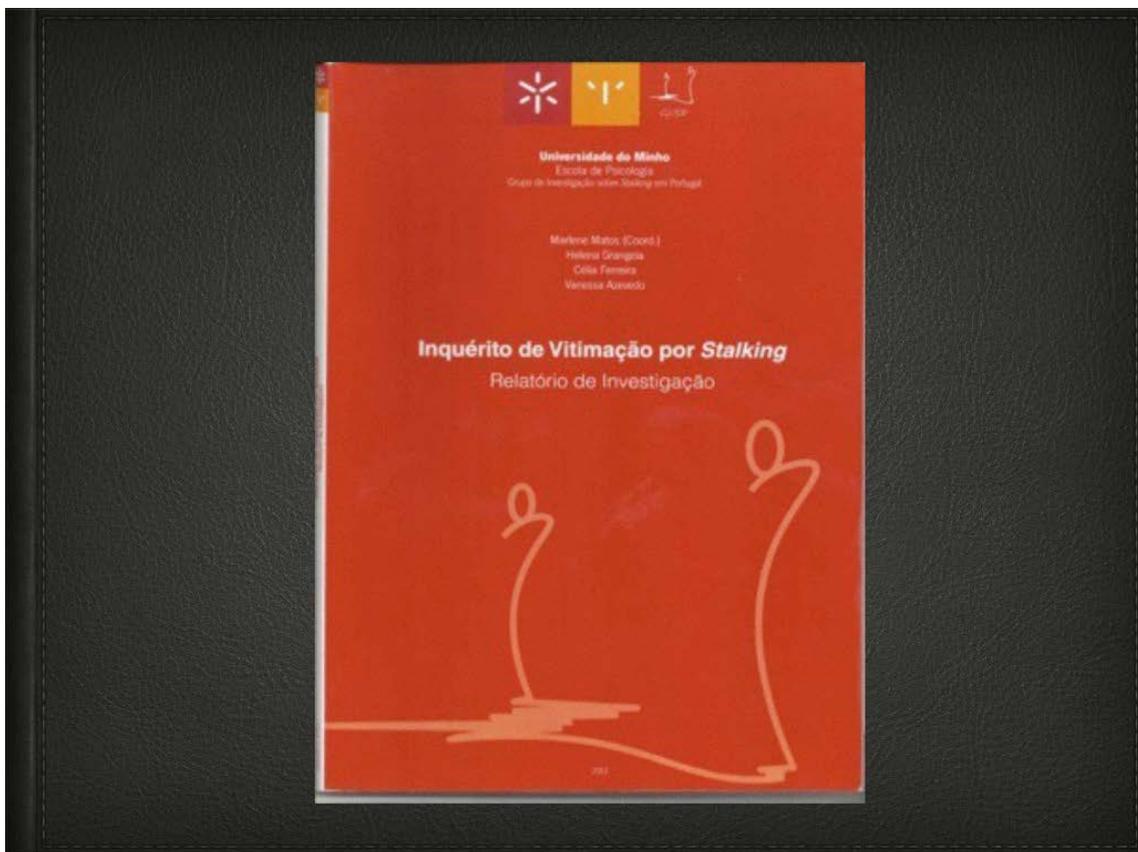
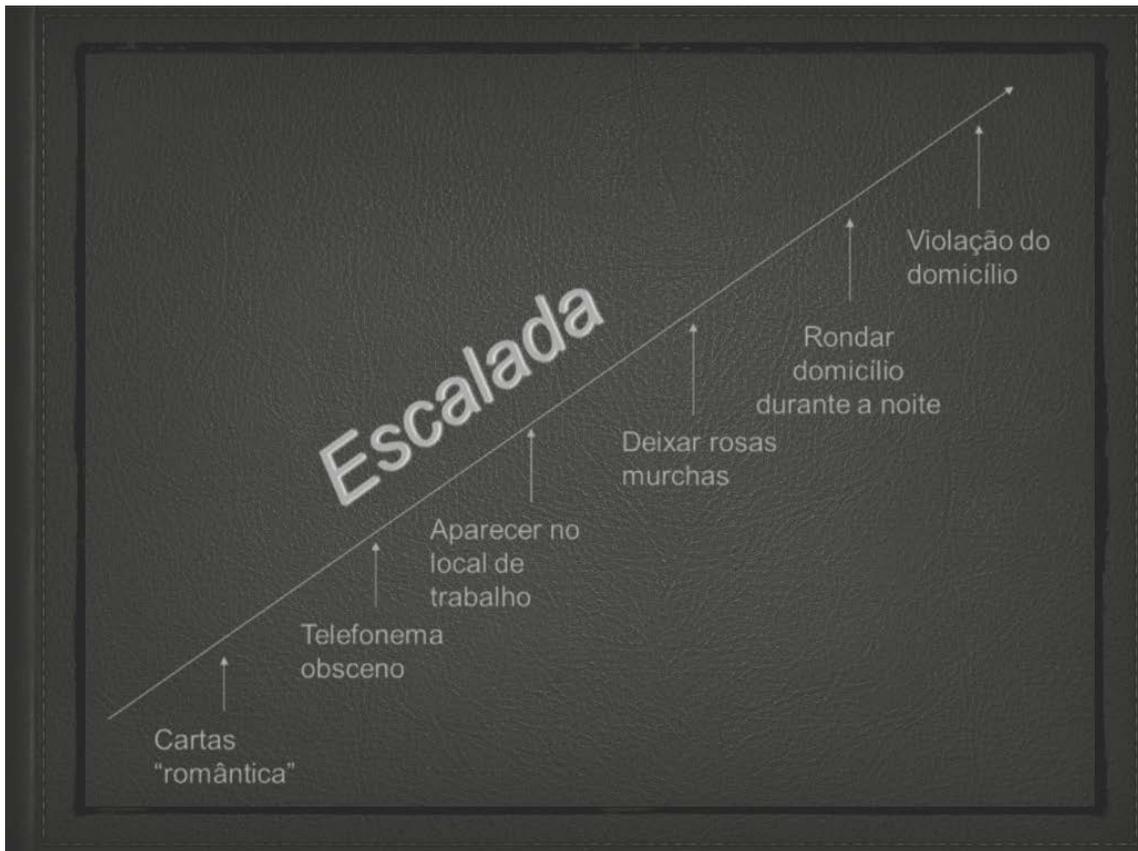
constant updates of the best funny pictures on the web LOLSNAPS.com

**Um fenómeno com
fortes raízes sócio-culturais...**

**Ações aparentemente inofensivas
revestem-se de um carácter intimidatório**

**Deixar um bilhete com uma mensagem no vidro do carro
Deixar um ramo de flores para ser encontrado**

**Telefonar repetidamente para o trabalho
Tirar fotografias sem autorização
Roubar objetos pessoais
Rondar a proximidade da casa todas as noites
Perseguir no caminho para o trabalho
Vasculhar no lixo
Presença constante em todos os locais
normalmente frequentados pelo alvo**



Inquérito de vitimação por Stalking

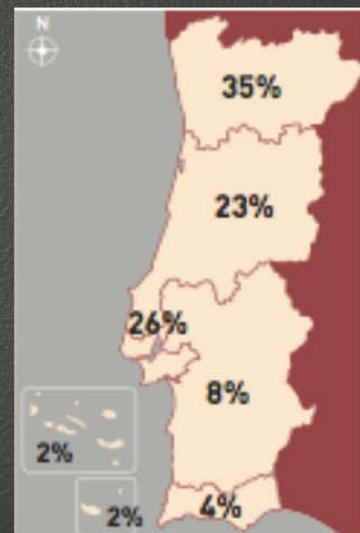
(Matos, Grangeia, Ferreira & Azevedo, 2011)

OBJETIVOS:

- frequência da vitimação por stalking
- perfis, dinâmicas e cenários de stalking
- impacto na vítima
- níveis e padrões de procura de apoio
- utilidade das fontes de apoio

AMOSTRA

- Indivíduos de ambos os sexos, com idade igual ou superior a 16 anos
- Processo de amostragem estratificada (com base nas NUT)
- Seleção aleatória dos participantes



AMOSTRA

N = 1210 participantes

Sexo: 52.9% M; 47.1% H

Média de idade: 44.25 anos (d.p.
= 18.20; min = 16; Máx = 94 anos)

. Estado civil: casado/união de
facto - 52.6% solteiros - 33.4%

. Nacionalidade: 96.6%
portuguesa

. Residência: 75.9% urbana

. Escolaridade média=9.39
(d.p.= 4.68)

Instrumento: IVS

(Matos, Grangia, Ferreira & Azevedo, 2009)

“Estamos interessados em compreender o assédio persistente, que consiste na experiência de alguém que é alvo, por parte de outra pessoa, de um interesse e uma atenção continuados, mas indesejados.

Alguma vez foi alvo deste tipo de interesse?”

Recolha de dados

- Inquéritos face-a-face
- Áreas de grande afluência
- Uniformização de procedimentos dos inquiridores
- Distribuição de folheto informativo de apoio às vítimas no final do inquérito

RESULTADOS: Frequência da vitimação por stalking

	Total (N=236)	Mulheres (N=160)	Homens (N=76)
Ao longo da vida	19.5%	25%	13.3%
Atualmente	11%	11.3%	10.5%
Nos últimos doze meses	28.8%*	31.7%	23%
Há mais de um ano	71.2%*	68.3%	77%

*Número de respostas disponíveis: 184

Frequência da vitimação por stalking em função do grupo etário

	16-29 anos (N=80)	30-64 anos (N=138)	>65 anos (N=18)
Vitimação	26.7%	20.3%	7.8%

Fatores associados à vitimação por stalking

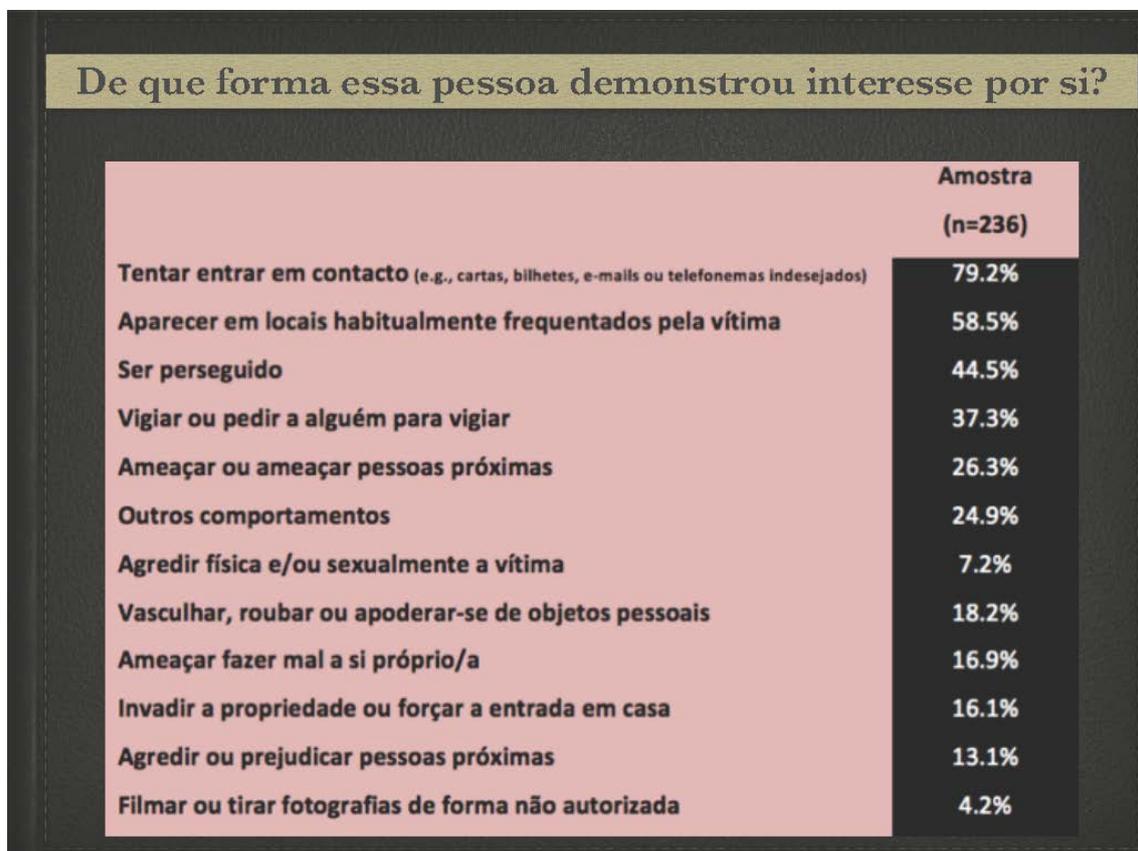
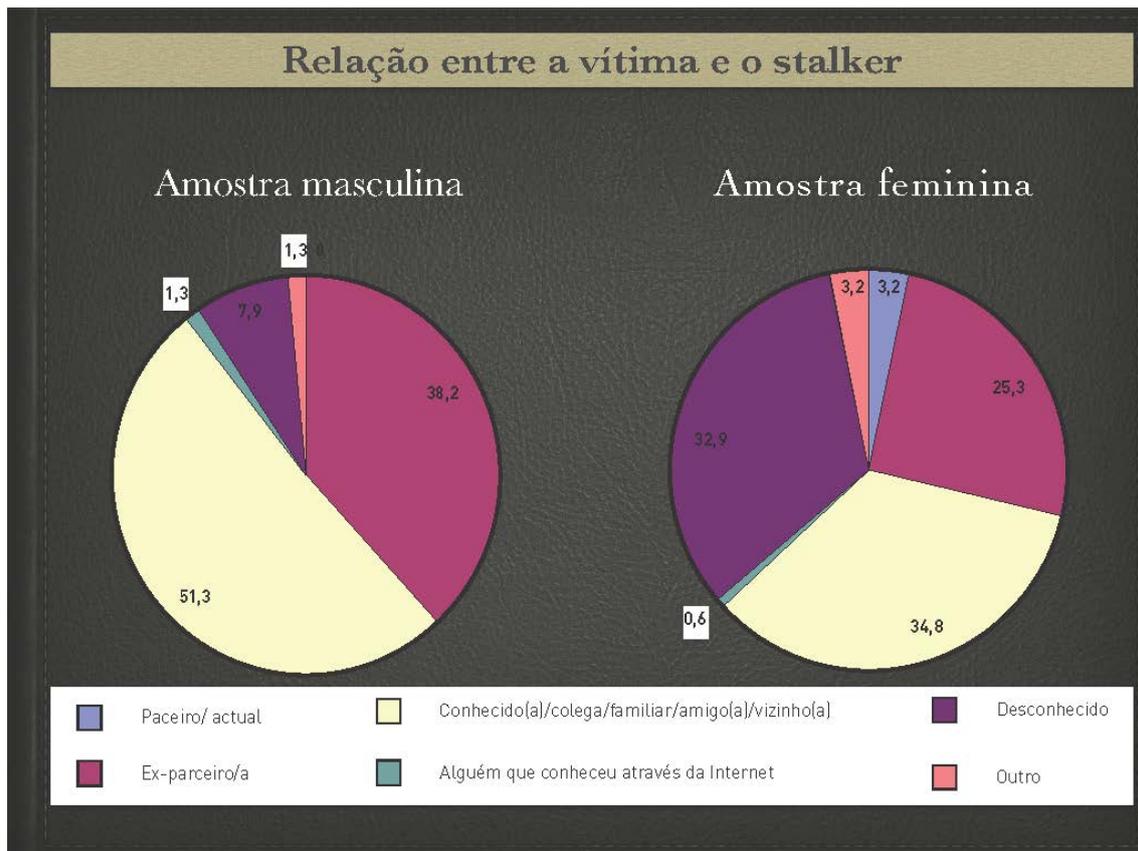
- ★ ser mulher ($\chi^2(1)=26.14, p<.001$)
- ★ ser jovem ($\chi^2(2)=30.05, p<.001$)
- ★ solteiro, separado e divorciado ($\chi^2(4)=36.99, p<.001$)

Frequência da vitimação por stalking em função de diferentes critérios de definição

	Auto-definição	Repetição	Efeito do medo	Persistência	Todos os anteriores
Total	19.5%	15.5%	13.3%	15.2%	10.7%
Mulheres	25%	19.2%	19.2%	21.8%	14.7%
Homens	13.3%	11.4%	6.7%	12.1%	6.1%

Por quem são realizados os comportamentos de stalking?

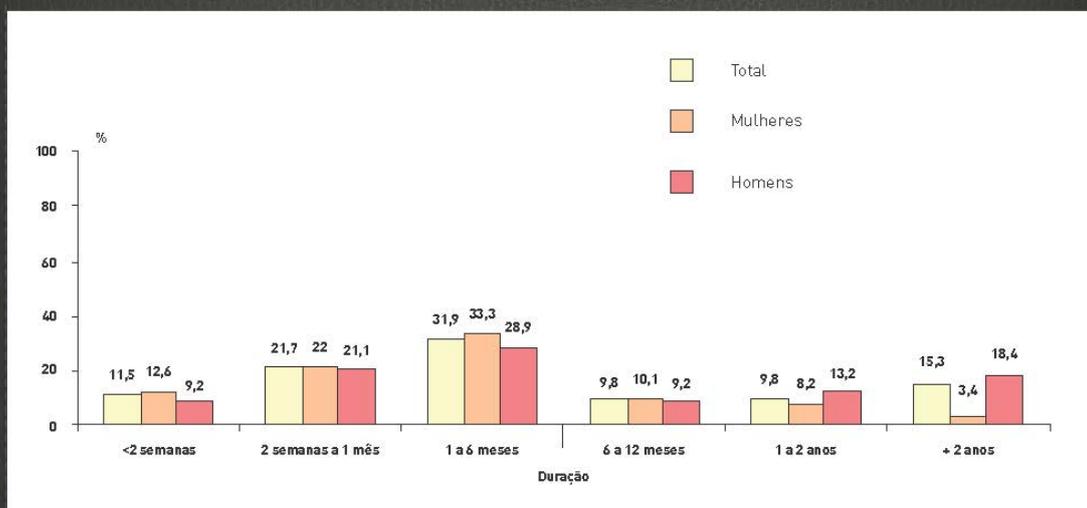
- ★ Maioria das vítimas referiu ter sido alvo de apenas um stalker (59.7%)
- ★ Predomínio de stalkers do sexo masculino (68% vs. 28.1%)
- ★ Quando a vítima era mulher, o stalker tendia a ser homem e vice-versa ($\chi^2(2) = 123.626, p < .001$)



Com que frequência foi alvo desses comportamentos?

Amostra (n=236)	
Diariamente	41.9%
Semanalmente	41.9%
Mensalmente	5.9%
Menos de uma vez por mês	10.2%

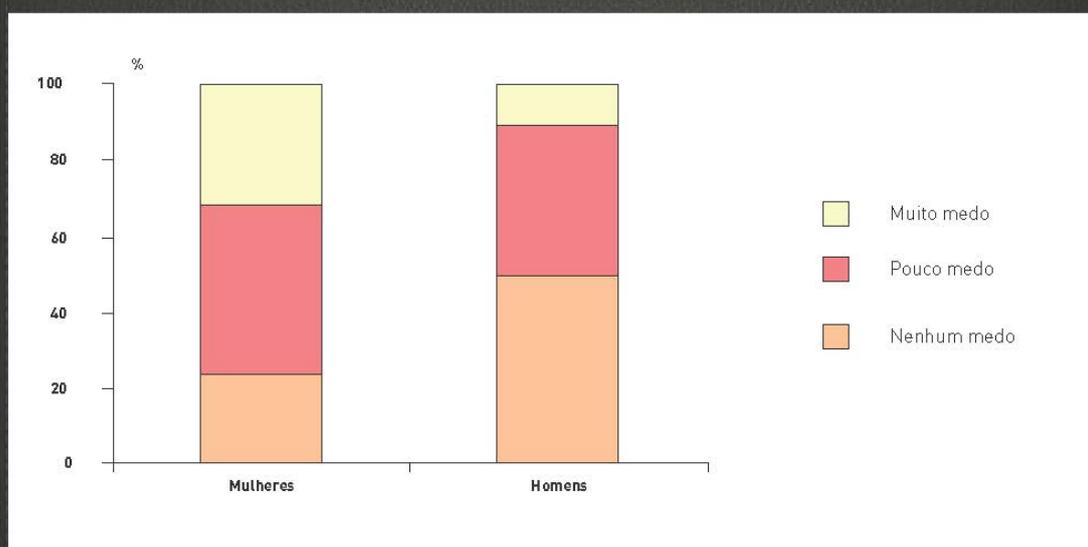
Duração do Stalking



Impacto

- ★ Stalking afectou, em média, 3 ou 4 áreas da vida da vítima
 - ◆ Áreas mais afectadas (“muito” ou “muitíssimo impacto”)
 - ◆ saúde psicológica (36.6%), estilo de vida (25.4%), relações de intimidade (23.4%)
- ★ As vítimas femininas apresentaram um impacto superior às masculinas na saúde psicológica ($Z=-3.7$, $p<.001$), estilo de vida ($Z=-2.72$, $p<.01$) e saúde física ($Z=-1.69$, $p<.10$).

Grau de medo em função do sexo da vítima



★ As vítimas relataram **mais medo**:

- ◆ quando o **stalker era masculino** ($Z=-4.72, p<.001$)
- ◆ quando alvo de **mais comportamentos** de stalking
($t(234)=-5.5, p<.001$)
- ◆ quando o stalking era **mais frequente** ($J=8830,5, z=-2.93$).

Respostas à vitimação por stalking

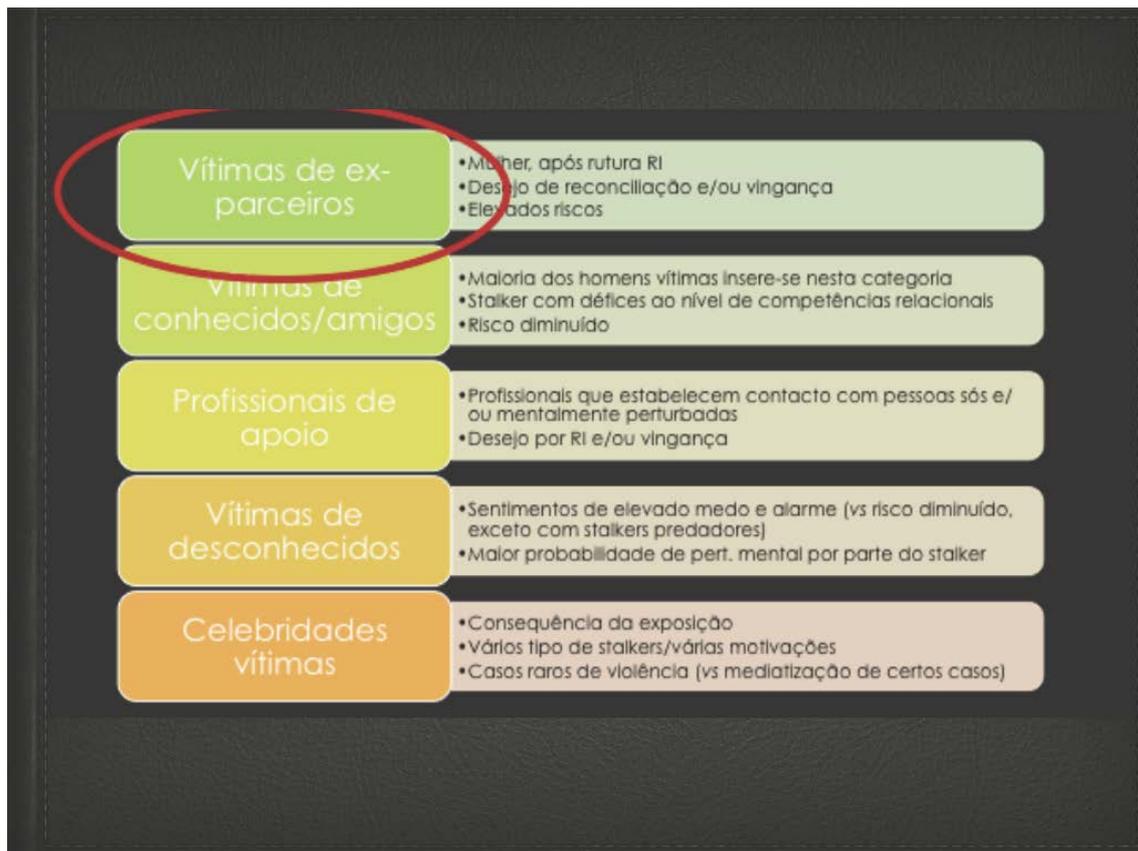
- ★ A maioria das vítimas (59.3%) não procurou qualquer tipo de apoio
- ★ Foram sobretudo as **vítimas do sexo feminino** que recorreram a apoio ($\chi^2(1)=11.419, p<.001$; 48.1% vs. 25%)
- ★ As vítimas que relataram **mais medo** procuraram mais apoio ($Z=-8.61, p<.001$).
- ★ As vítimas que relataram **mais áreas de impacto** procuram mais apoio ($t(234)=-5.40, p<.001$).

Discussão

- ★ A vitimação por stalking em Portugal assume uma prevalência preocupante, semelhante a outros países (Spitzberg & Cupach, 2007, metanálise - 18%).
- ★ Apesar de um risco transversal, mulheres, jovens adultos e solteiros/separados/divorciados são os grupos mais vulneráveis
- ★ Stalking tem um carácter genderizado e uma natureza essencialmente relacional

Discussão

- ★ Apesar do seu carácter diversificado e versátil, há comportamentos que tipificam cenários habituais de stalking.
- ★ Stalking difere, pela sua natureza crónica (quase omnipresente, duradouro), da maioria dos crimes
 - ★ Impacto difuso (ex. saúde psicológica, estilo de vida, relações)
 - ★ Medo como resposta comum (68%)
- ★ Procura de apoio é reduzida, embora mais provável nas mulheres, sobretudo junto da rede informal.



Stalking e Ruptura da relação

Amostra: Mulheres vítimas de ex-parceiros (N= 107)

- ★ Estratégias altamente intrusivas e ameaçadoras (comportamentos tidos como mais extremos)
- ★ Elevado risco de persistência (+ de 60% reportou duração superior a 6 meses) e reincidência dos comportamentos
- ★ Elevado risco de dano psicossocial para as vítimas:
 - ◆ Medo como resposta endémica (91%)
- ★ Desajustamento psicossocial clinicamente significativo: 42.3%

J Fam Viol (2013) 28:393–402
 DOI 10.1007/s10896-013-9501-5

RESEARCH ON VICTIMS OF INTIMATE PARTNER VIOLENCE

Post-Relationship Stalking: The Experience of Victims With and Without History of Partner Abuse

Célia Ferreira · Marlene Matos

Published online: 12 April 2013
 © Springer Science+Business Media New York 2013

Abstract This article analyzes a side of the post-relationship stalking that has been neglected: the experience of women that were victims of this type of violence without having any history of abuse during their prior relationship. It analyzes the differences between post-relationship stalking victims with and without history of partner abuse on what concerns to suffered stalking dynamics, emotional answers and types of coping strategies. This survey gathered data using online resources and the sample was constituted by 107 female post-intimate stalking victims. Results revealed that victims who were targets of past violence suffered a more serious post-relationship stalking campaign. Results also demonstrated that fear towards stalking behaviours is an endemic response when dealing with such experiences. Post-relationship stalking victims, in general, have also revealed being actives in coping with their individual experiences of victimisation.

Keywords Stalking · Intimate partner violence · Breakup · Dynamics · Emotional reactions · Psycho-social impact and coping

2001). A new social awareness of this problem, stressed by the 60's and 70's North American feminist movements, has increased the attention to Intimate Partner Violence (IPV), as well as the urgent public disapproval. Consequently, other sorts of audiences, namely legal and scientific communities, became interested in the problem of women victimized by someone that they are intimate with. Since then, research on IPV has been sponsoring an updated diagnosis of this reality, allowing to productively portrait the several manifestations of violence suffered by women in their intimate relationships. After the initial attention given to physical aggressive acts, researchers and scholars started to direct their attention to other types of abuse suffered in intimate relationships (sexual violence, emotional violence), not only on what concerns formal/legal unions but also on what concerns other intimacy scenarios (date and courtship violence and post-breakup violence) (e.g., Matos 2006).

The investigation of abuse against women in intimate relationships is still promising and is now facing other challenges, including the study of other victimisation modalities, namely stalking (Frieze and Davis 2002). Although

Cyberstalking

Anonimato

Inovação

Versatilidade

Omnipresença

Extensão

Implicações práticas

RASSEGNA ITALIANA
DI CRIMINOLOGIA

ANNO VII, 3 2012

Lo stalking in Portogallo:
un'importante sfida da affrontare...

Stalking in Portugal:
facing a remarkable challenge...

Marlene Matos, Helena Grangeira, Célia Ferreira, Vanessa Azevedo

Keywords: stalking, victims, Portugal background, social and scientific developments.

Abstract

There is no consensual definition of stalking. It varies across countries, and even in the same country, it varies across domains (e.g., legal, scientific). In fact, this is still a debatable and controversial topic that results in different scientific stalking definitions and measures (Sheridan, Elaaui & Davis, 2003). Even so, nowadays stalking is mainly conceptualized from a gender perspective (Kaminer, 2001; Lowney & Best, 1995) and included in relational violence (Spitzberg, 2002). Although studies on stalking have been carried out (Spitzberg & Cupach, 2007), stalking victimization has been investigated through several designs, methods and samples. That diversity allows a complementary and a deeper understanding of the phenomenon but, on the other hand, appropriate comparisons are difficult and complex (Dressing, Kuehner & Gass, 2006). After describing the overall picture regarding stalking victimization in the international context, we state that Portugal faces a transition stage. Being so, in this article we examined the Portuguese background regarding stalking, focusing on past and current developments, namely social and scientific. We consider that soon stalking will be established as a police and criminal phenomenon, since it is now in the judicial agenda.

Parole chiave: stalking, vittime, contesto portoghese, sviluppi sociali e scientifici.

Stalking - GISP - Stalking - GISP

http://stalking-gisp.com/

stalking / assédio persistente

Grupo de Investigação sobre Stalking em Portugal (GISP)

- Equipa Técnica
- Sobre stalking
- Stalking em Portugal
- Teste conhecimentos
- Recursos
- Stalking nos media
- Contactos

VÍTIMAS	PROFISSIONAIS	INVESTIGAÇÃO	SEMINÁRIO
<ul style="list-style-type: none"> Estarei a ser vítima? O que posso fazer? Onde posso procurar apoio? 	<ul style="list-style-type: none"> Como proceder? 	<ul style="list-style-type: none"> Linhas de investigação Instrumentos Onde temos estado? 	<ul style="list-style-type: none"> Apresentação Organização Programa Datas importantes Submissão de resumos Inscrições Informações úteis Contactos

Esta site é financiado por Fundos FEDER através do Programa Operacional Fatores de Competitividade - COMPETE e por Fundos Nacionais através da FCT - Fundação para a Ciência e a Tecnologia e da CIB - Comissão para a Cidadania e a Igualdade de Género no âmbito do projeto "Stalking em Portugal: prevenção, inspeção e intervenção" (PROM/03/0000/2008). Texto escrito conforme o Acordo Ortográfico - convertido pelo Lince | Design by Ricardo Signaldes

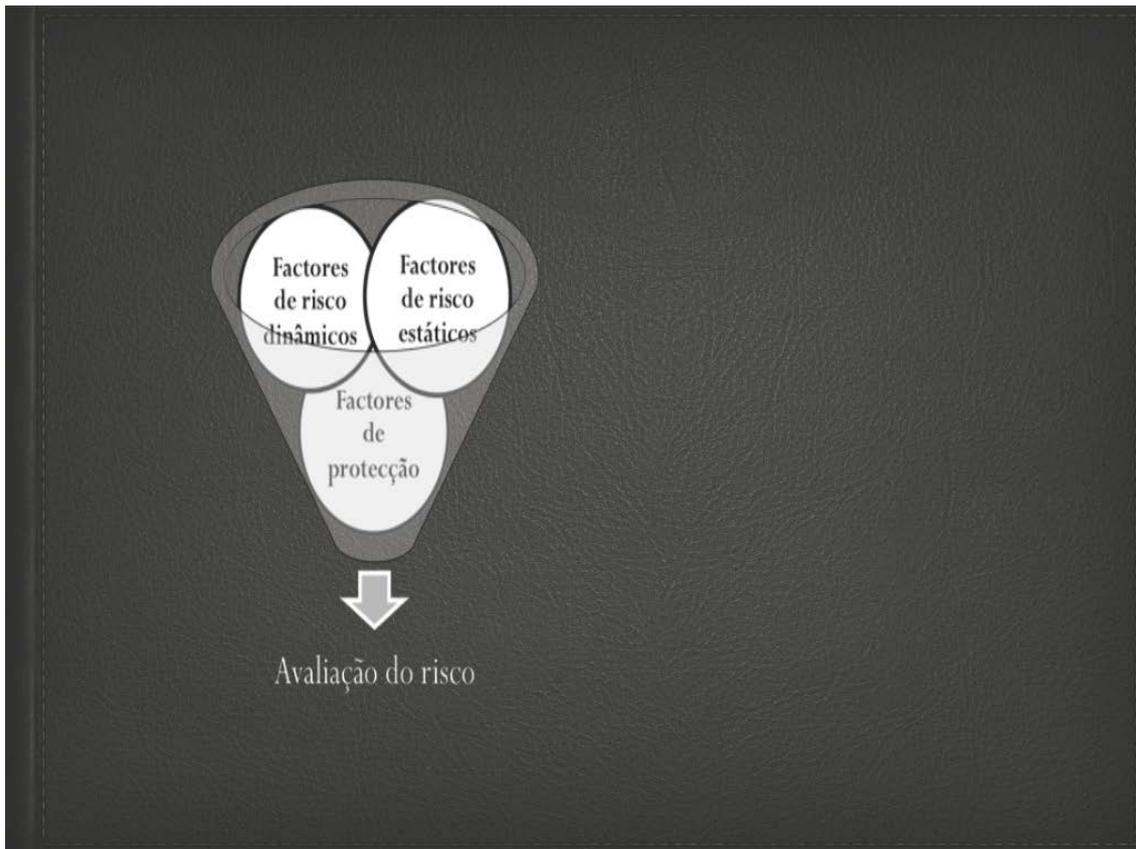
com Acordo Ortográfico (paralelo)

Dicionário da Língua Portuguesa - com Acordo Ortográfico

Já conhece o Espaço Língua Portuguesa da Porto Editora?

stalking
 nome masculino

forma de assédio em que alguém persegue e importuna outrem de modo persistente e, por vezes, violento, pelos mais diversos motivos (vingança, amor, inveja, etc.)
 (Do inglês *stalking*, «idem»)



AVALIAÇÃO DO RISCO: STALKING

Será que o/a stalker irá tornar-se violento?

RISCO DE VIOLÊNCIA

Será que o/a stalker irá continuar a campanha de assédio?

RISCO DE PERSISTÊNCIA

Se o/a stalker parar, será que irá recomeçar?

RISCO DE REINCIDÊNCIA

TIPOS DE STALKERS

(Mullen et al., 1999, 2000)

Stalker rejeitado

Stalker ressentido

Stalker em busca de intimidade

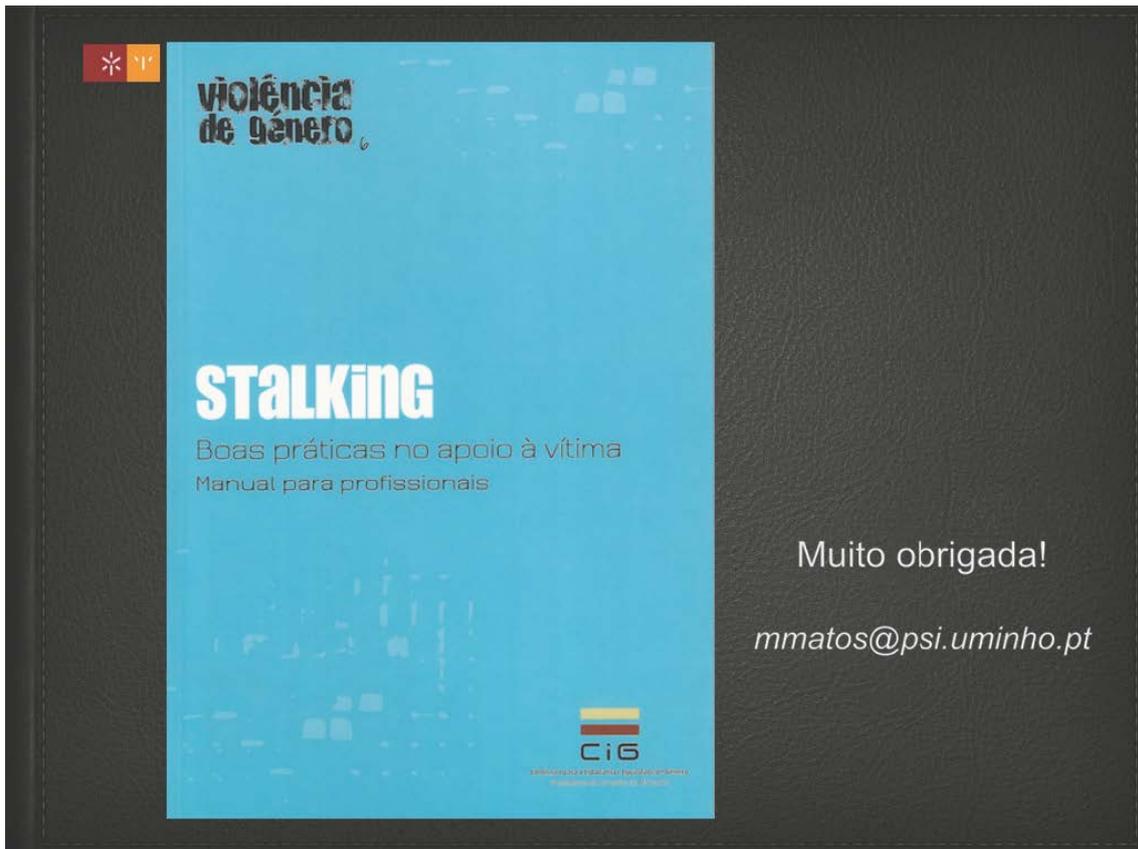
Stalker cortejador inadequado

Stalker predador

Stalking:

Desafios da Convenção de Istambul

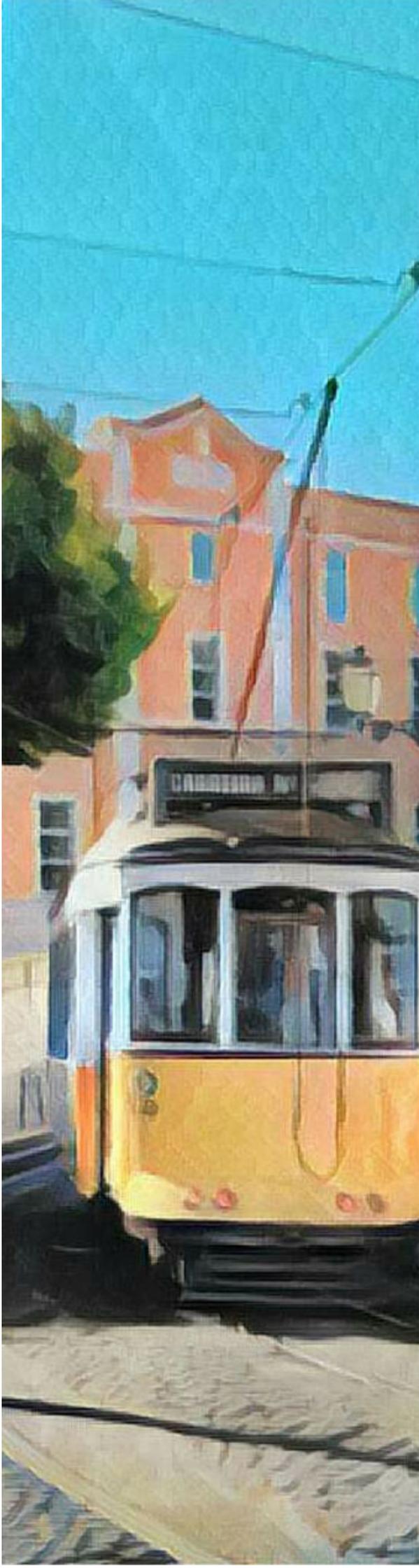
- Prevenção e combate: Criminalização



Vídeo da apresentação

The image shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed. Below it, contact information is provided: 'Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt'. A black banner across the top of the video frame contains the following text: 'Temas de Direito Penal e Processual Penal', 'Marlene Matos, Professora Auxiliar no Departamento de Psicologia da Universidade do Minho. Investiga: Stalking', and 'Montepio - Auditório 27.2.2015 10:00'. The video content shows a woman with dark hair, wearing a white patterned top, speaking at a podium. The podium has a microphone and a small sign that says 'Lisboa'. In the background, the logos for 'DATAJURIS' and 'JUSTIÇA 7A' are visible. An orange banner at the bottom of the video frame reads: 'Temas de Direito Penal e Processual Penal IV' and 'Organização: Centro de Estudos Judiciários'. The video player controls at the bottom show a play button, a progress bar at 00:00:12, a total duration of 00:51:50, and various control icons. At the bottom left, the logos for 'FCT' (Fundação para a Ciência e a Tecnologia) and 'FCCN' (Centro de Estudos Judiciários) are shown. The website 'www.fccn.pt' is displayed at the bottom right.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1nrjqcffku/flash.html>



3. Bullying entre pares: a Ecologia da violência

**Margarida Gaspar
de Matos**

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

BULLYING ENTRE PARES: A ECOLOGIA DA VIOLÊNCIA¹**Margarida Gaspar de Matos^{*♦}**

Introdução;
 Estudo Health Behaviour in School-aged children (HBSC/OMS);
 Resposta escolar ao *bullying*/provocação entre pares na escola;
 Programa de Promoção de Competências Pessoais e Sociais (PPCPS) na prevenção da violência entre jovens;
 Prevenção da violência nas escolas portuguesas, numa perspectiva de Educação para a Saúde;
 Cinco passos para prevenir a violência (nas Escolas);
 Cinco passos para manter a Escola sem violência;
 Referências bibliográficas;
 Tabelas síntese das percentagens referentes à provocação, vitimização e lutas.

Introdução

O conceito de *bullying/provocação* caracteriza um tipo particular de violência ou de agressão na escola, que ocorre entre pares e foi inicialmente cunhado por um investigador norueguês chamado Olweus (Olweus, 1991, 1994). Tem a ver com dinâmicas de exclusão social, de discriminação, de dificuldade na resolução verbal de conflitos e de um modo inadequado (violento) de lidar com a ansiedade e com a frustração. Está muito ligado ao (in)sucesso escolar, à (in)adaptação escolar, às dificuldades de comunicação interpessoal, às dificuldades de gestão de conflitos, às dificuldades de auto-controlo e à percepção do meio escolar como permissivo ou negligente em matéria de violência (Matos, 2005; Harel *et al*, 2011).

Se os amigos são uma fonte inestimável de capital social na infância e na adolescência, justamente neste período algumas relações interpessoais com o grupo de pares são marcadas por um aspecto conflituoso que, ao invés de as colocar ao nível da protecção do bem-estar, as coloca como um risco para a saúde e bem-estar pessoal e relacional.

Na escola, a maior parte dos agressores e das vítimas são rapazes (Matos *et al*, 2001; 2003; 2006; 2012; 2015) apresentam um baixo rendimento escolar e uma atitude e envolvimento escolar negativos, apresentam dificuldades de auto-controlo e um grande envolvimento em conflitos. Os alunos mais novos são mais frequentemente vítimas sendo que com a idade a frequência do *bullying* diminui. Por vezes, verifica-se um “duplo envolvimento”, isto é a adopção de um papel de agressor ou um papel de vítima consoante a situação.

¹ Texto que serviu de base à participação do autor no Curso de Especialização “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, com o tema “Bullying entre pares: A Ecologia da violência”, realizada no CEJ, no dia 27 de fevereiro de 2015.

* Professora Catedrática da Faculdade de Motricidade Humana da Universidade de Lisboa.

♦ & Equipa do Projecto Aventura Social

Uma das questões que se tem mais recentemente procurado compreender é de que modo se podem identificar e ajudar alunos que, apesar de não directamente envolvidos em actos de provocação, possam ter um papel de relevo na gestão desses conflitos. Alguns adolescentes, os denominados “*bystanders*” (observadores) por exemplo, presenciam os acontecimentos adoptando uma posição passiva. Outros alunos podem tomar uma posição activa (defensores) tentando ajudar as vítimas, e outros ainda, pelo contrário, tentam incentivar os agressores (incentivadores) (Olweus, 2003; Samivalli, 2001; Samivalli *et al*, 2011).

A literatura identificou ainda dois tipos de perfis de vítimas da agressão pelos pares.

As vítimas passivas, que constituem o tipo mais comum, tendem a ser inibidas, submissas ou não assertivas (Olweus, 1993). Estes alunos são alvos fáceis já que não têm tendência a retaliar, apresentando, além disso, reacções emocionais muito negativas em resposta aos actos agressivos, reforçando assim o comportamento dos agressores e aumentando a probabilidade de ocorrências futuras. Pelo contrário, as vítimas agressivas têm tendência a reagir, evidenciando fracas competências de controlo dos impulsos, envolvendo-se frequentemente em actos violentos.

As vítimas passivas não provocam os seus colegas, não gostam de violência, têm tendência a ser mais fracos que outros colegas, reagem chorando ou ficando tristes. As vítimas provocadoras têm normalmente uma deficiência na aprendizagem e falta de competências sociais, que os tornam insensíveis a outros alunos, têm tendência a ser trocistas e a aborrecer os companheiros até que alguém lhes dê resposta ou que seja agressivo (Harris *et al*, 2002).

Embora estes perfis sejam diferentes, as vítimas partilham, no entanto, de défices em competências pessoais e sociais dos quais resultam sentimentos de solidão (Olweus, 1991; 2003; Matos, 2005; Matos *et al*, 2012).

O *bullying* é por definição um comportamento agressivo e implica um desequilíbrio de forças entre o provocador e a sua vítima, uma intenção de fazer mal, tem um carácter repetitivo e passa-se num contexto muito específico - a escola.

O *bullying/provocação* pode ser conduzido por um indivíduo - o provocador - ou por um grupo e o alvo do *bullying/provocação* pode também ser um indivíduo - a vítima - ou um grupo. Quem se envolve simultaneamente como provocador e como vítima é designado por vítima-provocadora (duplo envolvimento).

Os comportamentos incluídos na categoria “*bullying/provocação*” são muito diversos, uma vez que abrangem comportamentos ligados a acções físicas, verbais, psicológicas e sexuais.

Considera-se que existem três tipos principais de *bullying*, nomeadamente o físico ou directo, o psicológico e o indirecto. O primeiro abrange comportamentos como bater,

pontapear, empurrar, roubar, ameaçar, brincar de uma forma rude e intimidatória e usar armas. O segundo refere-se a chamar nomes, arreliar ou pegar com alguém, ser sarcástico, insultuoso ou injurioso, fazer caretas e ameaçar. Por fim, o terceiro e que é o mais dissimulado inclui excluir ou rejeitar alguém de um grupo (Bullock, 2002). Geralmente os agressores são fortes e tem idade superior à média do grupo, apresentam dificuldades de auto-controlo e um grande envolvimento em conflitos. No entanto, apresentam uma auto-estima mais elevada e uma rede de relações interpessoais mais alargada do que as vítimas. A maior parte dos agressores são do género masculino. A maior parte das vítimas são do género feminino e mais jovens (Craig *et al* 2009), estando demonstrada a influência do estatuto socio-económico no risco de vitimização (Due *et al* 2009). Os comportamentos de *bullying* apresentam uma tendência para diminuir com a idade.

Quando estudadas as semelhanças entre agressores, vítimas (passivas e provocadoras) e observadores passivos, os estudos demonstram de forma consistente a existência de défice de aptidões sociais e, no caso de agressores e vítimas, menor rendimento académico, envolvimento escolar negativo, menor percepção de segurança e menor compromisso no contexto escolar (Matos *et al* 2014). No entanto, são várias as características que os distinguem.

Os agressores apresentam dificuldades no controlo dos impulsos, resolução de problemas e negociação de conflitos, falta de empatia e mais comportamentos de risco e outros problemas de comportamento. Já os observadores passivos apresentam maior medo e vulnerabilidade à vitimização, maior medo de associação ao agressor e atitudes mais negativas face às vítimas, bem como sentimentos de culpa por não as defender. Neste processo, o papel desempenhado pelos observadores proactivos é fundamental para a prevenção desta problemática uma vez que estes intervêm diretamente, desencorajando os comportamentos do agressor, defendendo a vítima e/ou procurando ajuda junto dos pares e/ou adultos (Matos *et al.* 2012; Simões & Carvalho, 2009).

Independentemente da forma, as situações de *bullying* envolvem, para além dos agressores e das vítimas, os observadores que assistem ou ouvem falar, mas não participam, ou participam indiretamente, tomando o partido da vítima ou incentivando o agressor (Salmivalli, *et al*, 2011; Simões *et al*, 2009).

Em Portugal, os resultados obtidos pelo estudo colaborativo da OMS, *Health Behaviour in School Age Children* (HBSC) ao longo de um período de oito anos demonstraram, desde 2002, uma diminuição dos comportamentos de vitimização e vitimização provocativa (Matos *et al*, 2012), um padrão semelhante ao de outros países Europeus (Molcho *et al* 2009).

Nos vários países que realizam o estudo HBSC, é constante um padrão de afastamento em relação à escola nos jovens que se envolvem em acções de provocação (Harel *et al*, 2011).

Uma forma mais recente de violência entre pares é o cyberbullying, em que a vitimização dos jovens é feita através de intimidação, hostilização, difamação, insulto e ataques pessoais,

entre outros, através dos telemóveis ou da internet, por emails, mensagens de texto ou outros meios digitais (Matos *et al.*, 2012; Matos & Ferreira, 2013). A utilização da internet como forma de violência entre pares é, em parte, similar às formas de *bullying* observáveis ao vivo mas apresenta características únicas que envolvem a utilização de tecnologias para intimidar outras pessoas em circunstâncias em que o agressor nem sempre é conhecido e o número de observadores pode ser significativamente superior (Matos *et al.*, 2012; Matos & Sampaio, 2009).

O cyberbullying é mais frequente entre adolescentes com cerca de 6% dos jovens com idades compreendidas entre os 9 e os 16 anos a relatar que receberam mensagens online com conteúdo ameaçador (cerca de 3% enviaram mensagens com esses conteúdos a outros jovens) (Livingstone *et al.* 2011; Ponte, 2012).

O Estudo HBSC mostra uma diminuição do cyberbullying entre 2010 e 2014. Em 2010, as formas de cyberbullying mais frequentes eram o Messenger (72,1%), sms/mms (58,1%), redes sociais (54%) e telemóvel (54%). Em 2014, envolveram mensagens nos diferentes meios tecnológicos (ex: facebook, email, sms) (9,5%) e fotografias colocadas sem permissão (5,8%) (Matos *et al.*, 2012; Matos & Ferreira, 2013).

Estudo Health Behaviour in School-aged children (HBSC/OMS)

O HBSC/OMS (*Health Behaviour in School-aged Children*) é um estudo colaborativo da Organização Mundial de Saúde, que pretende investigar os estilos de vida dos adolescentes e os seus comportamentos nos vários cenários das suas vidas. É uma investigação periódica (levada a cabo de quatro em quatro anos), sobre comportamentos de saúde em meio escolar. Neste momento conta com 44 países entre os quais Portugal, integrado desde 1996 e membro associado desde 1998. Os seus principais objectivos são uma nova e aprofundada compreensão dos comportamentos de saúde dos adolescentes, estilos de vida e contextos sociais.

Portugal realizou um primeiro estudo nacional em 1998 (Matos *et al.*, 2001) e realizou em 2014 o seu quinto estudo, com todos os relatórios disponíveis em www.aventurasocial.com.

O estudo abrange alunos do 2º e 3º ciclos, nomeadamente do 6º, 8º e 10º anos, com idades médias de referência de 11, 13 e 15 anos respectivamente. As edições em que Portugal esteve envolvido ocorreram nos anos de 1998, 2002, 2006, 2010 e mais recentemente em 2014 (Matos *et al.*, 2001, 2003, 2006, 2012, 2015).

O questionário internacional, para o estudo HBSC foi desenvolvido através de uma investigação cooperativa entre os investigadores dos países. Como é habitual neste tipo de estudo internacional, os países membros do HBSC têm de respeitar um protocolo de pesquisa e procedimentos (Currie *et al.*, 2000; 2001; 2004).

Em termos gerais, seguindo com este protocolo, a amostra portuguesa é constituída de forma aleatória e tem representatividade nacional para os jovens que frequentam o 6º, 8º e 10º anos de escolaridade, no ensino oficial. A unidade de análise é a “turma” e os questionários foram preenchidos na sala de aula, sendo de preenchimento anónimo e voluntário. A recolha de dados nos primeiros estudos foi realizada através de um questionário, distribuído pelos Correios. Em 2014 o preenchimento foi *online*. Os questionários foram aplicados à turma na sala de aula, de modo anónimo e em regime voluntário. Foi obtido o consentimento das Direcções Regionais, da Direcção da Escola, das Comissões de Pais e, em algumas escolas, o consentimento activo e individual dos pais. O estudo foi submetido e obteve parecer da Comissão Nacional de Protecção de Dados e da Comissão de Ética do Hospital de S. João e foi sujeito à avaliação de especialistas, do painel de consultores do projecto Aventura Social (www.aventurasocial.com).

HSBC/OMS em 1998

O Estudo HBSC realizado a nível nacional em 1998 relata, referindo-se a alunos do 6º, 8º e 10º anos de escolaridade, que 25.7% estiveram envolvidos com regularidade (duas ou mais vezes por mês, nos últimos dois meses) em comportamentos de *bullying/provocação* na escola, 5.8% com duplo envolvimento (ao mesmo tempo ofensores e vítimas) e 6,3% como “apenas” ofensores e 13.6% como “apenas” vítimas. Dos alunos estudados, 5.5% envolveram-se em actos de provocação de modo mais intenso (mais do que duas vezes por semana, nos últimos dois meses), 1,6% como provocador e 3,9% como vítima.

Este comportamento foi mais frequente nos rapazes e, tomando o nível de escolaridade como proxy da idade, diminuiu com a idade, ao longo da adolescência.

HSBC/OMS em 2002

O Estudo HBSC realizado a nível nacional em 2002 relata, referindo-se a alunos do 6º, 8º e 10º anos de escolaridade, que 23.2 % estiveram envolvidos com regularidade (duas ou mais vezes por mês, nos últimos dois meses) em comportamentos de *bullying/provocação* na escola, 5,7% com duplo envolvimento (ofensores e vítimas em simultâneo), 4,7% como “apenas” ofensores e 12,8% como “apenas” vítimas.

Dos alunos estudados, 11,7% envolveram-se em actos de provocação de modo mais intenso (mais de 2 vezes por semana, nos últimos dois meses) 4% como provocador, e 7,7% como vítima mais de duas vezes por semana.

Este comportamento foi mais frequente nos rapazes e, tomando o nível de escolaridade como proxy da idade, diminuiu com a idade, ao longo da adolescência.

Os tipos de *bullying* mais frequentes nos adolescentes envolvidos em actos de provocação foram o gozo, o insulto e a troça (26,1%), os comentários ou gestos ordinários, e/ou piadas sexuais (14,3%), a exclusão intencional social ou de actividades (13,1%).

HSBC/OMS em 2006

O Estudo HBSC realizado a nível nacional em 2006 relata, referindo-se a alunos do 6º, 8º e 10º anos de escolaridade, que 20.6 % estiveram envolvidos com regularidade (duas ou mais vezes por mês, nos últimos dois meses) em comportamentos de *bullying/provocação* na escola, 4,9% com duplo envolvimento (ofensores e vítimas), 6,3% como ofensores e 9,4% como vítimas.

Dos alunos estudados, 7.6 % envolveram-se em actos de provocação de modo mais intenso (mais de 2 vezes por semana, nos últimos dois meses), 3% como provocador e 4,6% como vítima.

Este comportamento continua, como já em 1998 e 2002, mais frequente nos rapazes e, tomando o nível de escolaridade como *proxy* da idade, diminui com a idade ao longo da adolescência.

Desde 1998 o envolvimento regular em actos de provocação (duas vezes ou mais por mês, nos últimos dois meses) tem vindo a diminuir de modo sistemático, tendo mais peso a diminuição de alunos vítimas de provocação regular (duas ou mais vezes por mês nos últimos dois meses).

A provocação intensa (mais de duas vezes por semana, nos últimos dois meses) diminui de 2002 para 2006, invertendo assim a trajectória crescente de 1998 para 2002., tendo também aqui mais peso a diminuição do número de alunos vítimas de provocação.

HSBC/OMS em 2010

O Estudo HBSC realizado a nível nacional em 2010 relata, referindo-se a alunos do 6º, 8º e 10º anos de escolaridade, que 20,4% com duplo envolvimento (ofensores e vítimas pelo menos uma vez nos últimos dois meses) em comportamentos de *bullying/provocação* na escola, 11,4% como ofensores e 16,3% como vítimas (Matos *et al.*, 2012).

Dos alunos estudados, 7,3 % envolveram-se em actos de provocação de modo mais intenso, (mais de 2 vezes por semana, nos últimos dois meses) 2,7% como provocador e 4,6% como vítima.

Este comportamento continua, como já desde 1998, mais frequente nos rapazes e, tomando o nível de escolaridade como *proxy* da idade, diminui com a idade ao longo da adolescência.

HSBC/OMS em 2014

O Estudo HBSC realizado a nível nacional em 2014 relata, referindo-se a alunos do 6º, 8º e 10º anos de escolaridade, 21,8% com duplo envolvimento (ofensores e vítimas pelo menos uma vez, nos últimos dois meses) em comportamentos de *bullying/provocação* na escola, 9,1% como ofensores e 16,9% como vítimas (Matos *et al.*, 2015).

Dos alunos estudados, 7,3 % envolveram-se em actos de provocação de modo mais intenso, (mais de 2 vezes por semana, nos últimos dois meses) 2,6% como provocador e 4,7% como vítima.

Este comportamento continua, como já desde 1998, mais frequente nos rapazes e, tomando o nível de escolaridade como *proxy* da idade, diminui com a idade ao longo da adolescência.

Estudos de investigação aprofundados (I)

Num estudo realizado com os dados do estudo HBSC de 2002 (Matos & Gonçalves, 2009) tendo por objectivo a análise da associação entre uma série de diferentes tipos de comportamentos de *bullying* (enquanto provocado e provocador) e algumas variáveis predictoras, variáveis comportamentais (consumo de álcool, drogas e porte de armas) e cognitivas/percepções (percepção de satisfação com a vida e percepção de segurança na escola), foram analisados sete comportamentos de *bullying*: insulto, exclusão, violência física, boato, racismo, segregação religiosa e piadas sexuais, tanto na perspectiva do agressor (provocador) como do do agredido (provocado) e foram seleccionadas algumas variáveis, especificamente, o consumo de tabaco e de álcool, o porte de arma, a percepção de segurança da escola e a satisfação com a vida, com o intuito de estudar as suas relações e o seu poder preditivo face aos comportamentos

Os alunos relatam que são provocados com maior frequência através dos seguintes comportamentos de *bullying*: insulto, boatos e piadas sexuais. Os alunos mencionam que provocam os colegas especialmente insultando-os, dizendo piadas sexuais e deixando-os de fora das actividades.

Globalmente, os alunos desta amostra consomem tabaco e álcool raramente. Referem ter andado com algum tipo de arma durante alguns dias do último mês. Tendem a considerar a escola medianamente segura e estão satisfeitos com a vida.

A percepção da segurança existente na escola e o porte de armas são variáveis que estão associadas de forma positiva e significativa com todos os tipos de *bullying* exercidos e sentidos. Por sua vez, a satisfação com a vida está associada negativa e significativamente com todos os tipos de *bullying*.

O consumo de álcool e tabaco está associado positiva e significativamente com todos os comportamentos de *bullying* exceptuando os comportamentos sentidos pelas vítimas como insultuosos (“chamar nomes”).

Diferentes tipos de comportamento de *bullying* têm diferentes preditores, sendo de salientar o papel preditor do consumo de álcool, do porte de armas, a percepção de segurança na escola na maioria dos tipos de comportamento de *bullying* sentido e exercido (vítimas e agressores).

Em síntese e de acordo com os resultados deste estudo, os alunos sentem-se provocados e dizem que provocam de diferentes formas, e referem que são provocados e provocam com mais frequência através de insultos verbais, boatos e piadas sexuais e exclusão (Bullock, 2002).

É importante realçar a relação encontrada entre a percepção de segurança da escola, o porte de armas e a satisfação com a vida e os comportamentos de *bullying*. Quanto mais os alunos percebem a escola como sendo insegura, mais relatam ser vítimas de *bullying* e mais referem incomodar os colegas. O mesmo padrão é verificado com o porte de armas.

Por sua vez, quanto mais insatisfeitos os alunos estão com a sua vida, mais se sentem provocados e mais provocam. Um maior consumo de álcool e de tabaco está associado com uma maior violência sentida e exercida (vítimas e provocadores).

Os resultados deste estudo traduzem-se em linhas práticas de intervenção com o problema do *bullying*, a salientar a importância de que os alunos percebam segurança nas escolas, evitar o porte de armas e contribuir para a satisfação dos alunos. Uma afirmação frequentemente referida é que a violência está associada a um estatuto social mais desfavorecido ou à pertença a um grupo étnico. O estudo HBSC, sendo um estudo abrangente sobre os comportamentos de saúde dos jovens, não é o estudo ideal para estudar factores socio-económico, que necessitam de avaliação concomitante de variáveis relativas à escolaridade, ao trabalho e ao rendimento de ambos os progenitores, face ao custo de vida. Por outro lado é igualmente difícil identificar a etnia e estes dois factores muitas vezes aparecem confundidos.

No entanto, estudos anteriores (Matos, et al 2004) utilizando o mesmo instrumento em zonas com elevada concentração de pobreza e migração, apontam que, nessas zonas as maiores diferenças não têm a ver com a violência mas com a percepção de tristeza, desesperança e isolamento.

Seria por outro lado fundamental compreender o contexto escolar em que estes fenómenos ocorrem, identificando factores ambientais que possam preveni-los ou agravá-los (atitudes dos professores, atitudes dos funcionários não docentes, formação de professores e funcionários, debate destes temas nos *currícula* escolares, organização da escola do ponto de vista dos espaços livre, por exemplo).

De considerar ainda que, embora não perdendo de vista a relevância do fenómeno, (não somente pelos danos em termos da saúde mental dos adolescentes, mas também em termos da sua potencial intromissão no sucesso educativo), a violência na escola reflecte a

violência da sociedade civil envolvente, pelo que desde há muito se preconiza uma acção precoce na família e nas estruturas comunitárias (Juntas de Freguesia, centros de jovens).

Estudos de investigação aprofundados (II)

Outro estudo (Matos, 2010) debruçou-se sobre os comportamentos de violência em alunos de escolas públicas em Portugal e identificou e caracterizou grupos em função do tipo e do seu maior ou menor envolvimento em comportamentos violentos. Foram utilizados os dados provenientes da Base de Dados Portuguesa da HBSC, Health Behaviour in School-Aged Children (HBSC). A amostra (representativa nacional) foi constituída por 11008 adolescentes do 6.º, 8.º e 10.º ano (idade média = 14 anos, DP 1,9) de onde 50.4% raparigas, que responderam a um questionário relativo a uma série de comportamentos, crenças e atitudes no âmbito da saúde. Esta amostra engloba dois estudos HBSC em 2002 e 2006.

Após standardização das variáveis relativas à violência foram formados três grupos correspondentes às seguintes ocorrências de violência interpessoal: *sem envolvimento*, *envolvimento sem uso de armas* e *envolvimento com uso de armas*. De 2002 para 2006 aumentou significativamente o número de alunos sem envolvimento em situações de violência. As raparigas e os alunos mais velhos envolvem-se menos em situações de violência. Verificam-se diferenças regionais e mesmo a um nível “escola” identificando-se escolas que se distinguem pela ausência de violência e outras pela sua abundância.

Considerando um gradiente desde “sem envolvimento”, passando por “envolvimento sem uso de arma”, até “envolvimento com porte de arma”, verifica-se uma regularidade de crescente de violência associada ao consumo de substâncias, saídas à noite com os amigos, falta de gosto pela escola, faltas à escola, má relação com os professores, distância na comunicação com os pais, mau ambiente na zona de morada. No entanto, no que respeita à percepção de sintomas físicos e psicológicos, tanto o caso de não envolvimento, como o de envolvimento com porte de arma parecem mais associadas a uma boa percepção de saúde.

Tudo se passa como se a posse de arma aparecesse, em alunos com prévios antecedentes de convívio com situações de violência, como um agente securizante.

Por outro lado os resultados sugerem que há escolas que actuam como se favorecessem a ocorrência de comportamentos de violência e onde estes são (a nível nacional) significativamente mais frequentes (16% das incluídas) ao passo que em 13% das escolas a ocorrência de problemas é significativamente menor. As implicações preventivas deste facto são discutidas, nomeadamente a necessidade de formas alternativas de ajuda aos alunos para lidar com a violência entre pares, sem recurso à aprendizagem da própria violência ou ao porte de arma de defesa e a necessidade de incluir os alunos como parte activa, em todas as fases do processo de intervenção.

Estudos de investigação aprofundados (III)

Com o objectivo de perceber o impacto de determinados factores no envolvimento em situações de *bullying* desenvolveu-se um modelo explicativo (Simões et al, 2011). De acordo com este modelo, os principais contextos de vida (família, amigos, colegas e professores) estão relacionados com o *bullying* através do seu impacto na satisfação com a escola e nos sintomas físicos e psicológicos. Este modelo foi testado para três diferentes amostras: vítimas puras (que engloba sujeitos com diferentes níveis de envolvimento no *bullying* como vítimas mas sem qualquer envolvimento como provocadores); provocadores puros (sujeitos com diferentes níveis de envolvimento como provocadores mas sem qualquer envolvimento como vítimas); duplo envolvimento (sujeitos com diferentes níveis de envolvimento em situações de *bullying* como vítimas e como provocadores). Foram utilizados os dados portugueses do estudo HBSC cuja amostra foi já descrita.

De um modo geral, na análise dos 3 modelos em estudo foi possível verificar que a satisfação com a escola surge como factor de protecção dado o seu impacto negativo no *bullying*, enquanto que os sintomas físicos e psicológicos parecem constituir um factor de risco dado o seu impacto positivo nos comportamentos de vitimização, provocação e duplo envolvimento. A satisfação com a escola apresentou um maior impacto ao nível da provocação, enquanto que os sintomas físicos e psicológicos apresentaram um maior impacto ao nível da vitimização e duplo envolvimento. Os colegas surgiram como elementos chave neste âmbito dado que constituíram o factor com mais impacto ao nível dos sintomas físicos e psicológicos e um dos factores mais importantes ao nível da satisfação com a escola. Quer os colegas, quer os professores surgiram como um factor protector para o envolvimento em situações de *bullying* através do seu impacto negativo nos sintomas físicos e psicológicos e especialmente através do seu impacto positivo na satisfação com a escola.

Analisando as convergências e divergências entre os 3 perfis foi possível verificar que os colegas e os professores são os elementos chave na satisfação com a escola. Para os 3 perfis, os professores foram o factor com maior impacto na satisfação com a escola. Para os sintomas físicos e psicológicos o cenário foi diferente. Os professores surgiram novamente como um elemento importante, mas neste campo destacaram-se a família e os colegas. Estes 3 factores (professores, colegas e família) apresentaram um impacto negativo nos sintomas físicos e psicológicos revelando-se assim como factor de protecção para este tipo de indicadores de mal-estar. No entanto, para os provocadores e para os sujeitos com duplo envolvimento apenas a família e os colegas apresentaram este efeito protector.

Analisando o impacto directo da satisfação com a escola e dos sintomas físicos e psicológicos nestes 3 diferentes perfis de envolvimento em situações de *bullying* verificou-se que a satisfação com a escola não apresentou um impacto significativo na vitimização. Para este perfil apenas os sintomas físicos e psicológicos apresentaram um impacto significativo.

Uma estrutura diferente foi obtida para os provocadores e para os sujeitos com duplo envolvimento. Para este dois perfis, os dois preditores em estudo apresentaram um impacto significativo. O impacto dos sintomas físicos e psicológicos foi positivos para estes

dois perfis, tal como no caso da vitimização, mas teve maior expressão no caso dos sujeitos com duplo envolvimento. A satisfação com a escola apresentou um impacto negativo, tal como esperado, mas com maior expressão na provocação comparativamente com o duplo envolvimento. Parece assim que a satisfação com a escola tem mais impacto na provocação, enquanto que os sintomas físicos e psicológicos têm um maior impacto na vitimização e no duplo envolvimento. Estes resultados permitem afirmar que as determinantes do *bullying* diferem no tipo ou no grau de impacto que apresentam nestes comportamentos.

A satisfação com a escola parece ser mais importante para a provocação e para o duplo envolvimento e, por seu turno, os professores e os colegas são o factor mais importante para a satisfação com a escola. Os sintomas físicos e psicológicos parecem ser um factor de risco para os 3 perfis e a família e os colegas aparecem como o factor protector mais importante.

Finalmente, é importante salientar que os factores em análise apenas explicam uma pequena percentagem de variância do *bullying*, o que revela a complexidade do fenómeno e consequentemente a necessidade de incluir nestes modelos outras variáveis determinantes destes processos.

Resposta escolar ao *bullying*/provocação entre pares na escola

São necessários para uma política anti-*bullying* (Mellor,1990), três pré-requisitos básicos:

- Identificação – reconhecimento que o problema possa existir,
- Abertura – clima onde o *bullying/provocação* possa ser discutido, e
- Controlo – pais, professores e alunos devem estar envolvidos na política anti-*bullying*.

De salientar que os pais têm um papel muito importante na redução e prevenção do *bullying/provocação*, na medida em que a experiência da criança antes de entrar na escola vai influenciar fortemente as estratégias que ela usa nas relações sociais, e no contexto escolar (Matos, 2005; Matos et al, 2012; Matos, 2015b). Diversos sintomas, como cefaleias, dores de barriga, tristeza, enurese nocturna, dificuldades em adormecer, perda de apetite, diminuição do rendimento escolar, ou frequente "extravio" do dinheiro podem ajudar os pais a identificar situações em que os seus filhos estão a ser vítimas de provocação pelos pares.

Olweus (1991, 1993, 1994) recomenda que o foco da intervenção se centre em diferentes níveis:

- Escola (melhor supervisão);

- Turma (regras contra o *bullying/provocação*);
- Indivíduo (apoio individualizado a vítimas e provocadores no sentido de promover as suas competências sociais e comportamentos interpessoais alternativos à violência);
- Família (ajuda aos pais para reconhecer os sinais de uma situação de provocação e ajudar o filho, quer seja provocador ou vítima, sem oscilar entre a negligência e a superprotecção, ambos comportamentos potencialmente agravadores do *bullying/provocação*).

Existem programas de mediação de pares que visam envolver os estudantes na resolução dos seus próprios conflitos. Entre as competências ensinadas nesses programas incluem-se a escuta activa, o trabalho de equipa, a procura de uma solução pacífica, a utilização do humor quando lidam com os provocadores e a cordialidade/empatia. Muitos autores sublinham esta necessidade de envolvimento dos alunos na solução dos seus próprios problemas como único modo de se obter alterações positivas e sustentadas, continuadas no tempo, tendo como objectivo final a modificação do ambiente escolar, a sensação de segurança, pertença e bem-estar interpessoal. Por outro lado, as estratégias de intervenção no *bullying/provocação* parecem ter maior sucesso entre os rapazes do que entre as raparigas (Salmon et al., 1998).

Os programas de intervenção e prevenção devem ser efectuados o mais precocemente possível, desta forma o tratamento poderá ser mais eficaz.

A intervenção deverá ser efectuada em contexto familiar e escolar, contextos que podem influenciar a conduta da criança, principalmente se a coesão familiar for fraca e se os jovens se associarem a grupos desviantes na escola:

- Avaliação do problema na própria escola.
- Identificação das actividades de *bullying/provocação*.
- Regulamentos escolares com regras claras para os alunos, utilizando sanções não-hostis e não-físicas.
- Envolvimento e apoio aos pais.
- Abertura de canais de comunicação entre os pais e os educadores.
- Ajuda a professores, alunos e outros e agentes educativos a identificar os estudantes em maior risco de envolvimento em comportamentos de *bullying/provocação*.
- Registo de incidentes de *bullying/provocação*.

- Estímulo ao envolvimento de alunos e professores na avaliação do sucesso da escola em lidar com os problemas associados ao *bullying*/provocação.

Os programas de prevenção devem incluir a promoção de um capital social (família e grupo social) promovendo a inclusão social, o acesso a espaços alternativos, protegidos e o desenvolvimento de materiais e estruturas de educação e lazer.

A preocupação com a qualidade da programação do fim-de-semana nas escolas é uma marca inovadora que pode contribuir para uma reversão das desigualdades e situações de vulnerabilidade social envolvendo os jovens, os pais e a comunidade (Abramovay & Pinheiro, 2003).

A violência na escola causa danos à saúde mental aumentando a ansiedade e o medo, conduzindo ao desenvolvimento de percepções de vulnerabilidade e desesperança. Um programa de intervenção eficaz deverá promover uma saúde mental positiva, nomeadamente, promovendo uma percepção positiva de bem-estar, recursos individuais, competências de auto-regulação, de descentração e de solução de problemas, capacidade de iniciar, desenvolver e manter relações interpessoais mutuamente satisfatórias, de lidar com a adversidade e de procurar apoio nos pares, adultos e instituições sociais sobre temas relacionados com a violência.

Programa de Promoção de Competências Pessoais e Sociais (PPCPS) na prevenção da violência entre jovens

O Programa de Promoção de Competências Pessoais e Sociais (Matos, 1998, 2005; Matos et al, 2012; Matos & Tomé, 2012) tem como objectivo *“ajudar as crianças e adolescentes a desenvolver capacidades pessoais e relacionais, permitindo a cada individuo reflectir sobre o modo de se relacionar com os outros, encontrando alternativas adequadas a cada situação”*.

No PPCPS pretende-se desenvolver competências que promovam a inserção social, a harmonia, e a cooperação com os outros. O programa visa ainda permitir às crianças e jovens melhor conhecer o seu próprio corpo, e as suas capacidades de relacionamento com os outros, competências que se afiguram cada vez mais importantes numa sociedade progressivamente mais exigente e competitiva.

O PPCPS é definido por cinco conteúdos estruturais:

- A comunicação interpessoal verbal e não verbal;
- A identificação e gestão/regulação de emoções;
- A identificação e solução de problemas e gestão de conflitos;

- A promoção de competências sociais e da assertividade; e
- As expectativas positivas face ao futuro.

Objectivos do programa:

- a) Desenvolvimento de competências pessoais e sociais nos jovens como forma prevenção de comportamentos desajustados;
- b) Desenvolvimento de competências de comunicação interpessoal, da resolução de problemas e gestão de conflitos, da assertividade e da gestão/regulação de emoções;
- c) Desenvolvimento de competências de relação interpessoal;
- d) Desenvolvimento de competências de trabalho e apoio de pares entre os jovens;
- e) Desenvolvimento de expectativas face ao futuro.

Prevenção da violência nas escolas portuguesas, numa perspectiva de Educação para a Saúde

A violência em meio escolar foi uma das áreas prioritárias definidas pelo grupo de trabalho criado no âmbito do Ministério da Educação (GTES, 2005, 2007) e foi de abordagem obrigatória em sessões curriculares e extracurriculares até muito recentemente, no decurso da extinção das Áreas Curriculares Não Disciplinares (ACND). Uma abordagem transversal a todos os conteúdos ministrados do 1º ano ao 12º ano de escolaridade foi recomendada. Ficou por incluir o ensino superior, nesta fase. O ensino pré-escolar foi abrangido indirectamente, em todas as escolas deste nível de ensino incluídas em agrupamentos e seria completamente abrangido na nossa organização vertical de escolas em agrupamentos, não fora a extinção das ACND.

Na sequência do trabalho do GTES foi assinado um protocolo entre o Ministério da Educação e da Saúde, definindo actores e responsabilidades. Posteriormente, dando forma legal à sua implementação nas escolas, foi publicado um despacho onde se define a violência como uma das áreas prioritárias na intervenção em meio escolar em matéria de saúde (a par com o consumo de substâncias, a educação sexual e a alimentação/actividade física). O referido despacho reafirma ainda a obrigação da educação para a saúde e responsabiliza a escola pela sua implementação, prescrevendo medidas como, por exemplo, a existência de um professor coordenador da área por escola, a existência de um gabinete de apoio ao alunos na escola, a revitalização da transversalidade, a utilização das áreas curriculares não disciplinares. Mais recentemente a Lei 60/2009 - 6 de Agosto de 2009 robustece a possibilidade de acções sustentadas a nível da promoção da saúde nas escolas, sendo um dos focos principais a prevenção da violência e a promoção de relações interpessoais gratificantes, de tal modo que foi publicado pela DGIDC um referencial sobre a violência (Matos et al, 2010). Com a extinção das ACND este processo de educação para

a saúde nas escolas ficou seriamente comprometido, embora no estudo HBSC de 2014 o agravamento das condições dos alunos em termos de comportamentos de risco, violência e saúde física não se tenha (ainda?) feito sentir, salienta-se no entanto um agravamento alarmante da situação no que diz respeito à saúde mental e bem estar, com aumento de mal estar psicológico, percepção de tristeza, irritabilidade, nervosismo, desesperança e ainda de comportamentos auto-lesivos (Matos et al, 2015).

A implementação deste programa nas escolas portuguesas foi alvo de uma avaliação (GTES, 2007) e foi considerada uma boa prática a nível europeu (Matos et al, 2013b) Em abordagens anteriores (Simões, 2007; Simões et al, 2013; Matos, 2008; Matos et al, 2013) apresentaram-se quatro aspectos importantes no campo da prevenção dos comportamentos de risco na adolescência: (1) intervenção precoce, (2) promoção de factores de protecção dos comportamentos de risco e alternativas a estes mesmos comportamentos; (3) envolvimento dos elementos de referência dos principais contextos de vida; e (4) planeamento de intervenções para vários comportamentos-alvo. A criação de alternativas saudáveis e atractivas para o preenchimento de tempos livres, bem como a organização de espaços de orientação e de apoio aos adolescentes parecem aspectos fundamentais. Pais, amigos e professores destacaram-se neste estudo como três grupos-chave para o ajustamento emocional e satisfação com escola.

Tal como referimos em trabalhos anteriores (Matos, 2005; Matos, 2008; Matos & Sampaio, 2009) qualquer trabalho preventivo de acção directa sobre o indivíduo deve de abordar os seus contextos de vida e envolver os seus intervenientes, no sentido de se obter uma diminuição do risco e uma activação dos recursos de apoio.

Na sequência destes trabalhos deixou-se um desafio para um futuro próximo: a procura de uma visão integrada do ajustamento psico-social da criança e do adolescente, da capacidade de mapear os “trunfos” pessoais para a saúde (incluindo aqui factores pessoais, familiares, escolares e relativos ao grupo de pares) e o foco preferencial em factores positivos e em comportamentos alternativos. (Matos, 2007; Matos *et al*, 2008). Se o consumo de substâncias, o sedentarismo ou a alimentação deficiente ou abusiva, o isolamento social, ou o mal estar psicológico, o sexo desprotegido ou ainda a violência interpessoal, forem os únicos “trunfos” utilizados, será pois necessário identificar e negociar “trunfos” alternativos para lidar com os acontecimentos de vida em recurso a comportamentos lesivos da saúde.

Sublinham-se os conceitos: visão integrada, factores positivos, competência pessoal, alternativas (Matos, 2015; Matos & Sampaio, 2009; Matos & Tomé, 2012).

Nesta linha apontam-se acções no âmbito da intervenção nos contextos sociais, para a promoção de ambientes seguros e serviços eficazes (proteger, proibir, limitar) e promoção do suporte social e da coesão social.

A nível individual aponta-se a promoção de competências pessoais e sociais (de comunicação, comportamentais, cognitivas, de regulação emocional), e a necessidade de promoção de

escolhas e de uma gestão pessoal responsável de riscos e problemas (auto-regulação, tomada de decisão, resiliência, criar e manter redes sociais de apoio). Por fim e com base na literatura e na prática no terreno, sugerem-se algumas questões práticas para uma implementação e manutenção de uma intervenção eficaz nas escolas:

Cinco passos para prevenir a violência (nas Escolas)

1- Diagnóstico da situação: “a História da Saúde na Escola”

Quais as principais problemáticas da escola (consumos, gravidez na adolescência, violência, pobreza, sedentarismo, alimentação, segurança, bolsas de exclusão social) e as principais “forças” (docentes, auxiliares de acção educativa, localização, instalações, equipamentos, alunos, autarquia, pais, centro de saúde).

2- Envolvimento de todos os agentes escolares: Coordenador da Saúde e Director da Escola e articulação entre eles; Professores (reunião de professores por turma ou por disciplina, seguida de dinamização de uma semana de debate numa ou várias aulas à volta da questão da violência na escola) Alunos: semana de debate numa ou em várias aulas à volta da questão da violência na escola (medidas entre-pares). Pais: ciclo de debates em pós-laboral à volta da questão da violência na escola (medidas entre pais). Funcionários não docentes: reunião de auxiliares de acção educativa à volta da questão da violência na escola (medidas de monitorização e acção preventiva nos recreios, cantina, instalações desportivas...).

3- Aprendizagem com as boas práticas anteriores, promoção da curiosidade e da motivação para a mudança e mudança da cultura escolar. Contactos com a tutela, estudos de caso, conversas entre si. Registo e troca de experiências – Registo das experiências com auxílio de uma grelha SWOT (pontos fortes, fracos, oportunidades e ameaças); dinamização de reuniões de escola, reuniões regionais e participação em reuniões nacionais para troca de experiências. Troca de experiências.

4- Envolvimento dos técnicos de saúde da escola, do centro de saúde e ainda outras estruturas da comunidade (Escola Segura, SICAD, IPDJ ..., autarquias): reunião de parceiros dinamizada pelo Coordenador da Saúde e pelo Director da Escola à volta das necessidades da escola, articulação e periodicidade/formato dos contactos e colaborações.

5- Avaliação e publicação de experiências e resultados.

Cinco passos para manter a Escola sem violência

- 1- Não desistir: os primeiros tempos são os mais difíceis.
- 2- Integrar as medidas anti-violência no âmbito da promoção da saúde e espaço saúde na escola.
- 3- Procurar formação em aconselhamento e escuta activa e métodos participativos: o professor de referência não deve “paternalizar” os alunos, e limitar-se a decidir por eles, repreendê-los ou confrontá-los com conselhos permanentes e centrados num ponto de vista adulto. A participação e responsabilização dos jovens são essenciais.
- 4- Criar na escola um “grupo de auto-ajuda” para os professores envolvidos. Implementar medidas de formação/ apoio para pais, directores, auxiliares de acção educativa e entre-pares, para acção e monitorização na escola (regras poucas, claras, partilhadas e com custo de resposta contingente).
- 5- A Ciência e a Investigação na área podem ajudar: as medidas devem ser técnico- científicas e não apenas políticas.

5.1. Ciência

A modificação de comportamentos funciona melhor:

a) Se provocar uma mudança cultural; b) se visar a promoção de competências; c) se incluir a generalização ao dia a dia; d) se usar mais incentivos do que punições; e) se tiver efeitos na melhoria da qualidade de vida f) se fomentar a inovação e a criatividade (efeito surpresa).

5.2. Eficácia - NÃO são eficazes e podem ser prejudiciais medidas:

a) Apenas a curto prazo b) centradas apenas em partes do problema, c) centradas apenas em parte dos envolvidos e d) centradas apenas em punições ou agravamento de custos.

5.3. Equidade e justiça social: os grupos desfavorecidos são mais agravados pelas situações e consequências da violência e podem ter maior “sensibilidade” à repreensão considerada injusta. É pois importante incluir:

a) Medidas de reparação na comunidade; b) incentivos pela positiva (valorização pessoal e social), c) promoção do sucesso escolar; d) promoção da dignidade na cidadania.

Ao delinear possíveis intervenções recordam-se alguns autores que apontam a participação social activa, o aumento do número de acontecimentos agradáveis na vida diária e o foco

da atenção nos aspectos aprazíveis das vivências, como estratégias relevantes para aumentar a felicidade dos indivíduos e a percepção de satisfação de vida. Mais do que o número ou a variedade de actividades agradáveis é importante prevenir e acompanhar o adolescente; ajudá-lo a descobrir-se, a conhecer-se e a comunicar-se; dotá-lo de competências para “ler” o seu próprio desenvolvimento, os acontecimentos de vida, o contexto, a sociedade e o mundo; trabalhar os seus recursos pessoais para lidar com os desafios de uma existência indutora de *stress*; envolvê-lo em comunidades que integrem, sejam criativas e promovam a saúde; despertar-lhe horizontes e ideais de vida; acompanhá-lo nas opções e reflexões de vida; desenvolver a sua responsabilidade e solidariedade para a comunidade. É ainda importante reforçar a autonomia, responsabilização e participação social do adolescente e a importância destes factores na promoção da sua saúde (Matos *et al*, 2008).

Como afirmou Morgan (2006) as comunidades nunca se constroem a partir das suas deficiências, mas sim a partir da capacidade de mobilização dos seus recursos. O grande desafio para pais e professores é estar presente, estar atento, mas actuar responsabilizando, dando e exigindo, facilitando as tomadas de decisão, promovendo uma reflexão pessoal sobre a vida, as expectativas de futuro e as opções de vida associadas ao bem-estar. Os presentes resultados sugerem a necessidade de combate ao efeito cumulativo dos factores de risco, em termos do seu impacto para a saúde das crianças e adolescentes, actuando de modo articulado e integrado (incluindo aqui também factores pessoais, familiares, escolares e relativos ao grupo de pares).

Um lugar de destaque para a escolarização e suas vicissitudes em Portugal. A competência escolar, sucesso escolar ou pelo menos o não-abandono escolar aparecem-nos como um dos factores mais relevantes, não só do bem-estar na adolescência, como da possibilidade de se cortar o circulo vicioso “iliteracia-pobreza-falta de expectativas para o futuro-risco-comprometimento da saúde/bem-estar” , pelo menos para as próximas gerações (Matos, 2007; Matos *et al*, 2008; Matos & Sampaio, 2009; Matos, 2015).

Mais recentemente iniciou-se, dando cumprimento a todas as recomendações de estudos anteriores, a criação a nível nacional de uma rede de adolescentes (os *Dream Teens*), com o objectivo de incluir as vozes dos jovens nas políticas públicas que lhes dizem respeito (Matos, 2015): jovens autónomos, responsáveis e socialmente comprometidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abramovay, M & Pinheiro, L. (2003). *Violência e Vulnerabilidade Social*. In Alicia Fraerman (Ed.). *Inclusión Social y Desarrollo: Presente y futuro de La Comunidad IberoAmericana*. Madrid: Comunica.

Botvin, G.J., & Griffin, K.W. (2004). Life skills training: Empirical findings and future directions. *The Journal of Primary Prevention*, 25(2), 221-232.

Bullock, J. (2002). Bullying among children. *Childhood Education*, 78 (3), 130-133.

Craig, W, Harel, Y, Fogel-Grinvald, H, Dostaler, S, Hetland, J, Simons-Morton, B, Molcho, M, Matos, M G, Overpeck, M, Due, P, Pickett, W, & The HBSC Violence & Injuries Prevention Focus Group & the HBSC Bullying Writing Group. 2009. «A cross-national profile of bullying and victimization among adolescents in 40 countries». *International Journal of Public Health*, 54 (Suppl. 2), 216-224.

Currie, C. et al, (2000) *The health of young people* Copenhagen: World Health Organization

Currie, C., Smith, R., Boyce, W., & Smith, R. (2001). *HBSC, a WHO cross national study: Research protocol for the 2001/2002 survey*. Copenhagen: World Health Organization

Currie, C; Samdal, O.; Boyce, W. & Smith, R. 2004. (2004). *Young people's health in context*. Health Behaviour in School-aged Children (HBSC) study: international report from the 2001/2002 survey. *Health Policy for Children and Adolescents*, No. 4

Due, P, Merlo, J, Harel, Y, Trab Damsgaard, M, Holstein, B, Hetland, J, Currie, C, Nic Gabhainn, S, Matos, M G, & Lynch J. 2009. «Socioeconomic inequality in exposure to bullying during adolescence: a comparative, cross-sectional, multilevel study in 35 countries». *American Journal of Public Health*, 99(5), 907-914.

GTES (2005). *Relatório de Preliminar, do Grupo de Trabalho para a Educação Sexual*, constituído a partir do Despacho nº 19 737/2005, do Gabinete da Ministra de Educação: Lisboa. Consultado em Julho, 13, 2009 através da fonte <http://www.dgdc.min-edu.pt/EducacaoSexual>

GTES (2007). *Relatório Final, do Grupo de Trabalho para a Educação Sexual*, constituído a partir do Despacho nº 19 737/2005, do Gabinete da Ministra de Educação: Lisboa. Consultado em Julho, 13, 2009 através da fonte <http://www.dgdc.min-edu.pt/EducacaoSexual>

Harris, S., Petrie, G., & Willoughby, W. (2002). Bullying among 9th graders: An exploratory study. National Association of Secondary School Principals. *NASSP Bulletin*, 86, 3-14.

Harel, Y, Walsh, S, Fogel-Grinvald, H, Amitai, G, Pickett, Wi, Molcho, M, Due, P, Matos, M G, Craig, W, & Members of the HBSC Violence and Injury Prevention Focus Goup. 2011. Negative school perceptions and involvement in school bullying: A universal relationship across 40 countries. *Journal of Adolescence*, 34, 4, 639 – 652.

Livingstone, Sonia, Haddon, Leslie, Görzig, Anke, and Ólafsson, Kjartan. 2011. *Risks and safety on the internet: The perspective of European children. Full Findings*. LSE, London: EU Kids Online.

Matos, M. G. (2015). *Dream Teens : travessia serena em águas desconhecidas*, Lisboa: Coisas de Ler.

Matos, M.G. (2015) Famílias e famílias: a saúde no espaço intergeracional; in O Monteiro & C. Maia (2015) *A Família Portuguesa no Século XXI*, (pp 221-230) Porto: Parsifal

Matos, M.G. & Equipa do projecto Aventura Social (2001) *A Saúde dos Adolescentes Portugueses*, Lisboa: CDI/ FMH/UTL e em www.aventurasocial

Matos, M. G., & Equipa do Projecto Aventura Social. (2003). *A saúde dos adolescentes portugueses (Quatro anos depois)*. Lisboa: Edições FMH.

Matos, M. G.& Equipa do Projecto Aventura Social. (2006). *A saúde dos adolescentes portugueses: Hoje em 8 anos*. Retrieved 20-12-2006, from <http://www.fmh.utl.pt/aventurasocial/pdf/191206/nacional.pdf>

Matos, M. G., & Equipa do Projecto Aventura Social. (2012). *A saúde dos adolescentes portugueses hoje e em 12 anos*; Lisboa: CMDT/ IHMT; FCT; FMH.

Matos, M. G., & Equipa do Projecto Aventura Social. (2015). *A saúde dos adolescentes portugueses em tempos de recessão*. Lisboa: CMDT/ IHMT; FCT; FMH.

Matos, M G, Carvalho, M & Social Adventure Team. (2014). «Psychosocial correlates of violence over 8 years». *Asian Journal of Humanities and Social Studies*, 2, 219 – 229.

Matos, M G, & Ferreira, M (2013). *Nascidos Digitais*. Lisboa: Editora Coisas de Ler.

Matos, M. G., Sampaio, D., Baptista, I., & Equipa Aventura Social, UTL and CMDT/UNL (2013). Adolescent's health education and promotion in Portugal: a case study of planning for sustainable practice. In Samdal, O., & Rowling, L. (Eds.), *The Implementation of health promoting schools, exploring the theories oh what, why and how* (pp. 123-126). New York: Routledge Taylor & Francis Group.

Matos, M. G., & Tomé, G. (2012), *Aventura Social: Promoção de Competências e do Capital Social para um Empreendedorismo com Saúde na Escola e na Comunidade, Volume 2: Intervenções com jovens e na comunidade*. Lisboa: Placebo Editora Lda.

Matos, M. G., Morgan, A., & Social Adventure Team (2012). Roads to whatever? Or roads to a self-fulfilled future?: health assets and well-being in children and adolescents. In *Labirintos da Adolescência - Roads to Whatever* (pp. 61-85). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

Matos, M. G., Gaspar, T., Ferreira, M., Tomé, G., Camacho, I., Reis, M., Melo, P., Simões, C., Machado, R., Ramiro, L., & Equipa Aventura Social (2012). Keeping a focus on self-regulation and competence: “find your own style”, A school based program targeting at risk adolescents. *Journal of Cognitive and Behavioral Psychotherapies*, 12 (1), 39-48.

<http://connection.ebscohost.com/c/articles/74017905/keeping-focus-self-regulation-competence-find-your-own-style-school-based-program-targeting-risk-adolescents>

Matos, M. G., Simões, C., Carvalho, J., Gaspar, T., & Baptista, I. (2010). *Prevenção da violência na escola: manual para professores*. Lisboa: DGIDC.

Matos, M. G. (2010). Prevenção da violência interpessoal em meio escolar: os professores, as famílias e a comunidade também marcam uma diferença? *Revista de Psicologia da criança e do adolescente*, 1, 65-80.

<http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/rpca/article/view/9/pdf>

Matos, M. G., Negreiros, J., Simões, C., & Gaspar, T. (2009). *Violência, Bullying e Delinquência*. Lisboa: Coisas de Ler.

Matos, M.G. & Gonçalves, S. (2009) Bullying nas escolas: Comportamentos e percepções, *Psicologia Saúde e Doenças*, vol 10 (1) pp 3-16

Matos, M.G. & Sampaio, D. (2009). *Jovens com saúde: Diálogos com uma geração*; Lisboa: Texto Editores.

Matos, M.G., Baptista, M. I., Simões, C., Gaspar, T., Sampaio, D., Diniz, J. A., Goulão, J., Mota, J., Barros, H., Boavida, J. & Sardinha, L. (2008). Portugal: from research to practice – promoting positive health for adolescents in schools. In *Social cohesion for mental well-being among adolescents*. WHO/HBSC FORUM.

Matos, M.G. (2008) *Consumo de substâncias: estilo de vida ou à procura de um estilo*: Lisboa: IDT.

Matos, M. G (ed) (2005). *Comunicação, gestão de conflitos e saúde na escola*. Lisboa: Edições FMH.

Matos, M. G., Gaspar, T., & Gonçalves, A. (2004). Adolescentes estrangeiros em Portugal: uma questão de saúde. *Psicologia, Doenças & Saúde*, 5 (1), 75-85.

Molcho, M, Craig, W, Due, P, Pickett, W, Harel, Y, Overpeck M, Matos, M G, & The HBSC Bullying Writing Group. (2009). «Cross-national time trends in bullying behaviour 1994-2006:

findings from Europe and North America». *International Journal of Public Health*, 54(Suppl. 2), 225-234.

Morgan, A. (2007). *Frameworks for improving young people's mental well being: Assets and deficits models*. WHO/HBSC Forum: Social Cohesion and Mental Health, 2007: Las Palmas, March 2007.

Mellor, A. (1990). *Bullying in Scottish secondary schools*. Retirado em 1 de Setembro de 1999 da World Wide Web: <http://www.scre.ac.uk>.

Olweus, D. (1991). Bully/victim problems among school children: Basic effects of a school based intervention program. In D. Pepler & K. Rubin (Eds.), *The development and treatment of childhood aggression* (pp. 411-448). New Jersey: Erlbaum.

Olweus, D (1993). *Bullying at school: What we know and what we can do*. Oxford: Blackwell.

Olweus, D. (1994). Annotation. Bullying at school: Basic facts and effects of a school- based intervention program. *Journal of Psychology and Psychiatry*, 43(7), 1171- 1190.

Olweus, D.(2003) A profile of bullying at school. *Educational Leadership*, 60 (6), 12- 17

Ponte, C. (2012). *Crianças e internet em Portugal*. Coimbra: Minerva Coimbra.

Salmon, G., James, A. & Smith, D.M. (1998). Bullying in schools: Self reported anxiety, depression, and self esteem in secondary school children. *BMJ*, 317, 924-925.

Salmivalli, C. (2001) Group view on victimization: empirical findings and their implications. In J.Juvonen & S. Graham (eds) *Peer harassment in school. The plight of the vulnerable and victimized* (pp.398-420) Guilford: NY.

Salmivalli, Christina, Voeten, Marinus, & Poskiparta Elisa (2011). Bystanders matter: Associations between reinforcing, defending, and the frequency of bullying behavior in classrooms. *Journal of Clinical Child and Adolescent Psychology*, 40, 5, 668 – 676.

Simões, C & Carvalho, M (2009) A violência entre pares, in M.G. Matos, & D, Sampaio D. org (2009) *Jovens com saúde: diálogo com uma geração*. pp 97-116 Lisboa: Texto/Leya

Simões, C, Matos, M G, & Equipa do Projecto Aventura Social. 2011. «Offending, Victimization, and Double Involvement: Differences and Similarities between the three Profiles». *Journal of Cognitive and Behavioral Psychotherapies*, 11(1), 29-41.

Simões, C. (2007). *Comportamentos de risco na adolescência*. Lisboa: FCG/FCT.

Simões, C., Matos, M. G.,& Equipa Projecto Aventura Social (2013). Ecologia da violência: Pistas para a intervenção. In Sani, A. I., & Caridade, S. (Coord.), *Violência, Agressão e Vitimação: Práticas para a intervenção*. Porto: Almedina.

Os autores agradecem a toda a equipa do Projecto Aventura Social, às entidades parceiras: Faculdade de Motricidade Humana/UL; Fundação para a Ciência e Tecnologia/Ministério da Ciência e do Ensino Superior; Ministério da Educação, Ministério da Saúde.

Tabelas síntese das percentagens referentes à provocação, vitimização e lutas.

HBSC (www.hbsc.org) 1998, 2002, 2006, 2010 e 2014 (Matos et al, 2000; 2003; 2006, 2012, 2015)

HSBC/OMS em 2014

2014	TOTAL			Escolaridade – 6º ano			Escolaridade – 8º ano			Escolaridade – 10º ano		
Idade (10-20)	M=13,77; DP=1,68			M=12,04; DP=0,85			M=13,98; DP=0,72			M=15,92; DP=0,67		
N= 6026	M	F	T	M	F	T	M	F	T	M	F	T
Quantas vezes foste provocado na escola												
Nunca	58,7%	63,6%	61,3%	51,9%	61,8%	56,9%	59,6%	60,2%	59,9%	66,9%	70,2%	68,8%
Aconteceu 1 a 2 vezes	26,2%	24,2%	25,2%	28,8%	25,9%	27,3%	25,7%	24,8%	25,3%	23,4%	21,5%	22,3%
2 a 3 vezes/mês	7,0%	5,4%	6,1%	9,4%	4,5%	6,9%	6,5%	6,9%	6,7%	4,5%	4,2%	4,3%
Cerca de uma vez por semana	2,9%	2,5%	2,7%	3,7%	2,8%	3,2%	3,0%	2,8%	2,9%	1,7%	1,8%	1,8%
Diversas vezes/semana	5,1%	4,3%	4,7%	6,2%	5,0%	5,6%	5,2%	5,2%	5,2%	3,4%	2,2%	2,8%
Quantas vezes provocaste na escola												
Nunca	62,9%	74,7%	69,1%	58,5%	74,7%	66,8%	61,6%	69,9%	65,8%	71,3%	81,2%	76,8%
Aconteceu 1 a 2 vezes	25,6%	19,8%	22,5%	29,5%	19,5%	24,4%	25,8%	23,1%	24,4%	19,6%	15,6%	17,4%
2 a 3 vezes/mês	5,4%	2,5%	3,9%	6,2%	2,4%	4,3%	5,9%	4,0%	2,9%	3,4%	2,0%	2,6%
Cerca de uma vez por semana	2,4%	1,5%	1,9%	2,2%	1,9%	2,1%	2,5%	2,0%	2,0%	2,4%	0,5%	1,3%
Diversas vezes/semana	3,8%	1,5%	2,6%	3,6%	1,5%	2,5%	4,2%	2,1%	2,1%	3,3%	0,7%	1,9%
Quantas vezes estiveste envolvido numa luta												
Nunca	68,6%	87,9%	78,7%	62,3%	86,6%	74,7%	68,7%	87,7%	78,4%	77,2%	89,5%	84,1%
1 vez	14,5%	7,2%	10,7%	16,5%	8,2%	12,3%	14,7%	7,0%	10,8%	11,3%	6,3%	8,5%
2 a 3 vezes	10,4%	3,3%	6,7%	12,4%	3,6%	7,9%	10,2%	3,2%	6,6%	8,1%	3,2%	5,3%
4 vezes ou mais	6,5%	1,6%	3,9%	8,9%	1,6%	5,2%	6,4%	2,0%	4,1%	3,5%	1,0%	2,1%

Legenda:

X- Média; DP- Desvio padrão; M- Sexo Masculino; F- Sexo Feminino; T- Total

HSBC/OMS em 2010

2010	TOTAL			Escolaridade – 6º ano			Escolaridade – 8º ano			Escolaridade – 10º ano		
Idade (10-21)	M=13,98; DP=1,85			M=11,84; DP=0,80			M=13,83; DP=0,80			M=15,86; DP=0,83		
N= 5050	M	F	T	M	F	T	M	F	T	M	F	T
Quantas vezes foste provocado na escola												
Nunca	57,8%	68,4%	63,4%	55,1%	67,0%	61,1%	52,8%	62,2%	57,6%	64,9%	74,1%	70,0%
Aconteceu 1 a 2 vezes	26,5%	20,5%	23,4%	25,5%	20,3%	22,9%	30,0%	25,5%	27,7%	24,2%	16,8%	20,1%
2 a 3 vezes/mês	6,6%	4,4%	5,4%	7,9%	4,3%	6,1%	7,2%	5,2%	6,2%	4,7%	3,8%	4,2%
Cerca de uma vez por semana	3,8%	2,9%	3,3%	4,5%	3,5%	4,0%	4,7%	3,4%	4,0%	2,4%	2,0%	2,2%
Diversas vezes/semana	5,3%	3,9%	4,6%	7,0%	4,8%	5,9%	5,3%	3,7%	4,5%	3,8%	3,3%	3,5%
Quantas vezes provocaste na escola												
Nunca	60,9%	74,8%	68,2%	60,5%	77,7%	69,2%	56,8%	66,5%	61,7%	65,2%	79,0%	72,9%
Aconteceu 1 a 2 vezes	26,0%	18,9%	22,3%	27,6%	16,9%	22,2%	27,9%	25,4%	26,6%	22,8%	15,5%	18,7%
2 a 3 vezes/mês	6,0%	3,0%	4,5%	5,3%	3,1%	4,2%	7,2%	4,0%	5,6%	5,6%	2,2%	3,7%
Cerca de uma vez por semana	3,3%	1,5%	2,4%	3,7%	0,9%	2,3%	4,3%	2,0%	3,1%	2,2%	1,5%	1,8%
Diversas vezes/semana	3,7%	1,8%	2,7%	2,9%	1,3%	2,1%	3,9%	2,1%	3,0%	4,2%	1,8%	2,9%
Quantas vezes estiveste envolvido numa luta												
Nunca	58,0%	83,8%	71,6%	50,9%	84,3%	67,6%	56,1%	81,8%	69,3%	66,2%	85,1%	76,8%
1 vez	19,0%	9,5%	14,0%	22,2%	9,2%	15,7%	17,9%	11,5%	14,6%	17,2%	8,1%	12,1%
2 a 3 vezes	13,2%	4,7%	8,7%	13,7%	4,4%	9,1%	15,8%	4,7%	10,1%	10,3%	4,8%	7,2%
4 vezes ou mais	9,8%	2,0%	5,7%	13,2%	2,1%	7,7%	10,2%	2,0%	6,0%	6,3%	2,0%	3,9%

Legenda

X- Média; DP- Desvio padrão; M- Sexo Masculino; F- Sexo Feminino; T- Total

HSBC/OMS em 2006

2006	Total			Escolaridade – 6º			Escolaridade – 8º			Escolaridade – 10º		
Idade (10-20)	X=14.1; SD=1.9			X=11.9; SD=0.7			X=14.2; SD=1.0			X=16.1; SD=0.9		
N=4877	M	F	T	M	F	T	M	F	T	M	F	T
Quantas vezes foste provocado na escola												
Nunca	55.4	63.2	59.2	52.4	62.0	56.8	50.5	58.4	54.6	63.4	69.3	66.6
1 a 2 vezes	28.7	24.1	26.5	30.0	22.0	26.3	31.0	28.0	29.4	25.1	22.2	23.5
Diversas vezes/mês	11.5	7.7	9.6	12.3	8.5	10.5	13.6	8.5	11.0	8.5	6.0	7.2
Diversas vezes/semana	4.4	5.0	4.6	5.3	7.5	6.3	4.9	5.1	5.0	3.0	2.4	2.7
Quantas vezes provocaste na escola												
Nunca	58.4	69.6	63.8	56.9	72.6	64.2	54.9	63.2	59.2	63.3	73.1	68.6
1 vez	28.0	21.9	25.1	29.3	19.4	24.7	29.5	26.6	28.0	25.3	19.7	22.3
Diversas vezes/mês	9.9	6.1	8.0	10.7	6.2	8.6	11.2	7.1	9.1	7.9	5.1	6.4
Diversas vezes/semana	3.7	2.3	3.0	3.3	1.7	2.6	4.3	3.1	3.7	3.5	2.1	2.7
Quantas vezes estiveste envolvido numa luta												
Nunca	47.9	78.3	63.2	34.2	72.7	52.0	43.2	75.3	59.8	66.5	87.0	77.5
1 vez	22.8	12.7	17.7	25.4	16.4	21.3	26.2	13.3	19.5	16.9	8.4	12.3
2 a 3 vezes	18.2	6.3	12.3	23.3	7.9	16.1	19.7	7.7	13.5	11.5	3.3	7.1
4 vezes ou mais	11.1	2.6	6.9	17.2	3.0	10.6	11.0	3.6	7.1	5.1	1.3	3.1

Legenda

X- Média; DP- Desvio padrão; M- Sexo Masculino; F- Sexo Feminino; T- Total

HSBC/OMS em 2002

2002	Total			Escolaridade – 6º			Escolaridade – 8º			Escolaridade – 10º		
Idade (10-25)	M=14.0; SD=1.9			M=12,2; SD=0.9			M=14.3; SD=1.0			M=16.3; SD=0.9		
N=6131	M	F	T	M	F	T	M	F	T	M	F	T
Quantas vezes foste provocado na escola												
Nunca	47.4	56.9	50.7	37.9	54.6	46.2	41.0	48.2	44.7	63.2	68.0	65.7
1 a 2 vezes	30.7	29.7	30.8	32.5	30.6	31.6	33.8	35.4	34.6	25.9	23.1	24.4
Diversas vezes/mês	13.1	7.6	10.9	16.9	8.0	12.4	15.8	10.4	13.0	6.5	4.4	5.4
Diversas vezes/semana	8.8	5.8	7.7	12.7	6.9	9.8	9.3	6.1	7.6	4.4	4.5	4.5
Quantas vezes provocaste na escola												
Nunca	59.6	68.2	63.4	58.2	69.7	63.9	52.8	62.2	57.7	67.7	72.7	70.3
1 vez	26.7	24.9	26.3	27.7	23.5	25.6	31.4	29.5	30.4	21.2	21.8	21.6
Diversas vezes/mês	7.8	4.5	6.3	9.4	3.8	6.7	8.6	6.1	7.4	5.5	3.7	4.5
Diversas vezes/semana	5.8	2.3	4.0	4.7	2.9	3.9	7.2	2.1	4.6	5.6	1.8	3.6
Quantas vezes estiveste envolvido numa luta												
Nunca	49.0	80.1	63.1	34.2	74.4	54.2	42.9	75.8	60.0	69.9	90.0	80.3
1 vez	20.8	11.5	16.6	23.3	14.1	18.8	23.3	13.9	18.4	15.7	6.5	10.9
2 a 3 vezes	16.7	5.2	11.4	21.2	6.6	13.8	20.0	6.2	12.7	9.0	2.9	5.8
4 vezes ou mais	13.6	3.2	9.0	21.4	4.9	13.2	13.9	4.1	8.8	5.5	0.6	2.8

Legenda

X- Média; DP- Desvio padrão; M- Sexo Masculino; F- Sexo Feminino; T- Total

HSBC/OMS em 1998

1998	Total			Escolaridade – 6º			Escolaridade – 8º			Escolaridade – 10º		
Idade (10-17)	M=14.1; SD=1.7			M=12.4; SD=1.0			M=14.3; SD=0.9			M=16.1; SD=0.6		
N=6813	M	F	T	M	F	T	M	F	T	M	F	T
Quantas vezes foste provocado na escola												
Nunca	43.7	62.2	52.6	36.3	55.1	45.5	38.9	57.2	48.4	55.9	74.4	67.0
1 a 2 vezes	32.5	23.4	28.0	32.6	24.5	28.6	34.7	27.6	31.1	30.3	18.1	23.0
Diversas vezes/mês	19.0	11.6	15.5	23.5	15.5	19.6	21.5	12.6	16.9	11.9	6.6	8.7
Diversas vezes/semana	4.8	2.8	3.9	7.6	4.8	6.3	4.9	2.6	3.7	2.0	0.9	1.3
Quantas vezes provocaste na escola												
Nunca	55.5	72.4	63.8	52.2	69.1	60.5	50.9	67.6	59.6	63.5	80.5	73.7
1 vez	28.1	19.6	24.0	28.0	20.4	24.3	32.5	23.6	27.8	23.9	14.9	18.5
Diversas vezes/mês	13.8	7.2	10.6	17.0	9.6	13.4	14.5	7.7	10.9	9.9	4.3	6.5
Diversas vezes/semana	2.5	0.8	1.6	2.8	0.9	1.9	2.0	1.2	1.6	2.6	0.4	1.3
Quantas vezes estiveste envolvido numa luta												
Nunca	51.1	82.6	66.7	39.6	78.5	58.6	47.6	80.4	64.7	66.2	88.8	79.7
1 vez	22.6	10.9	16.7	24.4	12.7	18.7	24.7	12.7	18.5	18.7	7.3	11.9
2 a 3 vezes	17.3	4.6	11.0	21.9	6.4	14.3	18.8	4.9	11.6	11.1	2.6	6.0
4 vezes ou mais	9.0	1.9	5.6	14.1	2.4	8.4	8.8	2.0	5.3	4.0	1.3	2.4

Legenda

X- Média; DP- Desvio padrão; M- Sexo Masculino; F- Sexo Feminino; T- Total

Vídeo da apresentação

The screenshot shows a video player interface. At the top left, the logo for 'CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS' is displayed. Below it, contact information for Largo do Limoeiro is provided. The video title is 'Temas de Direito Penal e Processual Penal'. The speaker is identified as Margarida Gaspar de Matos, a professor at the Faculty of Human Motricity of the University of Lisbon, presenting on 'Bullying: abordagem numa perspectiva do sistema educativo'. The video is from the 'Montepio - Auditório' on 27.2.2015 at 14:30. The video player shows a woman speaking at a podium with 'DATAJURIS' and 'JUSTIÇA 7A' logos in the background. A video control bar at the bottom shows a play button, a progress bar at 00:01:28, and a total duration of 00:46:50. Logos for FCT and FCCN are also visible.

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/1nriqcffku/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



4.

**A proibição de
valoração
decorrente da
violação das
formalidades
relativas à
constituição
como arguido**

João Conde Correia

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DECORRENTE DA VIOLAÇÃO DAS FORMALIDADES RELATIVAS À CONSTITUIÇÃO COMO ARGUIDO ¹

João Conde Correia*

1. Introdução
2. A distinção entre nulidades processuais e proibições de produção e de valoração de prova
3. O reconhecimento da autonomia técnica das proibições de produção e de valoração de prova no processo penal português arrasta a necessidade de as identificar
4. Critérios distintivos entre as proibições de produção ou de valoração e as nulidades
5. Diferenças entre os mecanismos das nulidades e das proibições de prova
6. Utilização das declarações prestadas com violação das formalidades relativas à constituição como arguido *in bonam partem*
7. Declarações por remissão
8. A falsidade do auto de constituição e interrogatório como arguido

1. Introdução

O artigo 58.º do Código de Processo Penal português consagra, atualmente, os casos de constituição obrigatória como arguido e as formalidades inerentes a essa mesma constituição. Para o legislador, o ato é demasiado importante, quer no seu quando, quer no seu como, para poder ser deixado ao mero arbítrio do aplicador, estando por isso, rodeado de cautelas suplementares.

Na base destas formalidades processuais mínimas está, sobretudo, o princípio *do nemo tenetur se ipsum accusare*; ou seja, o princípio segundo qual ninguém deverá ter que contribuir ativamente para a sua própria condenação. Num Estado de direito, o visado não tem que se auto-incriminar: goza do *privilege against self-incrimination*, que, entre nós, muito embora não tenha logrado consagração expressa, tem, quer segundo a doutrina, quer segundo a jurisprudência, natureza constitucional implícita².

¹ O texto que se segue tem na sua base a nossa comunicação oral, efetuada no Centro de Estudos Judiciários, no dia 13 de março de 2015, no âmbito da ação de formação «Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal». Por isso mesmo continua, irremediavelmente, marcado pela oralidade.

* Procurador da República no Tribunal da Relação do Porto.

² DIAS, Augusto Silva/RAMOS, Vânea da Costa, *O Direito à não auto-incriminação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contra-ordenacional português*, Coimbra, Coimbra Editora (2009), p. 14 e ss.; AGOSTINHO, Patrícia Narré, *Intrusões corporais em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora e, na abundante jurisprudência do Tribunal Constitucional, por exemplo, os ac. n.ºs 695/95 (de 12 de maio); 524/97 (de 14 de julho); 304/04 (de 5 de maio); 181/05 (de 5 de abril) e 155/07 (de 2 de março). O mesmo acontece com a CEDH. Também aí a omissão de referência expressa ao *nemo tenetur* não tem impedido o TEDH de o invocar. Na fórmula do caso John Murray v. The United Kingdom, de 8 de fevereiro de 1996, «*although not specifically mentioned in Article 6 ... of the Convention, there can be no doubt that the right to remain silent under police questioning and the privilege against self-incrimination are generally recognised international standards which lie at the heart of the notion of a fair procedure*» (§ 45).

A omissão ou a violação das formalidades relativas à constituição como arguido implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova (art. 58.º, n.º 5, do CPP): não valem nem para a culpabilização do arguido, nem para a incriminação de terceiros por ele eventualmente implicados³. Numa palavra, não têm qualquer valor probatório. É como se não existissem no processo (do qual, em bom rigor, deviam ser, imediatamente, retiradas).

De todo o modo, apesar da clareza deste elemento gramatical, Paulo Pinto de Albuquerque defende que se trata de uma proibição de prova «cujo efeito é o da nulidade sanável das provas obtidas, salvo consentimento do visado (artigo 32.º, n.º 8, da Constituição da República e artigo 126.º, n.º 3, do CPP)». Em causa estará uma «intromissão na vida privada da pessoa visada», pelo que «nada obsta ao aproveitamento dos actos processuais realizados pelo visado se essa for a sua vontade depois de constituído como arguido, isto é, depois de devidamente informado dos seus direitos e deveres»⁴.

Esta tese é, em nosso entender, inadmissível. Aquelas declarações jamais podem valer como prova, seja durante o inquérito para legitimar a decisão de acusar ou de arquivar, seja durante a audiência de discussão e julgamento para justificar a decisão final. Em ambos os casos, repetimos, não podem ser valoradas. O aplicador não pode retirar delas qualquer elemento suscetível de contribuir para a formação da sua livre convicção. A consequência processual não é uma qualquer nulidade sanável, mas uma autêntica proibição de valoração.

A possibilidade agora outorgada pelo artigo 356.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (de reprodução ou leitura de declarações anteriormente prestadas perante autoridade judiciária) veio dar uma nova ressonância ao problema e à necessidade de – conferindo maior utilidade prática àquelas declarações – cumprir integralmente tais formalidades⁵. Só pode ser utilizado em julgamento aquilo que antes foi validamente recolhido. Se essas declarações não valem durante o inquérito, também não podem valer depois. Elas não podem ser reproduzidas se aquelas formalidades tiverem sido *in illo tempore* violadas.

³ Na versão original do CPP, a omissão ou a violação destas formalidades implicava que as declarações prestadas pela pessoa visada não podiam «ser utilizadas como prova contra ela» (art. 58.º, n.º 3). Por isso mesmo, segundo o STJ, atento o teor da norma, aquelas declarações só não podiam ser utilizadas em desfavor do arguido. «Do ponto de vista de terceiros, e enquanto lhes dizem respeito, é indiferente que essas declarações sejam prestadas a título de testemunha ou na qualidade de arguido, se for o mesmo, em qualquer dos casos, o seu conteúdo» (Ac. de 11 de outubro de 1995, BMJ 450 [1995], p. 119). No mesmo sentido, cfr. PIMENTA, José da Costa, *Código de Processo Penal anotado*, Lisboa, Rei dos Livros (1991), p. 199. Porém, em sentido contrário, SEIÇA, Medina de, *O conhecimento probatório do co-arguido*, Coimbra, Coimbra Editora (1999), p. 80 defendia que a proibição devia aproveitar «também aos terceiros eventualmente incriminados». A reforma do CPP, operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, seguindo esta tese, veio alterar aquele preceito, dando origem à redação atual, assim resolvendo o problema.

⁴ *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Lisboa, Universidade Católica Editora (2007), p. 182, comentário que, nesta parte, se manteve inalterado nas edições posteriores.

⁵ O art. 58.º do CPP foi nitidamente influenciado pela conhecida decisão *Miranda v. Arizona* de 1966 [384 U.S.436 (1966)]. No mesmo sentido, cfr. MOUTINHO, José Lobo, *Arguido e imputado no processo penal português*, Lisboa, Universidade Católica Editora (2000), p. 70 e ss. e, embora para o artigo subsequente, MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento Estudo sobre a prova no processo penal português à luz do sistema norte-americano*, Coimbra, Coimbra Editora (2011), p. 563, nota 218; sobre aquela decisão, cfr. MARTINS, Joana Boaventura, *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento*, Coimbra, Coimbra Editora (2014), p. 91 e ss.

2. A distinção entre nulidades processuais e proibições de produção e de valoração de prova

O pensamento daquele autor resulta da velha confusão – ainda corrente – entre os mecanismos processuais penais das nulidades e as proibições de prova (nas suas variadas vertentes técnicas)⁶. Com efeito, apesar das continuidades entre ambos, aqueles regimes não se confundem, apresentado consideráveis diferenças substantivas e processuais, que urge, mais uma vez, destacar resumidamente.

2.1. A distinção substantiva entre nulidades e proibições de produção e de valoração de prova

Do ponto de vista substantivo parece ser hoje claro que as nulidades processuais penais não se confundem com as proibições de produção e de valoração de prova. As nulidades processuais penais destinam-se apenas a destruir os efeitos precários emergentes da prática de um ato processual penal inválido pretérito, estando associadas à exigência de legalidade processual (art. 2.º do CPP: «a aplicação de penas e de medidas de segurança criminais só pode ter lugar em conformidade com as disposições deste Código»⁷). Trata-se, portanto, de um simples mecanismo de destruição dos atos processuais ilegalmente praticados, que tutela a validade processual, constringendo à observância do modelo legal consagrado pelo legislador.

Já a generalidade das proibições de produção e de valoração de prova mergulha as suas raízes nas grandes opções jurídico-constitucionais do Estado de direito, relativas à prova em processo penal. No fundo, são verdadeiras limitações à descoberta da verdade, decorrentes de princípios constitucionais, penais e, mesmo, processuais penais, inerentes à salvaguarda da dignidade da pessoa humana. O *ius puniendi* estadual não pode ser exercido a todo o custo, devendo respeitar certos limites ético jurídicos prévios⁸. Meios (como, por exemplo, a tortura) ou temas (como, por exemplo, o segredo de Estado ou o núcleo irredutível da intimidade da vida privada) são inadmissíveis num Estado de direito ou, então, são admissíveis mas ficam sujeitos a um certo formalismo, que garante a sua fiabilidade processual penal mínima e sem o qual também não são toleráveis. Numa palavra, são abusivos e, como tal, incompatíveis com a Lei Fundamental (art. 32.º, n.º 8, segunda parte, da CRP)⁹.

⁶ Para indicação da antiga jurisprudência, que sufragava esta tese, cfr. CORREIA, João Conde, *A distinção entre prova proibida e prova nula numa perspetiva essencialmente jurisprudencial*, RCEJ (2006), 4, p. 176 ou MORÃO, Helena, *O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal Português*, RPCC (2006), p. 594/5.

⁷ CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra, Coimbra Editora (1999), p. 90/1.

⁸ Na jurisprudência do Tribunal Constitucional, cfr., por exemplo, os acórdãos n.ºs 172/92 de 6 de maio, 212/93, de 16 de março e 578/98, de 14 de outubro.

⁹ Para o conceito de «abusivo», ferramenta essencial para a compreensão deste regime, cfr. CORREIA, João Conde, *Qual o significado de abusiva intromissão da vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (art. 32.º, n.º 8, 2ª parte, da C.R.P.)*, RMP (1999), 79, p. 52 e ss.

2.2. Distinção processual entre nulidades e proibições de produção e de valoração de prova

Correspondendo a esta diversidade substantiva, também em termos adjetivos existem diferenças consideráveis entre estas duas técnicas processuais. O mecanismo das nulidades só tem lugar nos casos previstos na lei. Segundo o artigo 118.º, n.º 1, do Código de Processo Penal, «a violação ou a inobservância das disposições da lei do processo penal só determina a nulidade do acto quando esta for expressamente cominada na lei». Assim, uma vez que o artigo 58.º, n.º 5, do Código de Processo Penal não comina a violação das formalidades relativas à constituição como arguido com nulidade, não se pode dizer (como faz Paulo Pinto de Albuquerque) que a sua preterição desencadeia a nulidade sanável das provas obtidas. A consequência processual é outra, não podendo o aplicador sobrepor-se ao legislador e criar um sistema misto que não tem qualquer correspondência legal (art. 9.º do CC). O mecanismo das nulidades só pode ser utilizado nos casos previstos na lei (*pas de nullité sans texte*).

Dizer que, por estar em causa a vida privada do visado, essa nulidade resulta quer do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa, quer do artigo 126.º, n.º 3, do Código de Processo Penal¹⁰ e que, por isso mesmo, fica integralmente respeitado o princípio da taxatividade das nulidades, não é um argumento suficiente para convencer da tese contrária. Desde logo, porque a violação daquelas formalidades não restringe, necessariamente, a vida privada do visado, limitando-se normalmente a atingir o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. A vida privada só estará em causa quando o conteúdo dessas declarações incluir esses aspetos e, mesmo assim, resultará destes artigos e não daquele. Depois porque, mesmo que assim não fosse, como já iremos ver¹¹, o vocábulo nulidade consagrado naqueles dois artigos significa uma verdadeira proibição de produção ou de valoração de prova e não uma nulidade processual *stricto sensu*. O termo tem aqui um valor simbólico que não coincide com o seu sentido corrente ou real. Apesar do acrescento legal («não podem ser utilizadas»¹²), introduzido para clarificar o conceito, o vocábulo continua desnecessariamente a induzir em erro.

Em segundo lugar, acentuando a diferença entre nulidades e proibições de prova, o legislador também referiu que «as disposições do presente título (referente às nulidades) não prejudicam as normas deste código relativas a proibições de prova (art. 118.º, n.º 3). Significa isto que, o regime das nulidades processuais não se aplica às proibições de prova e que, portanto, à sua autonomia dogmática deverá corresponder a sua autonomia técnica¹³. Por outras palavras, a proibição de valoração do artigo 58.º, n.º 5, do Código

¹⁰ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal...*, p. 182.

¹¹ *Infra* 3.2.

¹² O legislador não se limitou a usar o termo nulidade, acrescentando imediatamente (desde a versão original) que aquelas provas não podem ser utilizadas (art. 126.º, n.º 1, do CPP), assim circunscrevendo e explicitando este conceito técnico. O número três deste artigo, consagra também, desde a reforma operada pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, a mesma expressão, assim demonstrando que, do ponto de vista do mecanismo processual utilizado para destruir os efeitos do ato processual penal inválido, não há qualquer diferença entre os vícios do número um e os vícios do número três. Em ambos os casos as provas assim recolhidas não podem ser utilizadas.

¹³ No mesmo sentido, PIMENTA, José da Costa, *Código de Processo Penal ...*, p. 378; MEIREIS, Manuel Augusto Alves, *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em processo penal*, Coimbra, Almedina (1999),

de Processo Penal não se confunde com uma pretensa nulidade sanável das provas assim obtidas. O legislador teve aqui o cuidado de separar, expressamente, os dois regimes processuais.

3. O reconhecimento da autonomia técnica das proibições de produção e de valoração de prova no processo penal português arrasta a necessidade de as identificar

O reconhecimento da autonomia técnica das proibições de produção e de valoração de prova no processo penal português arrasta a necessidade de – em cada caso concreto – as identificar. Só dessa forma será possível fazer corresponder a gravidade do vício à gravidade do mecanismo processual penal previsto para a destruição dos efeitos precários que o ato processual penal tenha produzido. De nada adiantaria consagrar a sua autonomia se depois fosse impossível distinguir entre uma coisa e outra.

3.1. Casos em que a autonomia dogmática das proibições de produção ou de valoração de prova corresponde à autonomia do mecanismo processual pena previsto para a sua destruição

Nalgumas situações o próprio legislador, sensível aos interesses jurídicos em causa, autonomizou os mecanismos processuais que estão subjacentes às proibições de produção ou de valoração, dizendo que as respetivas provas não podem ser produzidas ou valoradas. Embora não siga sempre a mesma terminologia, ele teve aqui, pelo menos, a preocupação suplementar de individualizar claramente a sanção processual aplicável (não podem ser utilizadas), afastando-se do regime das nulidades processuais penais. Nestes casos, a opção terminológica do legislador não pode, portanto, deixar de ser decisiva.

É o caso paradigmático dos artigos 58.º, n.º 5 e 59.º, n.º 3, do Código de Processo Penal (omissão de formalidades relativas à constituição como arguido¹⁴), que, como já vimos, consagram uma verdadeira proibição de valoração. É, igualmente, o caso do artigo 92.º, n.º 4, que impede a utilização das provas obtidas mediante a violação das disposições relativas à nomeação de intérprete e às suas obrigações. Em terceiro lugar, destacam-se o número um do artigo 129.º, segundo o qual, em princípio, o depoimento indireto não pode servir como meio de prova (tem que ser convocada a própria fonte) ou do número três do mesmo artigo

p. 222; BELEZA, Teresa Pizarro, *Apontamentos de direito processual penal*, Lisboa, AAFD (1993), 2, 151, IDEM, «*Tão amigos que nós éramos*»: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português, RMP (1998) 74, p. 43; MORÃO, Helena, *O efeito à distância ...*, p. 591 e ss.; ROSA, Luís Bértolo, *Consequências processuais das proibições de prova*, RPCC (2010), p. 233; OLIVEIRA, Pedro Martins de, *Da autonomia do regime das proibições de prova*, AA.VV. Prova Criminal e Direito de Defesa, Coimbra, Almedina (2010), p. 279 e ss. ou TEIXEIRA, António de Jesus, *Os limites do efeito-à-distância nas proibições de prova no processo penal português*, Lisboa, Universidade Católica Editora (2014), p. 21 e ss.

¹⁴ O artigo 59.º, n.º 3, do CPP (revelando o cuidado do nosso legislador) remete, desde a Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, para os números três e quatro do artigo anterior (58.º), quando deveria remeter para os números quatro e cinco do mesmo artigo, uma vez que aquela Lei o alterou, passando o número três a ser o número quatro e este o número cinco. No entanto, estranhamente, este lapso (que pode induzir o intérprete em erro) tem resistido às constantes alterações ao CPP. O legislador ainda não reparou esse lapso flagrante.

(não pode, em caso algum, servir como meio de prova o depoimento de quem se recusar ou não estiver em condições de indicar como tomou conhecimento dos factos). Em quarto lugar, avultam os artigos 147.º, n.º 4, 148.º, n.º 3 e 149.º, referentes ao reconhecimento pessoal e de objetos, que também não valem como prova se não forem observadas as formalidades legais. É, também, o caso do artigo 156.º, n.ºs 4 e 6, relativos aos procedimentos inerentes à prova pericial. Em sexto lugar, destaca-se o artigo 167.º, n.º 1, que concerne ao valor probatório das reproduções mecânicas, baseado no princípio segundo o qual aquilo que é ilícito em termos penais deverá ser ilícito em termos processuais¹⁵. Seria contraditório fulminar um determinado comportamento com a censura da ilicitude penal (art. 199.º do CP) e, ao mesmo tempo, permitir o seu valor probatório. Em sétimo lugar, destacam-se os casos de restituição de correspondência apreendida (art. 179.º, n.º 3) ou de documentação apreendida em escritório de advogado ou consultório médico (art. 180.º, n.º 3)¹⁶. É, finalmente, o caso do artigo 355.º (proibição de valoração das provas que não forem produzidas ou examinadas em audiência), que decorre de princípios processuais fundamentais, *maxime* o princípio da imediação.

Em todos estes casos, a sanção processual é a invalidade: o acto não é conforme ao seu modelo legal e os seus efeitos precários podem ser destruídas através de recurso. O regime técnico das nulidades processuais não tem aqui aplicação¹⁷.

3.2. Autonomia dogmática não corresponde a autonomia do mecanismo processual para a sua destruição

As situações em que o legislador autonomizou o mecanismo processual relativo à violação das proibições de produção e de valoração de prova são, todavia, proporcionalmente, muito raras. A independência terminológica é, como acabamos de ver, apenas esporádica. Em muitos casos, indiferente à confusão que essa estranha opção normativa provoca, o legislador continua a utilizar o termo nulidade para significar uma verdadeira proibição de produção ou de valoração de prova. O sentido do vocábulo não corresponde aqui ao seu significado corrente ou natural, querendo dizer simbolicamente que essas provas não têm qualquer validade processual.

É o que acontece, desde logo, na própria Constituição da República Portuguesa, que prescreveu que «são nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da

¹⁵ A conjugação deste regime geral com o regime especial, consagrado no art. 6.º da Lei 5/2002, de 11 de janeiro, continua envolto em polémicas, demonstrando que aquele (e outros, como, por exemplo, a prova digital) regime especial deveria estar incluído no CPP. É aí que deve constar o regime de recolha de som e imagem.

¹⁶ O mesmo acontece na legislação processual avulsa, v.g. no artigo 17.º da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro (apreensão de correio eletrónico e registos de comunicações de natureza semelhante) que remete para o regime da apreensão de correspondência constante do CPP, assim incorporado (por remissão) aquela proibição de valoração expressa.

¹⁷ A introdução de novos casos de autonomização técnica de proibições de produção ou de valoração de prova não parece obedecer a nenhum propósito amadurecido e coerente do legislador, demonstrando ser apenas fruto do mero acaso: os artigos 92.º, n.º 5 e 156.º, n.º 6, do CPP foram introduzidos pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, numa altura em que a discussão dogmática sobre as proibições de prova já estava bem consolidada), mas, mesmo assim, não tiveram reflexos sobre outras constelações, onde o termo «nulidade» era incorreto, nem impediram a sua utilização posterior (v.g. na lei n.º 109/2009, de 15 de setembro).

integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (art. 32.º, n.º 8) no intuito de inviabilizar qualquer possibilidade prática de aproveitamento¹⁸. A Lei Fundamental não define a solução processual concreta (nulidade civil, processual, etc.), prescrevendo apenas a impossibilidade de utilizar aquelas provas e de assim demonstrar um determinado facto pretérito¹⁹.

Depois no Código de Processo Penal dizendo no artigo 126.º, n.º 1 (que corresponde ao art. 32.º, n.º 8, 1ª parte, da CRP) que são nulos não podendo ser utilizadas as provas aí referidas e no artigo 126.º, n.º 3 (clonado do art. 32.º, n.º 8, 2ª parte da CRP) que são igualmente nulos, não podendo ser utilizados as provas aí, também, referidas. Em ambos os casos, o que está em causa são verdadeiras proibições de produção ou de valoração de prova, como resulta da própria epígrafe do artigo «métodos proibidos de prova», da circunstância de só poderem ser utilizadas para a perseguição criminal do seu autor (art. 126.º, n.º 4, do CPP) e, ainda, do artigo 449.º, n.º 1, alª e), do Código de Processo Penal. Estas provas são proibidas (não podendo ser utilizadas): não consubstanciam uma qualquer manifestação das nulidades, não estado sujeitas aos artigos 118.º e ss. do Código de Processo Penal. Neste cenário, apesar da linguagem utilizada, a consequência processual para a violação daqueles preceitos é uma proibição de produção/valoração e não – como quer Paulo Pinto de Albuquerque – uma qualquer nulidade processual. As declarações assim obtidas não podem ser usadas, seja durante o inquérito, seja depois em sede de julgamento.

Esta consequência – impossibilidade de utilizar aquelas declarações – é unitária, não havendo aqui uma qualquer gradação de mais ou de menos, consoante esteja em causa a primeira ou a segunda parte do artigo 32.º, n.º 8, da Constituição da República Portuguesa ou o número um ou o número três do artigo 126.º do Código de Processo Penal. A consequência (inutilizabilidade) é a mesma em ambos as hipóteses, podendo apenas dizer-se que num caso a proibição é absoluta (não admite qualquer derrogação) e noutros é relativa (só se verifica quando as provas forem abusivas)²⁰.

Fazer derivar desta diferença óbvia um regime processual diverso é manifestamente abusivo. O instituto é o mesmo; o que varia é o seu carácter absoluto ou relativo.

4. Critérios distintivos entre as proibições de produção ou de valoração e as nulidades

¹⁸ Esta norma parece mergulhar as suas raízes no art. 39.º, n.º 5, do Projeto de Constituição do Partido Popular Democrático, segundo o qual «*serão proibidas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção grave, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, na correspondência, nas comunicações telefónicas ou no domicílio*». Curiosamente também o Projeto de Constituição do Partido Socialista dizia que «*são proibidas as escutas e gravações que violem a vida íntima, às quais é recusado qualquer valor probatório*». Neste sentido, cfr. MORÃO, Helena, *O efeito à distância...*, p. 584.

¹⁹ MESQUITA, Paulo Dá, *A prova do crime ...*, p. 269, nota 65; MOURA, José Souto de, *Inexistência e nulidades absolutas em processo penal*, AA.VV. Textos, Lisboa, CEJ (1990-1), p. 126; ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra, Coimbra Editora (1992), p. 313.

²⁰ Alguma jurisprudência e, também alguma doutrina, continuam a separar (mesmo após as alterações introduzidas no art. 126.º, n.º 3, do CPP, pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto) entre a nulidade do número um e a nulidade do número três, dizendo que a primeira é absoluta e a segunda é relativa. No mesmo sentido, com outras indicações, cfr. CORREIA, João Conde, *A distinção ...*, p. 176 ou MORÃO, Helena, *O efeito à distância...*, p. 594/5.

Se o legislador utiliza o vocábulo nulidade para falar de proibições de produção ou de valoração de prova e o regime processual destes dois mecanismos destrutivos dos efeitos precários do ato processual penal inválido é diferente (art. 118.º, n.º 3, do CPP) importa então encontrar um critério distintivo seguro entre estas duas realidades, por forma a tratar como nulidade aquilo que é nulidade e como proibição de produção ou de valoração de prova aquilo também verdadeiramente o é.

O primeiro critério poderia ser meramente linguístico ou terminológico²¹: quando o legislador fala de nulidade estaria a falar de nulidade e quando fala de proibição de produção ou de valoração de prova estaria a falar de proibição de produção ou de valoração de prova. A mera consideração do vocábulo escolhido pelo legislador seria suficiente para separar entre estas duas realidades teóricas. Só que, como já referimos, numa escolha técnica muito criticável, o legislador utiliza, muitas vezes, o vocábulo nulidade para cominar verdadeiras proibições de produção ou de valoração de prova. É, como acabamos de ver²², o caso paradigmático do artigo 126.º do Código de Processo Penal que sob a epígrafe «métodos proibidos de prova», interdita uma série de provas, mas aparentemente comina essa proibição com uma mera nulidade («são nulas, não podendo ser utilizadas» [art. 126.º, n.º 1] e «são igualmente nulas, não podendo ser utilizadas» [art. 126.º, n.º 3]), assim gerando um espaço fértil para a discussão e para a polémica. Em vez de considerar a verdadeira natureza do instituto (agora confessada no art. 449.º, n.º 1, al.ª e], do CPP) e de retirar daí as devidas consequências práticas, alguma doutrina, presa à letra da lei, continua a defender que se trata de uma verdadeira nulidade.²³ Aliás, a própria existência de dois mecanismos processuais só faz sentido se as consequências forem diversas. Um legislador razoável não multiplicaria, desnecessariamente, os mecanismos de destruição dos actos processuais penais inválidos.

Outro critério teórico que poderia ser utilizado para fazer a separação entre estes dois mecanismos seria considerar que os vícios formais originam uma mera nulidade processual penal e que, em contrapartida, os vícios materiais desencadeiam uma proibição de produção ou de valoração da prova. Também aí seria, afinal, muito fácil distinguir, entre uma coisa e outra. A violação da mera forma ou da substância daria lugar a consequências jurídico-processuais diferentes. No entanto, a verdade é que o próprio legislador ignorou esta possibilidade, dizendo que a violação das formalidades inerentes à constituição como arguido origina a proibição de valoração das declarações assim obtidas (arts. 58.º, n.º 5 e 59.º, n.º 3, do CPP)²⁴, dessa forma inviabilizando também a possibilidade de utilizar este padrão distintivo.

²¹ CORREIA, João Conde, *A distinção ...*, p. 185 e ss.

²² *Supra* 3.2.

²³ É o caso paradigmático de ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário ...* p. 326, que continua a confundir o carácter absoluto ou relativo da proibição com o carácter absoluto ou relativo do mecanismo de destruição destes atos. E não se diga que esta tese viola a jurisprudência do TEDH. Por um lado, o TEDH limitou-se a constatar que naqueles casos, seguindo a terminologia nacional, as provas não seriam abusivas. Por outro lado porque, estabelecendo a CEDH um padrão mínimo, nada impede que o Estado português estabeleça um grau de tutela dos direitos fundamentais mais ambiciosos: o que ele não pode fazer é criar um regime menor.

²⁴ CORREIA, João Conde, *A distinção ...*, p. 187.

Um terceiro critério de separação resultaria da disponibilidade ou da indisponibilidade do interesse tutelado pela norma jurídica violada. Nas nulidades estariam em causa interesses disponíveis e nas proibições de produção ou de valoração da prova interesses indisponíveis. Mais uma vez, teoricamente, uma bússola segura para estabelecer a necessária separação das águas. Só que, a verdade é que existem nulidades disponíveis (art. 120.º, do CPP) e indisponíveis (art. 119.º do CPP) e proibições de prova indisponíveis (tortura) e disponíveis (art. 34.º, n.º 2, da CRP): em certos casos o interessado pode consentir na diligência, legitimando a intervenção estadual²⁵.

Nenhum destes critérios é, portanto, fiável para estabelecer a necessária linha de fronteira entre uma coisa e outra. Todos eles têm limitações. A resposta, decorrente das opções técnicas do legislador, não é assim tão fácil.

A solução só poderá, por isso, encontrar-se no direito constitucional. A generalidade das proibições de produção e de valoração de prova tem a sua génese nas opções constitucionais sobre o processo penal. Há provas proibidas (art. 32.º, n.º 8, primeira parte, da CRP) e provas admissíveis mas sujeitas a formalismos sem os quais são abusivas (art. 32.º, n.º 8, segunda parte, da CRP): são mecanismos de restrição dos direitos fundamentais não consentâneos com a autorização constitucional. O critério deverá, portanto, ser constitucional, separando entre aquilo que é constitucionalmente admissível e aquilo que é constitucionalmente proibido (em termos relativos ou absolutos)²⁶.

5. Diferenças entre os mecanismos das nulidades e das proibições de prova

Em termos processuais penais a distinção dogmática e adjetiva entre proibições de produção e de valoração de prova e nulidades tem várias manifestações práticas. Apesar da proximidade dos mecanismos (relativos à patologia processual), as consequências não são sempre iguais, aproximando-se nuns casos e divergindo noutros. A geometria dos mecanismos não é simétrica.

5.1. Taxatividade das nulidades processuais penais e *numerus apertus* das proibições de prova

Já vimos que as nulidades processuais penais têm um sistema taxativo (art. 118.º, n.º 1, do CPP), que só excepcionalmente, quando estiverem em causa princípios constitucionais,

²⁵ CORREIA, João Conde, *Qual o significado de abusiva...*, p. 52 e ss. O que não significa depois, como já vimos, que também as consequências processuais sejam distintas. Trata-se, apenas, de saber se são ou não são abusivas (art. 32.º, n.º 8, 2ª parte, da CRP) e não quais os seus efeitos quando, de facto, são abusivas.

²⁶ A *inutilizzabilità* pressupõe uma prova vetada por intrínseca ilegitimidade objetiva (*de per se*) ou então uma prova vetada por efeito do procedimento aquisitivo, cuja manifesta ilegitimidade a põe completamente fora do sistema processual. Neste sentido, na jurisprudência a decisão da Corte de Cassazione (sezione unite) de 27 de março de 1996 e na doutrina, FANULI, Giuseppe, Luigi, *Inutilizzabilità e nullità della prova*, Milano, Giuffrè (2004), p. 23. A categoria provas inconstitucionais surgiu em Itália, no início da década de setenta do século passado, abrangendo as provas violadoras dos direitos constitucionais não disciplinadas no *Codice di Procedura Penale* [CONTI, Carlotta, *Accertamento del fatto e inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, CEDAM (2007), p. 151].

poderá ser ultrapassado²⁷. Se a nulidade não estiver cominada na lei como consequência para a violação do formalismo processual previsto o vício, seja qual for a sua gravidade, será tratado como mera irregularidade (art. 123.º do CPP). Seria esse o caso, por exemplo, de uma grave violação do princípio do contraditório (embora esteja presente o defensor é completamente impedido de exercer as suas funções, nos termos do art. 327.º do CPP), equiparável à própria falta de defensor (art. 119.º al^a e], do CPP), que, por constituir uma violação daquele princípio (art. 38.º, n.º 5, da CRP), deverá constituir mais do que uma mera irregularidade²⁸. De todo o modo, tirando esses casos excepcionais, a verdade é que no mais vigora um rigoroso princípio da taxatividade das nulidades processuais penais. Se o vício não estiver previsto, o ato não pode ser anulado, por maior que seja a sua gravidade, sendo relegado para as meras irregularidades²⁹.

Pelo contrário, as proibições de prova não têm um sistema taxativo. Podem existir ainda que não exista qualquer cominação legal para o efeito (*numerus apertus*). No nosso caso, por exemplo, mesmo que não houvesse norma processual semelhante ao atual artigo 58.º, n.º 5, do Código de Processo Penal, se estivesse em causa uma grave violação do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* sempre deveria ser desencadeada a correspondente proibição de valoração das provas assim obtidas. Uma coisa não é dependente da outra. A violação daquele princípio constitucional convoca uma sanção processual. É por isso que, na Alemanha, se defende que a violação do direito a um processo justo poderá desencadear a proibição das provas, assim, conseguidas e convocar uma verdadeira proibição de valoração³⁰. Em suma, não obstante a inexistência de uma sanção processual expressa poderá haver meios ou métodos de prova que não podem ser utilizados, produzidos ou, sequer, valorados³¹.

5. 2. Conhecimento officioso ou conhecimento a pedido do interessado

A esmagadora maioria das nulidades processuais penais só pode ser conhecida se tiver sido invocada pelo interessado (art. 120.º do CPP). Tirando os casos excepcionais dos artigos 119.º, 321.º e 330.º do Código de Processo Penal todas as restantes nulidades dependem da

²⁷ Como refere Alessandro MALIVERNI [*Principi del processo penale*, Torino, G. Giappichelli (1971), p. 208 e ss.] a Lei Fundamental estabelece diversos princípios relativos ao processo penal, de modo que, quando o legislador ordinário os contraria, a constitucionalidade das normas pode ser questionada. Da mesma forma, no processo penal também deverá haver um mecanismo de retirar eficácia aos atos processuais violadores das disposições legais que tutelam princípios constitucionais, mesmo quando esse preceito não prevê a nulidade como consequência dessa violação. A ordem jurídica não pode estabelecer a eliminação das disposições legais contrárias à constituição e deixar incólume os actos processuais violadores das disposições legais que acolhem ou concretizam preceitos contorcionais. Nestes casos o fundamento da nulidade encontra-se no próprio preceito constitucional violado.

²⁸ A dúvida que o exemplo suscita consiste em saber se, em bom rigor, se trata de um ato nulo ou da violação de uma proibição de prova, desencadeadora da respetiva proibição de valoração dos conhecimentos probatórios assim logrados, por violação das garantias de defesa (art. 32.º, n.º 1, 3 e 5, da CRP).

²⁹ CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise...*, p. 142 e ss.

³⁰ RZEPKA, Dorothea, *Zur Fairness in Deutschen Strafverfahren*, Frankfurt am Main, Vitorio Klostermann (2000), p. 137 e ss. e a jurisprudência aí citada.

³¹ CORREIA, João Conde, *A distinção ...*, p. 194; TEIXEIRA, António de Jesus, *Os limites do ...*, p. 27.

arguição do interessado³². Por isso mesmo, se a violação das formalidades relativas à constituição como arguido for uma proibição de prova desencadeadora de nulidade sanável das provas obtidas (como diz Paulo Pinto de Albuquerque), a sua violação só pode conhecida se for invocada pelo visado e as respetivas declarações podem ser utilizadas nos termos do artigo 356.º do Código de Processo Penal. Se aquele nada disser as suas declarações, ainda que ilegalmente obtidas, podem ser validamente usadas.

Já as proibições de produção e de valoração de prova podem ser conhecidas oficiosamente, seja em primeira instância, seja em sede de recurso. O juiz deve agir *ex officio*³³. A gravidade excecional do vício impõe um tratamento excecional. É certo que o artigo 410.º, n.º 3, do Código de Processo Penal só fala de nulidade que não deva considerar-se sanada. No entanto, as proibições de prova são, como vimos, muitas vezes são denominadas nulidades (art. 126.º, n.ºs 1 e 3, do CPP) e estas nulidades não podem considerar-se sanadas (art. 449.º, n.º 1, alª c), do CPP³⁴). O juiz sempre teria que as conhecer. Acresce que, mesmo que assim não seja, constituem um verdadeiro erro de direito de conhecimento oficioso. Esta invalidade não pode passar incólume, aproveitando a mera inércia do interessado.

5.3. Sanabilidade das nulidades e insanabilidade das proibições de prova

Outra distinção importante entre o regime das proibições de prova e o regime processual penal das nulidades resulta do carácter insanável de umas e da sanabilidade das outras: todas as nulidades processuais, mesmo aquelas que o legislador reputa insanáveis (art. 119.º, 321.º e 330.º do CPP), são afinal sanáveis. Depois de transitada em julgada a decisão final de nada valerá ao arguido dizer que foi violada uma formalidade processual cominada com nulidade, nomeadamente que só foi julgado por dois juízes [art. 119.º, alª a), do CPP], que o Ministério Público não tinha promovido o processo [art. 119.º, alª b), do CPP] ou não estava presente (art. 330.º, n.º 1, do CPP), que o seu defensor também não esteve presente [art. 119.º, alª c) e 330.º, n.º 1, do CPP] ou que a audiência de discussão e julgamento não foi pública (art. 321.º, do CPP). Se estes vícios não forem oportunamente conhecidos (de forma oficiosa ou a pedido) os efeitos jurídicos precários que o ato processual penal inválido produziu consolidam-se na ordem jurídica e não podem ser alterados. O caso julgado é «*la più vistosa e potente causa di sanatoria*»³⁵, impedindo a anulação posterior do processado.

O mesmo acontece, de forma ainda mais célere, no caso das nulidades dependentes de arguição (art. 120.º do CPP): o termo do prazo perentório previsto para o efeito, a obtenção da faculdade a que o ato anulável se dirigia ou a aquiescência do interessado

³² CORREIA, João Conde, *A distinção ...*, p. 194; SILVA, Germano Marques da, *Curso de Processo Penal*, Lisboa Verbo (1993), II, p. 66 e ss.; MEIREIS, Augusto Alves, *O regime das provas ...*, p. 222; OLIVEIRA, Pedro Martins de, *Da autonomia do regime...*, p. 266.

³³ Na doutrina nacional: AGUILAR, Francisco, *Dos conhecimentos fortuitos obtidos através de escutas telefónicas*, Coimbra, Almedina (2004), p. 89; SILVA, Germano Marques da, *Curso ...*, p. 106; MEIREIS, Augusto Alves, *O regime das provas ...*, p. 191; TEIXEIRA, António de Jesus, *Os limites do ...*, p. 28; Luís Bértolo, *Consequências processuais ...*, p. 243; OLIVEIRA, Pedro Martins de, *Da autonomia do regime...*, p. 277; ou MORÃO, Helena, *O Efeito à distância...*, p. 596.

³⁴ Sobre esta insanabilidade, *infra* 5.3.

³⁵ CONSO, Giovanni, *Il concetto e le specie di invalidità*, Milano, Giuffrè (1955), p. 95.

impedem a destruição do processado, permitindo a consolidação dos efeitos do ato anulável. Apesar do vício que o afeta, o legislador – em homenagem à segurança jurídica e à economia processual – permite a manutenção do ato inválido³⁶. Por isso mesmo, se a invalidade decorrente da violação das formalidades relativas à constituição como arguido fosse destruída através do mecanismo processual das nulidades, as declarações prestadas pelo visado poderiam ser facilmente utilizadas em audiência de discussão e julgamento. Sempre que ele não invocasse o vício no próprio ato [art. 120.º, n.º 3, alª a), do CPP] ou, numa tese mais generosa, até ao encerramento do debate instrutório [art. 120.º, n.º 3, alª c), do CPP] o seu valor gnosiológico manter-se-ia incólume, podendo fundamentar a condenação do arguido. Ainda que ele agora o viesse invocar, o vício já estaria sanado.

Já as proibições de prova determinam uma invalidade insanável: o artigo 449.º, n.º 1, alª e), do Código de Processo Penal consagra hoje a possibilidade da revisão nos casos em que se descobrir que serviram de fundamento à condenação provas proibidas, nos termos dos números um a três do artigo 126.º. O reconhecimento crescente da importância da metodologia utilizada para a bondade do resultado final levou à introdução desta nova causa de revisão³⁷. A gravidade da ilegalidade cometida fragiliza a própria fiabilidade da decisão final. Ora, se o vício não fica sanado com a formação da *res judicata* como é que pode dizer que fica sanado no decurso do processo. Ele pode ser invocado a todo o tempo, antes e depois do trânsito em julgado.

5. 4. Renovação do ato inválido

Nas nulidades processuais, sobretudo por força do seu carácter formal ou instrumental, vigora um amplo princípio de renovação do ato inválido. Nos termos do artigo 122.º, n.º 2, do Código de Processo Penal: a «declaração de nulidade determina, sempre que necessário e possível, a sua repetição». O que, desde que o prazo ainda não tenha expirado (nos termos do art. 202.º do CPC «o ato nulo não pode ser renovado se já expirou o prazo dentro do qual devia ser praticado»³⁸), deverá acontecer geralmente. O ato deve ser, de novo, praticado, com todo o formalismo legal, repondo-se a legalidade processual.

³⁶ CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise...*, p. 176 e ss.

³⁷ CORREIA, João Conde, *O «mito do caso julgado» e a revisão propter nova*, Coimbra, Coimbra Editora (2010), p. 490; CARNEIRO, Ana Teresa, *Dos fundamentos do recurso extraordinário de revisão*, Lisboa, Rei dos Livros (2012), p. 129 e ss.

³⁸ O ac. do TC n.º 27/2001, de 30 de janeiro, considerou que «o estabelecimento de um prazo peremptório para requerer a abertura da instrução – prazo esse que, uma vez decorrido impossibilita a prática do acto – insere-se ainda no âmbito da efectivação plena do direito de defesa do arguido. E a possibilidade de, após a apresentação de um requerimento de abertura de instrução, que veio a ser julgado nulo, se poder ainda repetir, de novo, um tal requerimento para além do prazo legalmente fixado, é, sem dúvida, violador das garantias de defesa do eventual arguido ou acusado. Com efeito, a admissibilidade de renovação do requerimento não permitiria que transitasse o despacho de não pronúncia, assim desaparecendo a garantia do arguido de que, por aqueles factos não seria de novo acusado» e que «se se focar, agora, a perspectiva do direito da assistente de deduzir a acusação através do requerimento de abertura da instrução, a não admissibilidade de renovação do requerimento por decurso do prazo não constitui uma limitação desproporcionada do respectivo direito, na medida em que tal facto lhe é exclusivamente imputável, para além de constituir – na sua possível concretização - uma considerável afectação das garantias de defesa do arguido».

No que respeita às proibições de produção e de valoração de prova, atentos os interesses em jogo, em princípio, a repetição do ato é impensável. Se o ato é em si mesmo proibido (art. 32.º, n.º 1, primeira parte da CRP) não se concebe, sequer teoricamente, a sua repetição (v.g. tortura). Seria afrontar, de novo, a proibição e cometer outra vez o crime (art. 243.º do CP). Já se o ato for repetível (por exemplo, só estão em causa as formalidades imprescindíveis para que não seja abusivo do ponto de vista constitucional, nos termos do art. 32.º, n.º 8, segunda parte, da CRP), a repetição pode ser, na prática, impossível (v.g. escutas, gravações) porque passou a oportunidade ideal para o efeito; será impensável fazer uma escuta em julgamento. Devido ao normal desenrolar do processo, o ato já não pode ser eficazmente praticado.

Para além destas situações, em que a repetição do ato é teórica ou praticamente impensável, existem alguns casos em que ele poderá ser repetido³⁹. O visado pode sempre confessar em julgamento, superando o desvalor das declarações inicialmente obtidas com violação das formalidades relativas à constituição como arguido (art. 58.º do CPP). Nesse caso, a sua conduta posterior dissipará a mácula inicial, interrompendo o efeito à distância decorrente daquela violação inicial⁴⁰. Seja como for, nesse caso, também não se colocará a necessidade da utilização dos elementos genoseológicos então adquiridos, por forma a superar as dificuldades probatórias depois surgidas em audiência de discussão e julgamento⁴¹. Para evitar esta impossibilidade, nos casos em que isso venha a ser mesmo necessário, importa *ab initio* cumprir todas as formalidades relativas à constituição como arguido.

5.5. Conversão do ato inválido

O Código de Processo Penal não fala do fenómeno da conversão do acto processual penal inválido. De todo o modo, o artigo 195.º, n.º 3, do Código de Processo Civil prescreve que «se o vício de que o ato sofre impedir a produção de determinado efeito, não se têm como necessariamente prejudicados os efeitos para cuja produção o ato se mostre idóneo». Assim, por exemplo, um recurso de revisão interposto antes do trânsito poderá ser convertido num recurso ordinário, desde que contenha todos os requisitos indispensáveis à validade do novo ato⁴². O mesmo acontecerá, num exemplo ainda mais

³⁹ Segundo o TC será, por exemplo, o caso do reconhecimento pessoal. Um reconhecimento nulo não «invalida toda e qualquer diligência subsequente que vise a identificação de uma pessoa (no caso o arguido), ainda que essa diligência seja já um reconhecimento com observância de todas as formalidades legais». É certo «que, antecedido de um reconhecimento inválido, um reconhecimento regular não beneficiará já de todas as condições de genuinidade do ato, sendo igualmente possível que um eventual erro cometido no primeiro reconhecimento se converta numa realidade psicológica para quem procedeu a esse reconhecimento. Mas será aí que ... pode funcionar a livre convicção do julgador na apreciação da prova, tendo em conta não só o resultado do reconhecimento em causa, como todo o material probatório que lhe é presente em julgamento, já que é em julgamento que o arguido tem todas as possibilidades de exercer o contraditório perante esse material, visando, designadamente instalar, no mínimo, a dúvida sobre os reconhecimentos (válidos) efectuados» (Ac. n.º 199/2004, de 24 de março).

⁴⁰ *Infra* 5.7.

⁴¹ Esta possibilidade não confirma a tese de Paulo Pinto de Albuquerque quanto ao carácter relativo do vício, demonstrando apenas o carácter relativo da proibição.

⁴² CORREIA, João Conde, O «Mito» do caso julgado ..., p. 476; para a problemática em geral IDEM, Contributo..., p. 186/7.

simples, com um recurso dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça em vez de ser dirigido ao Tribunal da Relação competente. Nada impede aqui que o ato seja convertido num ato válido, do qual contenha todos os requisitos legais.

No caso das proibições de produção e de valoração de prova esta problemática é mais complexa. Embora, nos termos do artigo 125.º do Código de Processo Penal, sejam «admissíveis as provas que não sejam proibidas por lei», a mutação não pode constituir uma fraude à lei⁴³. O ato proibido só pode ser convertido noutra ato probatório desde que este também seja válido, *id est* contenha todos os requisitos previstos na lei. Assim, no nosso caso, dificilmente poderemos encontrar outro ato processual semelhante no qual possa ser convertido o interrogatório. Embora teoricamente admissível a conversão parece ser, na generalidade dos casos, praticamente inviável.

5.6. Redução do ato inválido

O Código de Processo Penal também não é muito claro no que concerne à possibilidade de redução do ato processual penal inválido. O artigo 122.º, n.º 3, referindo-se aos atos complexos, estipula que «ao declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela». Será o caso da declaração de nulidade de uma parte da audiência, que foi feita sem a presença do magistrado do Ministério Público (art. 330.º do CPP) ou, então, sem a imprescindível publicidade (art. 321.º do CPP). Por força da economia processual não será necessário repetir tudo⁴⁴.

O mesmo deverá acontecer com os atos não complexos. O princípio deverá ser idêntico. Segundo o artigo 195.º, n.º 2, do Código de Processo Civil: «a nulidade de uma parte do ato não prejudica as outras partes que dela sejam independentes». É, insistimos, um princípio de economia processual. A repetição do ato nada de útil acrescentará.

No que concerne às proibições de produção e de valoração de prova, dificilmente se poderá falar de redução do ato processual penal. Um depoimento obtido sob tortura não pode ser reduzido à parte alegadamente obtida sem ela, porque sempre ficará a dúvida sobre o seu carácter livre e esclarecido, isto é, sempre subsistirá uma dúvida insanável sobre a bondade da parte válida⁴⁵. A especial gravidade do vício parece lançar um anátema sobre todo o ato. Ainda assim um depoimento que tem partes que focam segredo de estado poderá ser reduzido à parte válida (nos termos do art. 137.º, n.º 1, do CPP, a testemunha só não pode ser inquirida sobre aquilo que constitui segredo de Estado). Neste caso a violação não afeta todo o ato, podendo haver aqui redução⁴⁶.

⁴³ O ac. do TC. n.º 137/2001 (de 28 de março) já considerou que «é claramente lesivo do direito de defesa do arguido, consagrado no n.º 1 do artigo 32.º da Constituição, interpretar o artigo 127.º do Código de Processo Penal no sentido de que o princípio da livre apreciação da prova permite valorar, em julgamento, um acto de reconhecimento realizado sem a observância de nenhuma das regras previstas no artigo 147.º do mesmo diploma».

⁴⁴ CORREIA, João Conde, *Contributo para a análise...*, p. 187 e ss.

⁴⁵ TEIXEIRA, António de Jesus, *Os limites ...*, p. 31

⁴⁶ Contra TEIXEIRA, António de Jesus, *Os limites ...*, p. 31.

5.7. Efeito à distância

O último ponto de atrito entre o regime das nulidades processuais penais e as proibições de produção ou valoração de prova consiste no eventual efeito à distância desencadeado pelo vício original. O artigo 122.º, n.º 1, do Código de Processo Penal consagra o conceito de invalidade derivada, dispondo que «as nulidades tornam inválido o ato em que se verificarem, bem como os que dele dependerem e aquelas puderem afectar». Desta forma, o legislador estabelece uma rigorosa ligação entre a invalidade o ato inicial e a invalidade subsequente. A invalidade comunica-se, irremediavelmente, aos atos posteriores, obrigando – se possível – a uma repetição integral de todo o ilicitamente processado.

No domínio das proibições de produção ou de valoração de prova o legislador português não foi tão eloquente: omitiu qualquer referência expressa ao problema. No entanto, nem a independência proclamada no artigo 118.º, n.º 3, do Código de Processo Penal, nem esta deplorável omissão significam, inevitavelmente, a sua exclusão. A existência de um *fernwirkung* é hoje (seja qual for a sua legitimidade normativa) inquestionável entre a doutrina e a jurisprudência nacionais⁴⁷.

Mesmo assim, devido ao carácter geralmente irrepetível das provas e às exigências de eficácia da justiça penal (também ela entretanto erigida a bem jurídico-constitucional⁴⁸) a jurisprudência e a doutrina cedo tentaram temperar o rigor deste efeito com teorias como a fonte independente, a descoberta inevitável ou a mácula dissipada. A violação da proibição de prova não desencadeia necessariamente a proibição da sua violação.

5.7.1. Nulidade sanável e efeito à distância

A tese preconizada por Paulo Pinto de Albuquerque teria claros reflexos ao nível das provas subsequentes. Se estiver em causa uma nulidade sanável todas as provas dependentes daquelas declarações poderiam – mesmo contra a vontade do visado – ser utilizadas, nos caos em que a invalidade da prova inicial fosse sanada. A indicação do local onde se encontra a arma do crime ou a sua reconstituição⁴⁹ sem qualquer advertência prévia do *privilege against self-incrimination* poderiam ser validamente utilizadas sem quaisquer constrangimentos, sempre que o vício original estivesse ultrapassado. Os frutos da árvore proibida seriam admissíveis sem a intervenção de qualquer fonte independente de prova, da sua descoberta inevitável ou da dissipação da mácula original. A mera sanção do vício, por inércia do arguido, seria suficiente.

⁴⁷ CORREIA, João Conde, A distiçãõ ..., p. 200; OLIVEIRA, Luís Pedro Martins de, *Da autonomia ...*, p. 286 e ss.; ROSA, Luís Bértolo, *Consequências processuais ...*, p. 235 e ss.; TEIXEIRA, António de Jesus, *Os Limites do ...*, p. 63 e ss.; MORÃO, Helena, *O Efeito à distância...*, p. 596 e ss.

⁴⁸ Por todos, cfr. CORREIA, João Conde, *Bloqueio Judicial à suspensão provisória do processo*, Porto, Universidade Católica Editora (2012), p. 94 e ss.

⁴⁹ Para a reconstituição do facto, cfr. DUARTE, Eurico Balbino, *Making of – A reconstituição do facto no processo penal português*, AA.VV. Prova criminal e direito de defesa, Coimbra, Almedina (2010), p. 47 e ss.

6. Utilização das declarações prestadas com violação das formalidades relativas à constituição como arguido *in bonam partem*

O artigo 58.º, n.º 5 (e, por remissão o art. 59.º), do Código de Processo Penal prescreve que a omissão ou a violação das formalidades previstas para a constituição como arguido implica que as declarações não podem ser utilizadas como prova.

Este regime coloca, todavia, o problema suplementar da possibilidade de as valorar *in bonam partem*. Isto é, em favor do arguido: imaginem que o arguido confessou em julgamento, mas tinha negado durante o inquérito e que essas declarações, apesar de conduzirem à sua absolvição, não podem agora ser valoradas, por terem sido violadas as formalidades relativas à constituição como arguido.

Para uma corrente doutrinal clássica, a resposta a esta questão será, certamente, negativa: aquelas declarações não podem ser valoradas mesmo que possam conduzir à absolvição do arguido ou de terceiros. As proibições de prova, concebidas como limitações à descoberta da devem valer mesmo quando o método, o meio ou o tema de prova proibido é utilizado, exclusivamente, a favor do arguido ou de terceiro, pois a violação daquele formalismo é independente do resultado obtido⁵⁰. Admitir uma exceção, ainda que por inquestionáveis razões de justiça material, poderia, a curto prazo, provocar a completa subversão de todo o sistema das proibições de prova.

Para outra corrente doutrinal mais recente e cujo caudal parece estar a engrossar, a resposta será afirmativa. As proibições de produção ou de valoração de prova foram criadas para beneficiar o arguido e não para o prejudicar. Do seu carácter protetivo resultaria apenas a proibição da utilização *in malam partem*. A valoração *in bonam partem* seria admissível⁵¹. Nos casos em que o valor da prova proibida já produzida é suficiente para, por si só, contrariar o resultado das restantes provas e não existe qualquer outro modo, menos agressivo, para demonstrar a inocência do arguido, a sua valoração ainda seria aceitável.

⁵⁰ Cfr., por exemplo, KLEINKNECHT, Theodor *Die Beweisverbote im Strafprozeß*, NJW (1966), p. 1543, KLEINKNECHT/MEYER-Goßner, *Strafprozeßordnung*, München, C.H.Beck (1999), p. 10/11, KÜPPER, Georg, *Tagebücher, Tonbänder, Telefonate*, JZ (1990), p. 418 ou, entre nós, DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora (1974), p. 459, para quem «nada do que dissemos se modifica quando o método seja usado com a exclusiva intenção de constituir um *meio de defesa* do arguido, visando este demonstrar por essa via a sua inocência: a autonomia ética da personalidade e a dignidade da pessoa humana são valores *absolutos, irrenunciáveis* e cuja violação não pode ser justificada por quaisquer fins que com elas conflituem».

⁵¹ É o caso de: DENCKER, Friedrich, *Verwertungsverbot im Strafprozeß*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG (1977), p. 93 e ss.; de ROGALL, Klaus, *Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten*, ZStW (1979), p. 38; de LABER, Birgit, *Die Verwertbarkeit von Tagebuchaufzeichnungen im Strafverfahren*, Frankfurt am main, Berlin, Bern, Bruxelles, New York, Wien, Peter Lang (1995), p. 99 e ss. de de BRANDIS, Tobias, *Beweisverbote als Belastungsverbote aus Sicht des Beschuldigten?* Frankfurt am Main, Peter Lang (2001), p. 148 e ss.; de PIRRO, Guido, *Una nuova specie d'invalidità l' inutilizzabilità degli atti processuali penali*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (1992), p. 198/9; de CORDERO, Franco, *Prove illecite nel processo penale*, RIDDP (1961), p. 54 e ss.; de HUERTAS MARTÍN, M. Isabel, *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, Barcelona, J.M. Bosch Editor (1999), p. 144 e ss.; e de GUARIGLIA, Fabricio, *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal una propuesta de fundamentación*, Buenos Aires, Editores del Puerto (2005), p. 182 e ss. Na decisão do BverfG de 14 de setembro de 1989 (segundo caso do diário), também os quatro juizes vencedores defenderam, claramente, essa tese (NJW [1990], p. 565).

Apesar de tomar conhecimento da inocência do condenado através da valoração de um meio proibido de prova, o juiz não pode fechar os olhos e persistir na condenação: um Estado de direito deverá considerar todos os indícios da inocência do arguido.

A resposta, acompanhando o complexo discurso das proibições de prova, não poderá ser, em nosso entender, mais uma vez, tão simples nem tão linear. Se uma exclusão generalizada parece ser excessiva, a verdade é que também uma admissão generalizada seria impensável, afrontando os valores que as proibições de prova pretendem tutelar: nada, nem mesmo a absolvição de um inocente, poderá legitimar, por exemplo, o uso da tortura⁵². A exceção, rapidamente, podia ser generalizada, tornando-se, mesmo, sob a capa protetora das boas intenções, de novo, na regra hedionda.

Uma vez que as proibições de prova são, no essencial, verdadeiras limitações à descoberta da verdade impostas pela necessidade de salvaguardar os direitos individuais, parece-nos, desde logo, evidente que uma prova proibida poderá ser utilizada quando o titular ou titulares dos direitos por elas acautelados puderem prescindir (art. 126.º, n.º 2, do CPP e arts. 32.º, n.º 8, 2ª parte e 34.º da CRP) e, efetivamente, prescindam da sua proteção⁵³. Se eles consentirem na violação dos seus direitos, em bom rigor não há prova proibida (art. 126.º, n.º 3, do CPP), nem aquele limite intransponível à descoberta da verdade essencial ao Estado de direito.

No entanto, como – mesmo nos casos em que isso seja possível – ninguém pode obrigar o beneficiário do interesse protegido pela norma jurídica violada a prescindir dessa tutela (o próprio arguido poderá preferir as consequências da condenação a abdicar daquela) e para além daqueles direitos individuais podem estar também em causa interesses coletivos, perguntar-se-á se a utilização e de uma prova proibida *in bonam partem* não deverá ser mais lata do que a resultante dos limitados mecanismos do consentimento⁵⁴? Um Estado de direito poderá, a pretexto da violação dos direitos individuais ou de outros interesses, ignorar as provas da inocência de um arguido, *maxime* quando já só está em causa a sua valoração oficial? A condenação de um inocente não será, muitas vezes, uma afronta aos direitos individuais superior à resultante da mera violação de uma proibição de valoração de prova?

A desejável solução do enigma parece estar aqui, mais uma vez, na concordância prática entre os diversos direitos antagónicos⁵⁵. Se no caso das «provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa da integridade física ou moral da pessoa» (art. 32.º, n.º 8, 1ª parte, da CRP) parece difícil fazer concessões (mesmo *in bonam partem*), já no caso das provas obtidas

⁵² Sempre que estiver em causa o núcleo inviolável e intangível da dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) ou de qualquer outro direito fundamental não susceptível de restrição (por exemplo, o direito à vida – art. 24.º, n.º 1, da CRP) não há transação possível (neste sentido, cfr. BRANDIS, Tobias, *Beweisverbote...*, p. 183).

⁵³ CORREIA, João Conde, *A distinção...*, p. 177 e ss.

⁵⁴ No caso da utilização de diários íntimos, o condenado (apesar de continuar a protestar a sua inocência) poderá querer optar pela condenação em detrimento da divulgação do seu conteúdo. O seu alibi pode estar nesse diário, mas o conhecimento público daquele pode representar a sua irremediável destruição ou a destruição de um terceiro [CORREIA, João Conde, *Questões práticas relativas à utilização de diários íntimos como meio de prova em processo penal*, RCEJ (2007), I, p. 159].

⁵⁵ BRANDIS, Tobias, *Beweisverbote...*, p. 183.

mediante «abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações» (art. 32.º, n.º 8, 2ª parte, da CRP) será possível encontrar as soluções processuais mais adequadas à harmonização dos interesses conflitantes, sem a completa aniquilação de algum deles⁵⁶. As proibições de prova foram gizadas para proteger os direitos individuais e não para os imolar.

Neste cenário, a antiga redação do artigo 58.º, n.º 3 (correspondente ao atual n.º 5), do Código de Processo Penal, era clara, prescrevendo que «a omissão ou violação das formalidades ... implica que as declarações prestadas pela pessoa visada não podem ser utilizadas como prova contra ela», assim permitindo, *a contrario*, a sua integral utilização *in bonam partem*. Estando em causa apenas a violação das formalidades relativas à constituição como arguido esta solução era lógica e compreensível. Se as instâncias formais de controlo violam aquelas disposições, ao menos que depois daí retirem os conhecimentos favoráveis ao arguido.

Apesar da opção legislativa, a mesma tese deverá ser válida na redação atual. As formalidades relativas à constituição como arguido protegem-no contra uma intervenção estadual arbitrária, não o podendo jamais prejudicar.

7. Declarações por remissão

A problemática das declarações por remissão é completamente alheia à *quaestio* das consequências da violação das formalidades relativas à constituição como arguido: recentemente começou a discutir-se se podiam ou não ser utilizadas declarações anteriores, prestadas perante autoridade judiciária, que se limitavam a reproduzir aquilo que havia sido dito antes, perante os órgãos de polícia criminal⁵⁷.

É evidente que esta técnica processual não é, numa perspetiva teórica, recomendável e que os atos processuais devem ser completos. Num mundo ideal todos os autos deviam ser auto-suficientes. De todo o modo, mesmo assim, considerando as necessidades de eficácia e de economia processual, o legislador vem reconhecendo, há muito, a existência de atos processuais (mesmo os mais importantes) por remissão (arts. 307.º, n.º 1, 389.º, n.º 1 e 391.º B, n.º 1, todos do Código de Processo Penal⁵⁸). Seria um desperdício de tempo e de meios copiar constantemente aquilo que já consta do processo. Deste modo, também nada obsta à reprodução dos interrogatórios ou inquirições por remissão para o teor de anteriores atos processuais penais, *maxime* anteriores declarações.

⁵⁶ A letra do art. 32.º, n.º 8, da CRP, não parece ser um obstáculo sério à utilização de certas provas proibidas (mesmo as da primeira parte) em benefício do condenado, sobretudo quando apenas estiver em causa a valoração de uma prova já produzida.

⁵⁷ Ac. da Relação de Coimbra de 17 de dezembro de 2014 (processo 276/12.JACBR.C1).

⁵⁸ Na fórmula do TC «a fundamentação das decisões efectuada por remissão para outras peças do processo é uma técnica que se tem vindo a introduzir nos mais diferentes regimes processuais e que visa evitar o desperdício de tempo com a reprodução de textos que já constam do processo onde a decisão é proferida, sem prejuízo do respeito pelo dever de fundamentação e da sua cognoscibilidade pelo interessado» (ac. n.º 339/2008, de 19 de junho de 2008).

Neste contexto, se for certo que as declarações foram prestadas perante o Ministério Público ou o juiz de instrução criminal e que retratam fiel e voluntariamente o que havia sido dito antes, o seu valor probatório será pleno⁵⁹. A circunstância de remeterem para um ato anterior nada afeta o seu valor.

8. A falsidade do auto de constituição e interrogatório como arguido

O auto de constituição e interrogatório como arguido, realizado perante o Ministério Público ou perante o juiz de instrução criminal, faz prova dos factos materiais dele constantes, enquanto a sua autenticidade ou a veracidade do seu conteúdo não for fundamentadamente posta em causa (arts. 99.º, n.º 4 e 169.º do CPP). Enquanto isso não acontecer, o juiz não pode, livremente, discordar do seu valor probatório (art. 127.º do CPP).

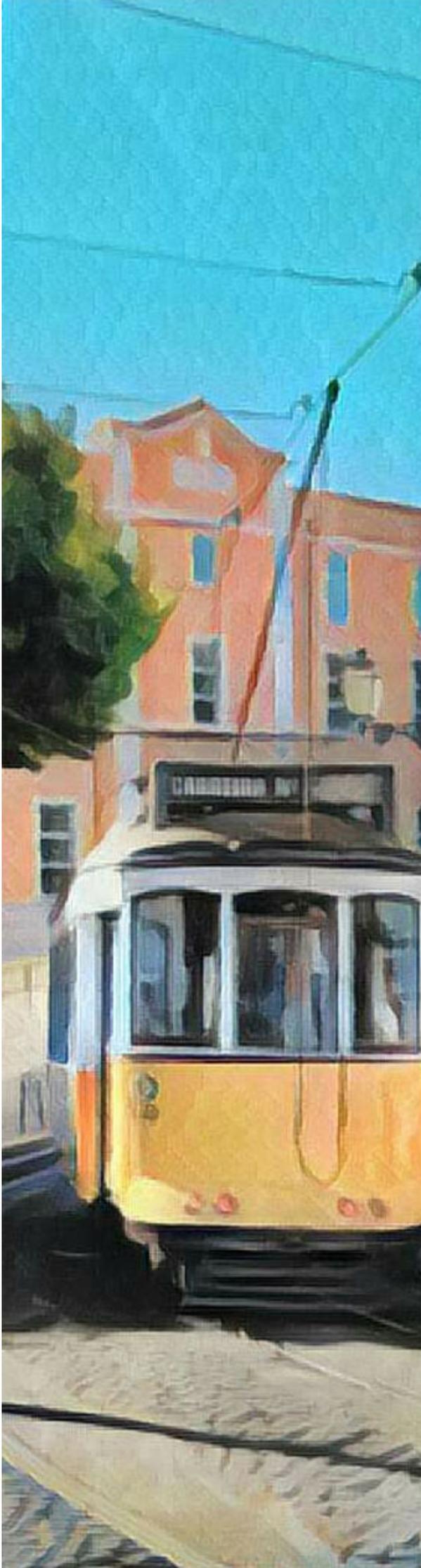
Com efeito, nos termos do artigo 169.º do Código de Processo Penal «consideram-se provados os factos materiais constantes de documento autêntico ou autenticado enquanto a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentadamente postas em causa». Dizer que, afinal, o Ministério Público não presidiu à diligência ou que o conteúdo dos autos foi alterado será, em princípio, insuficiente. A credibilidade probatória reforçada de que goza o auto (enquanto documento oficial) só pode ser abalada pela credibilidade da suspeita: uma simples possibilidade será pouco; terá que ser alcançado, pelo menos, o nível da elevada probabilidade. Assim, não basta uma qualquer insinuação, uma qualquer dúvida para invocar a falsidade do auto de interrogatório e, em consequência, não valorar as declarações nele contidas. Só quando «fundadamente» houver razões para acreditar que o documento não é autêntico (v.g. foi substituído por outro) ou o seu conteúdo não é verdadeiro (v.g. foi depois adulterado) poderá, livremente, apreciar-se o seu valor probatório (disso se dando depois, obrigatoriamente, conta em termos de fundamentação da convicção).

A fundada suspeita da falsidade do auto não autoriza o juiz a rejeitar, automaticamente, o seu valor gnoseológico. Seja por impulso dos restantes sujeitos processuais, seja *ex officio* (art. 340.º do CPP) ele deverá, previamente, tentar ultrapassar a dúvida suscitada, produzindo «prova sobre prova»; isto é, convocando todos os meios processuais admissíveis com vista a esclarecer a dúvida suscitada. Em causa estará, apenas, a corroboração da fiabilidade probatória daquele auto⁶⁰ e não o seu próprio conteúdo. Por exemplo, o funcionário convocado poderá informar se esteve ou não esteve presente, se o ato que relata aconteceu ou não, se as declarações foram ou não foram aquelas, mas já não poderá discorrer

⁵⁹ Para poderem ser validamente valoradas, as declarações do arguido anteriormente prestadas perante o juiz de instrução criminal ou o Ministério Público devem ser reproduzidas e examinadas em audiência (art. 355.º do CPP). Neste sentido confrontar o ac. da Relação de Coimbra, de 4 de fevereiro de 2015 (processo 212/11.1GACLB.C1) que convoca decisões anteriores, tiradas no domínio da redacção original do artigo 357.º do CPP. Todavia, já quanto às declarações para memória futura, o TC entendeu que o artigo 271.º, n.º 8, do CPP, não é inconstitucional «no segmento segundo o qual não é obrigatória, em audiência de discussão e julgamento, a leitura das declarações para memória futura» (ac. n.º 367/2014 de 6 de maio).

⁶⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *El control de la fiabilidad probatoria: «Prueba sobre la prueba» em el proceso penal*, Valencia, Ediciones Revista General de Derecho (1999), p. 29 e ss.

sobre o seu próprio conteúdo. O que está em causa é saber se o relato corresponde ou não ao ato realizado, tendo o mesmo em caso positivo valor probatório pleno e, em caso negativo, valor probatório nulo. O juiz não poderá valorar o seu conteúdo, *maxime* as declarações nele reproduzidas (na dúvida deverá utilizar o princípio *in dubio pro reo*).



**5.
A dinâmica da
investigação em
segmentos
criminais
específicos – a
investigação do
crime de tráfico
de estupefacientes**

Manuel Gonçalves

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A DINÂMICA DA INVESTIGAÇÃO EM SEGMENTOS CRIMINAIS ESPECÍFICOS – A INVESTIGAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES¹

Manuel Gonçalves*

1. Introdução
2. A distinção entre nulidades processuais e proibições de produção e de valoração de prova
3. O reconhecimento da autonomia técnica das proibições de produção e de valoração de prova no processo penal português arrasta a necessidade de as identificar
4. Critérios distintivos entre as proibições de produção ou de valoração e as nulidades
5. Diferenças entre os mecanismos das nulidades e das proibições de prova
6. Utilização das declarações prestadas com violação das formalidades relativas à constituição como arguido *in bonam partem*
7. Declarações por remissão
8. A falsidade do auto de constituição e interrogatório como arguido

Antes de mais permitam-me uma palavra de agradecimento ao CEJ, aqui representado pela Dr.ª Helena Fazenda, pelo convite que me foi dirigido para tratar um tema que me é grato. A investigação do crime de tráfico de estupefacientes.

A intervenção que nos propomos fazer pretende, ainda que de modo muito sucinto, tal como impõe o tempo concedido, tratar as seguintes questões:

1 - Tramitação dos inquéritos em que se investiga o crime de tráfico de estupefacientes:

- a) **Obtenção da notícia do crime, OPC's que, por força da lei, têm a seu cargo a investigação deste tipo de criminalidade e respectivas competências;**
- b) Pressupostos de que a lei faz depender tal competência;
- c) Caminho legislativo percorrido nesta área;
- d) Posição do M^o P^o em situações relacionadas com investigações efectuadas, em simultâneo, aos mesmos suspeitos por diferentes OPC.

2 - Os vários tipos de crime de tráfico de estupefacientes previstos no DL 15/93, (art^{os} 21^o, 24^o, 25^o e 26^o), bem jurídico protegido e ferramentas jurídicas mais eficazes na investigação do crime de tráfico de estupefacientes. A saber:

- a) Intercepções telefónicas;

¹ O texto que se segue tem na sua base a nossa comunicação oral, efectuada no Centro de Estudos Judiciários, no dia 13 de março de 2015, no âmbito da ação de formação «Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal». Por isso mesmo continua, irremediavelmente, marcado pela oralidade.

* Procurador da República Coordenador, Departamento de Investigação e Ação Penal de Lisboa.

b) **Entregas controladas** – previstas na Lei 144/99 de 31 de Agosto em especial no artº 160º-A – e regime jurídico das **Acções Encobertas** – lei 101/2001, de 25 de Agosto e 160-B, da Lei 144/99, antes citada.

3 - Algumas das dificuldades com que, no dia-a-dia, se deparam os Magistrados que têm a seu cargo as investigações relacionadas com tais processos.

Assim, na sequência da distribuição de temas acordado, passarei de imediato à análise das questões que me propus tratar.

Diga-se desde já que, a meu ver, a única coisa que distingue a tramitação de inquéritos relacionados com o tráfico de estupefacientes dos demais é, tão-somente, a urgência e resposta pronta com que tais processos precisam de ser apreciados, movimentados e decididos.

Na verdade, a eficácia das investigações depende, em muito, da resposta pronta e adequada que lhes é dada, enquanto que a urgência decorre da própria natureza do crime em apreço devidamente conjugado com os prazos fixados por lei, para apresentar os detidos ao JIC para primeiro interrogatório – 48h00, e, ainda, do prazo igualmente de 48 horas previsto no artº 188º do CPP para apresentar os autos e as intercepções telefónicas àquele Magistrado.

Prazos que, na prática, se reduzem por vezes, quando muito, a cerca de uma ou duas horas sabido como é que, os OPC's, precisam normalmente de tempo para, após as detenções, efectuarem outras diligências de investigação suscitadas pelas primeiras, testes rápidos aos estupefacientes apreendidos, inquirições de testemunhas, autos de reconhecimento, interrogatórios e elaborar o expediente relacionado com o auto de apresentação de detidos.

Situação que, em Lisboa, se agrava com o facto de o TIC só receber expediente e detidos após as **16h00 e até às 17h00, nos casos em que atinja as 48h00 até às 10/11 do dia seguinte.** - **Provimento 15/2003** de 28/10 do Juiz Presidente.

De facto, os inquéritos que, no DIAP, nos são remetidos já foram expurgados, por regra, das situações em que, após a detenção, tem lugar o julgamento em processo sumário previsto no artº 381º do CPP.

Daí que, sejam situações de criminalidade mais grave ou demorada na sua investigação a que, por regra, nos é comunicadas.

Em termos de instrução de processos, a mesma, ao invés das investigações, não suscita problemas especiais.

De facto, apreendido que seja o estupefaciente e detido(s) o(s) arguido(s), visados pela investigação as diligências a efectuar podem sinteticamente resumir-se da seguinte forma:

- Exame pericial a efectuar pelo LPC ao produto apreendido e aí entregue pelo OPC, acto contínuo à apreensão;

- Interrogatório complementar do arguido, quando tal se justifique, e inquirição das testemunhas.

O exame ao estupefaciente apreendido efectuado pelo perito do LPC deve obedecer aos requisitos previstos nos artºs 62º, do DL15/83 e 10º, da Portaria 94/96.

Ou seja, ordenada a realização do exame pericial pela autoridade judiciária competente – artº 62º nº1 –, o perito identifica, qualifica e quantifica, a planta, substância ou preparação examinada, o respectivo princípio activo ou substância de referência – cfr artº 10º da Portaria – indicando o peso bruto e liquido e procede ao acondicionamento e selagem da amostra cofre e remanescente, se o houver – artº 62º nº 2.

A amostra cofre fica depositada no cofre da PJ até que, proferida decisão final no processo, o juiz ordene a sua destruição – cfr. artº 62 nº 3, 5 e 6.

No que concerne ao remanescente, quando exista, deve o Mº Pº **ordenar a sua destruição no prazo de 5 dias após a junção ao inquérito do exame pericial em apreço - artº 62 nº 4 do DL 15/93 de 22 de Janeiro.**

O aludido exame, do qual deve constar o **grau de pureza e o número de doses correspondente** ao produto examinado, é muito importante, nos casos de consumo, desde logo porque, como decorre da Lei 30/2000, de 29 de Novembro, o consumo, aquisição e detenção para consumo de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV será contra-ordenação quando **não exceda a quantidade necessária para o consumo médio individual durante o período de 10 dias** – cfr artº 1º e 2º.

Importância evidenciada igualmente pelo disposto no artº 26º nº 3, do DL 15/93 - traficante consumidor - na medida em que, neste caso, se detiver plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a IV em quantidade que **exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias a lei afasta a possibilidade de lhe ser aplicado o disposto no artº 26º nº 1.**

Limites quantitativos para **cada dose média individual diária que constam do mapa anexo à Portaria 94/96, sendo expressos em gramas, excepto quando expressamente se indique unidade diferente.**

Anote-se, no entanto, que a aludida Portaria apenas nos dá resposta – artº 9º – para os casos de plantas, substâncias ou preparações constantes nas tabelas I a IV **de consumo mais frequente.**

E, em relação às restantes situações qual deve ser o critério?

A lei não dá resposta, o que cria situações em que não se vislumbra facilmente que se possa respeitar o princípio da tipicidade e legalidade.

Exemplo:

Como proceder nos casos de detenção, para consumo, de comprimidos ou outras substâncias e produtos cuja quantidade necessária para o consumo médio individual diário não conste da lei?

Como distinguir as situações integradoras de contra -ordenação das que integram o crime de consumo?

Leva-se em consideração o quê?

O número de unidades, nos casos dos comprimidos, como é feito em alguns países ? Ou estaremos sempre perante uma contra-ordenação? E nos demais casos?

Por outro lado, impõe-se fazer, ainda, uma chamada de atenção para a necessidade de, em alguns casos concretos, tais exames serem solicitados e efectuados com a **máxima urgência**.

De facto, no caso das plantações de Cannabis e nas apreensões de Kat se os exames às mesmas não forem efectuados com urgência, no **último caso**, no máximo, no período de 10 dias, o resultado do exame será negativo já que entretanto perderam as características estupefacientes que detinham.

OPC's competentes para a investigação do crime de tráfico de estupefacientes.

Posição do Mº Pº nos casos em que, em simultâneo, diferentes OPC's investiguem os mesmos factos.

Tal como decorre dos artigos 241º, 242º e 248º do CPP o Mº Pº adquire notícia do crime:

- Por conhecimento próprio, por intermédio dos órgãos de polícia criminal ou mediante denúncia;

- Denúncia que é obrigatória, mesmo quando os agentes do crime não sejam conhecidos, para as entidades policiais, quanto a todos os crimes de que **tomem conhecimento**.

Para o efeito, sempre que uma autoridade judiciária ou qualquer entidade policial, seja ou não órgão de polícia criminal, presenciar o cometimento de um crime deve “levantar ou mandar levantar auto de notícia” em conformidade com o disposto no artº 243 do CPP.

- Auto ou notícia do crime que é obrigatoriamente remetido ao Mº Pº no mais curto prazo, que não pode exceder 10 dias – arts 243º nº 3, 245º e 248º – sem prejuízo da obrigação de efectuarem tais comunicações em prazos ainda mais curtos nos casos previstos na lei. (cfr entre outros, artº 10º nº 2, da LOIC – Lei 49/2008, de 27.8, transmissão até 24 horas dos autos ao OPC competente; necessidade de validação em 72h00, da apreensão cautelar feita pelo OPC; **suspensão da remessa da correspondência a validar em 48h00 pelo JIC**; revistas e buscas previstas nos arts 174º, nº 5, al. a), 251º, nº 1, al. a) e 177º, nº 3, als. b) e c), do CPP).

Entretanto, enquanto o Mº Pº não tomar posição atribuindo o encargo de proceder às diligências tidas por adequadas ao OPC que tiver por competente, quer seja o que lhe

participou os factos ou outro, **aquele que primeiro tomou conhecimento dos mesmos tem competência própria para, em conformidade com o disposto nos artºs 55º e 249º do CPP, praticar os actos cautelares necessários e urgentes para assegurar os meios de prova.**

Acresce que, a circunstância de um OPC actuar no âmbito da competência material ou territorial de outro OPC, não obsta à validade dos actos praticados uma vez que não há, nessa fase, um OPC natural. – Cfr. Paulo Pinto de Albuquerque in anotações ao artº 55º do CPP e Dá Mesquita .

Por outro lado, os actos praticados pelos órgãos de polícia criminal, no exercício de competência delegada pela autoridade judiciária competente, são actos processuais válidos, salvo declaração em contrário da referida autoridade judiciária.

Posto isto, vejamos agora os OPC' s competentes para a investigação dos crimes de tráfico de estupefacientes;

Papel das UCIC' s e, em caso de conflitos, a posição do Mº Pº.

Como é sabido, em 1976, o legislador optou pela criação de um organismo policial autónomo da Policia Judiciária, com o objectivo fundamental de investigar o tráfico de estupefacientes – **CICD (Centro de Investigação e Controle da Droga)** – passando, por esse facto, a haver competências sobrepostas entre ambos, que, com o tempo, revelaram ser um factor de conflitualidade.

Daí que, com vista a garantir uma maior operacionalidade na luta contra o tráfico de estupefacientes e criminalidade afim, sem perder de vista que assim se permitia também uma afectação de recursos humanos e técnicos mais eficaz e racional, o CICD, tenha sido integrado na PJ (**artº 35º do DL 365/82, de 8 de Setembro**).

Além da aludida integração foi igualmente criado, pelo citado diploma, o **Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga**, destinado a planear e coordenar as actividades dos organismos que prossigam objectivos de luta contra a droga - cfr artº 1º- tendo como seus órgãos: o **Director Geral e o Grupo de Planeamento**.

Grupo de Planeamento que **tinha por missão planear as actividades preventivas e repressivas dirigidas contra o tráfico ilícito de drogas, sendo constituído por representantes da PJ, Guarda-fiscal, PSP, GNR e Direcção Geral das Alfandegas – artºs 1º, 3º e 6º.**

Composição muito importante na medida em que integrava as forças que, no terreno, melhor conhecem a realidade.

Facto que, posteriormente, veio a ser reconhecido e mantido **através do nº 2 do artº 47º do DL 430/83**, não obstante no nº 1 ter continuado a prever-se expressamente que:

“A investigação do tráfico ilícito de estupefacientes era da competência exclusiva da PJ”.

Circunstância que, no entanto, não impediu o legislador de levar em consideração e frisar a importância que, os demais OPC's, tinham no combate ao tráfico de estupefacientes ao consagrar no **artº 47º nº 2** antes citado que:

“Através do grupo de planeamento, referido no artº 6º do DL 365/82 de 8 de Setembro, será concertada a acção de todas as autoridades policiais, de modo a obter o melhor aproveitamento dos seus recursos, atenta a especialização de cada uma e a sua colocação no terreno”.

No entanto, com a publicação do Dec. Lei 15/93, de 22 de Janeiro, – diploma que actualmente prevê e pune o tráfico e consumo de estupefacientes –, **o nº 2 daquele preceito veio a ser eliminado tendo apenas sido consagrado no artº 57º que:**

“A investigação do tráfico ilícito de estupefacientes era da competência exclusiva da PJ”.

Suprimiu-se assim, no regime vigente, a referência ao disposto no nº 2 do artº 47º do DL 430/83.

Assim, por força de tais normativos, à PJ cabia a exclusividade da investigação e aos demais OPC's a detecção das situações e o seu encaminhamento para a PJ para efeitos de investigação por esta ser da competência exclusiva da PJ. – cfr. Diário da Assembleia da República, II-B, nº 17 de 11-3-94, pág. 97 e João Luís de Mendes Morais Rocha - Droga- Regime Jurídico pág. - 183 a 186).

No entanto, não obstante o previsto na lei, a verdade é que, já no domínio do DL 430/83, existiam inúmeros inquéritos em que, a coberto de investigações relacionadas com crimes de receptação, eram investigados casos de tráfico de estupefacientes por outros OPC's que não a PJ.

Daí que, tendo presente a realidade então existente veio o legislador, através do DL 81/95, de 22 de Abril, a reconhecer, tal como resulta do seu preâmbulo, que, face à disseminação do tráfico de estupefacientes, urgia “empenhar no esforço directo de combate à oferta e ao consumo outros órgãos de policia criminal, sem perder de vista a necessidade de, em atenção a razões de eficácia, **continuar a atribuir à PJ funções de centralização informativa e de coordenação operacional**”.

Assim, com a publicação do DL 81/95, de 22 de Abril, a investigação desses crimes passou a pertencer igualmente à PSP e à GNR, nas circunstâncias referidas no nº 2 do artº 57º do DL 15/93, deixando, pois, de ser da competência exclusiva da PJ.

Para tanto, estipulou o nº 2 do artº 57º, antes citado, que:

1- Presume-se deferida à Guarda Nacional Republicana e Policia de Segurança Pública a competência para a investigação dos seguintes crimes praticados nas respectivas áreas de jurisdição, quando lhes forem participados ou deles colham notícia:

a) Do crime previsto e punido no artº 21º do presente diploma, quando ocorram situações de distribuição directa aos consumidores, a qualquer título, das plantas, substâncias ou preparações nele referidas;

b) Dos crimes previstos e punidos nos artigos 26, 29, 30º, 32, 33 e 40 do presente diploma.”

Esta alteração representou o reconhecimento da mais valia que a investigação criminal, a nível interno, pode obter com a participação das polícias instaladas no “terreno”.

Na verdade, a acção concertada de todas as polícias e a troca de informações entre elas, devidamente coordenada, permitirá seguramente maior eficácia no combate ao tráfico de estupefacientes.

Daí, a razão de ser do disposto no artigo 4º, nº 1, do DL 81/95, através do qual, o legislador, determinou que compete à PJ, através da UNCTE, centralizar e tratar toda a informação respeitante às infracções tipificadas no DL 15/93, de 22 de Janeiro, tendo, em simultâneo, criado, para o efeito, as Unidades de Coordenação e Intervenção Conjunta – UCIC’s (artº 6º).

Unidades estas que integram a GNR, PSP, SEF e a Direcção Geral das Alfandegas, competindo-lhes disciplinar e praticar a partilha de informações, oriundas de cada força ou serviço integrantes e a coordenação das acções que devam ser executadas em comum, funcionando sob a direcção estratégica e tática da PJ.

Na sequência do Dec. Lei 81/95, de 22 de Abril, deve dizer-se que, hoje, nos casos de tráfico de estupefacientes em que exista **distribuição directa aos consumidores** e nos demais crimes antes indicados e tipificados na lei, a investigação dos mesmos passou a ser deferida a outros OPC’s, que não a PJ, libertando-se esta para proceder às investigações mais complexas e graves.

Porém, desde então, a actuação dos denominados pequenos e médios traficantes evoluiu, surgindo casos em que “os traficantes de bairro” possuem contactos que, pontualmente, lhes permite obter, designadamente em Espanha e Marrocos, os produtos estupefacientes que vendem. Ou seja, ocorrem situações em que a distribuição directa ao consumidor tem conexões com outro tipo de tráfico, possuindo, frequentemente, ramificações na área de outras comarcas.

Tais situações são susceptíveis de, pontualmente, gerar algum ruído no relacionamento entre OPC’s.

Circunstância essa decorrente, por um lado, do facto de quem, por força da lei, tem o dever de coordenar a UCIC, perfilhar o entendimento de que, pontualmente, os outros OPC’s, nas investigações realizadas, em tais inquéritos ultrapassam os limites da sua competência e, por outro lado, do facto de entender que, por vezes, aquando das comunicações que previamente lhes fazem, em conformidade com o disposto no art.º 4º, do DL 81/95, de 22/4, nem sempre

facultam todos os elementos que possuem, designadamente no que tange à identificação cabal dos suspeitos.

O que é que o M^o P^o deve fazer em tais casos com vista a, na medida do possível, evitar conflitos e prejuízos para a investigação?

Deve, a meu ver, verificar se, aquando da instauração do inquérito, a competência para a investigação foi delegada no OPC pertinente, e se, sempre que forem solicitadas intercepções telefónicas ou buscas, foram efectuadas as comunicações prévias impostas pelo art^o 4^o do DL 81/95, de 22 de Abril.

Se não foram, sempre que tal ocorra, deve, antes de promover as diligências solicitadas, diligenciar pelo seu integral cumprimento.

Caso ainda assim se coloque a questão da competência para prosseguir com as investigações, deve ver quem é que, **naquele momento, em concreto**, se encontra em melhores condições para prosseguir com as investigações privilegiando-se, conseqüentemente, o sucesso das investigações e a descoberta da verdade.

Acresce que, no que tange à disciplina e partilha da informação entre os vários OPC's, a mesma encontra-se devidamente regulamentada no art.^o 6^o do aludido diploma, que criou as unidades de coordenação e intervenção conjuntas, onde nem sequer está representado o M^o P^o.

De facto, não obstante entendermos que a eficácia da investigação passa, cada vez mais, pela partilha da informação, a verdade é que, no caso do tráfico de estupefacientes, a lei contempla os mecanismos através dos quais os OPC's, devem torná-la eficaz.

Neste domínio, no decurso do inquérito, ao M^o P^o apenas compete apreciar se são ou não efectuadas as comunicações impostas pela lei e obstar a que, os mesmos factos sejam, **simultaneamente**, investigados em mais do que um inquérito.

2- Os crimes de tráfico de estupefacientes e algumas dúvidas relacionadas com as agravantes previstas no art^o 24^o do DL 15/93.

O Decreto Lei n.^o 15/93, de 22 de Janeiro, revogou o DL 430/83, de 13 de Dezembro, tendo, tal como resulta do disposto no art^o 1^o do citado diploma legal, definido o regime jurídico aplicável ao tráfico e consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas.

O citado diploma legal surgiu na sequência da aprovação da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas de 1988, e, tal como ressalta do seu preâmbulo, visa prosseguir três objectivos fundamentais. A saber:

a) **Privar aqueles que se dedicam ao tráfico de estupefacientes do produto das suas actividades criminosas**, suprimindo, deste modo, o seu móbil ou incentivo principal (...)

b) **Adoptar medidas adequadas ao controlo e fiscalização dos precursores (...)**

c) **Reforçar e complementar as medidas previstas na Convenção sobre Estupefacientes de 1961, modificada pelo Protocolo de 1972, e na Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971, colmatando brechas e potenciando os meios jurídicos de cooperação internacional em matéria penal”.**

Diga-se desde já que, como é sabido, o bem jurídico protegido, em primeiro lugar, no crime de tráfico de estupefacientes, é a saúde pública. Ou seja, a saúde e integridade física dos cidadãos vivendo em sociedade.

Em simultâneo, visa proteger a própria economia do Estado a qual pode ser desvirtuada, nas suas regras, com a existência desta economia paralela ou subterrânea.

Tal como se pode ver in Lourenço Martins “Droga e Direito”, através dos artigos 21º, 25º e 26º **a lei pressupõe** uma certa tipologia de traficantes. A saber:

- **Os grandes traficantes** abrangidos pelos artigos 21º, 22º e 23º, (actual artº 368º-A do CP) devidamente conjugado com alguma das agravantes previstas no artigo 24º.
- **Os pequenos e médios traficantes** – artº 25º;
- **Os traficantes consumidores** – artº 26º.

Por outro lado, o legislador, optou por fazer uma enumeração taxativa das circunstâncias que, a verificarem-se, permitem agravar em um quarto o limite mínimo e máximo da moldura penal correspondente aos crimes de tráfico e branqueamento tipificados nos artigos 21º a 23º, este último na redacção lhe foi dada pela Lei 11/2004 de 27 de Março e pela Lei 59/2007 de 4/9, e integrado na previsão do artº 368º-A do Código Penal.

Agravantes que constam do artigo 24º do DL 15/93.

- Nas alíneas a) e i) do artº 24º visa-se especialmente proteger os menores (entendendo-se por tal **os menores** de 18 anos e não os penalmente inimputáveis ou seja, com menos de 16 anos) e **os diminuídos psíquicos** dos efeitos nefastos - provocados pelas drogas.

Ao lado do crime de tráfico matricial previsto no artº 21º surgiu, em contraponto, o crime privilegiado previsto no **artº 25º**. Crime este que pressupõe para a sua verificação que a ilicitude se revele acentuadamente diminuída.

Prescreve este normativo – artº 25º – que:

“Se, nos casos dos artigos 21º e 22º, a ilicitude do facto se mostrar consideravelmente diminuída, tendo em conta nomeadamente os meios utilizados, a modalidade ou as

circunstâncias da acção, a qualidade ou a quantidade das plantas, substâncias ou preparações a pena é de:

- Prisão de um a cinco anos, se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas tabelas I a III, V e VI;
- Prisão até 2 anos ou multa até 240 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na Tabela IV”.

Trata-se, tal como refere Lourenço Martins, de uma válvula de segurança do sistema na medida em que evita que, situações de menor gravidade, sejam tratadas com penas desproporcionadas ou que se utilize indevidamente uma atenuante especial.

Este preceito pode suscitar dúvidas na medida em que relaciona **a menor gravidade com a quantidade de estupefaciente detido e a qualidade sem fornecer critérios que nos permitam precisar o seu sentido e alcance.**

Na verdade, tal como refere Moraes Rocha, a **quantidade** a apreciar em concreto sempre suscitará dificuldades por depender da qualidade da substância, tipo e grau de misturas introduzidas.

Por outro lado, a alusão à **qualidade** das plantas e substâncias ou preparações mencionadas no corpo do artigo suscita igualmente dificuldades. A saber:

A que é que o legislador se refere?

Ao tipo de plantas, ou substâncias? Permitindo-se assim uma gradação subjectiva das substâncias tabeladas dentro de cada tabela?

Não parece que tenha sido essa a intenção do legislador.

Na verdade, a expressão qualidade, tudo indica, deve ser entendida como grau de pureza.

De facto, “se o que estiver em causa forem as consequências ou **efeitos mais ou menos gravosos**, a pureza é, apenas, uma das muitas condicionantes dos efeitos”.

Efeitos que dependem do tipo de droga, da dose ingerida, da via de administração, dos antecedentes de consumo da mesma droga ou de drogas do mesmo grupo etc.

Finalmente, a expressão, os “**meios utilizados**,” reporta-se à organização e à logística de que o agente se socorre em tal actividade com vista a apurar-se se estamos perante um pequeno ou grande traficante.

Aqui chegados permitimo-nos colocar a seguinte questão que, actualmente, surge cada vez com mais frequência.

Será que a verificação de alguma das circunstâncias agravantes previstas no artº 24º afasta, “de per se”, a possibilidade de funcionamento deste preceito – artº 25º.

Diga-se desde já que, a nosso ver, as mesmas não são de funcionamento automático sendo susceptíveis de permitirem uma leitura conjugada com outras de modo a diminuir-lhes o relevo.

Vejamos o caso concreto relacionado com a apreensão de estupefacientes introduzidos no EP pelas visitas, a fim de as fazer chegar à posse dos seus familiares ou amigos que, aí, se encontram presos.

Situação esta consagrada expressamente na agravante p. e p. pelo artº 24º, al. h), do DL 15/93, de 22 de Janeiro, mas que, normalmente, se traduz na introdução nos EP’s de pequenas quantidades de haxixe.

Trata-se, aliás, de inquéritos que, consoante a incriminação que for feita, colocam igualmente uma outra questão que se prende com o OPC competente para investigar tal crime.

Na verdade, a delegação de competências é atribuída, por sistema, à PJ atento o local onde o ilícito é cometido – Estabelecimento Prisional.

Facto que, como já referimos, é susceptível, em abstracto, de integrar a agravante prevista no artº 24º, al. h), do Dec Lei 15/93, de 22 de Janeiro elevando em um quarto, nos seus limites mínimos e máximos, a moldura penal prevista no artº 21º, para o tráfico de estupefacientes.

Daí que, estribando-se numa interpretação formalista, a investigação de tais inquéritos seja sistematicamente delegada na PJ/UNCTE.

Será que tal agravante afasta, “de per se”, o disposto artº 25 e a possibilidade de se atribuir a competência de tal ilícito a OPC diferente da PJ?

Na sequência da posição sufragada pelo STJ, a aludida agravante, não deve ser vista como de funcionamento automático, e, nessa medida, como impeditiva de que, aqueles factos, possam integrar o crime de tráfico de estupefacientes de menor gravidade previsto no artº 25, ou outro, **não obstante a que, acrescentamos nós, sejam investigados por OPC diferente** da PJ.

Neste **sentido cfr. entre outros, os vários Acs do STJ referidos in CJ 2006, Tomo I, pág. 181 a 183 e 216 a 220.**

Na verdade, diferente entendimento baseado num critério formalista que tem subjacente o funcionamento automático da aludida agravante leva a que sejam remetidos, anualmente, à PJ para investigação centenas de processos referentes a apreensões efectuadas no interior de EP’s – ou aquando das visitas – normalmente referentes a quantidades mínimas de estupefaciente, em que predomina o haxixe sendo que a grande maioria das apreensões se

reportam a quantidades diminutas, até 2 gramas (enquadráveis nos montantes diários previstos para consumo).

A prática tem demonstrado que, na fase de acusação ou pelo menos na fase do julgamento, tal qualificação jurídica (tráfico agravado), quando utilizada, não subsiste passando, na maioria das vezes, tais factos a serem subsumidos juridicamente no tráfico de menor gravidade.

Acresce que, a investigação de tais processos se limita à inquirição dos guardas prisionais envolvidos, exame à droga e interrogatório dos reclusos ou das visitas, inexistindo assim, também aqui, razões que justifiquem o entendimento de que deva ser considerada como da exclusiva competência da PJ.

Daí que, nestes casos, até por uma questão de racionalidade e gestão dos custos, a competência para investigar tais crimes deva ser atribuída ao OPC mais próximo (PSP ou GNR).

- **Quanto aos traficantes consumidores – artº 26º do DL 15/93.**

Prescreve o preceito em apreço que:

a) Quando, pela prática de algum dos factos referidos no artigo 21 o agente tiver por **finalidade exclusiva** conseguir plantas, substâncias ou preparações para uso pessoal, a pena é de prisão até 3 anos ou multa se se tratar de plantas, substâncias ou preparações compreendidas nas Tabelas I a III, ou de prisão até 1 ano ou multa até 120 dias, no caso de substâncias ou preparações compreendidas na tabela IV.

b) A tentativa é punível.

c) Não é aplicável o disposto no nº 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias”.

Trata-se de um preceito legal que pressupõe um dolo específico, consistente no facto de exigir que o agente pratique as actividades de tráfico de estupefacientes com a finalidade exclusiva de obter droga para o seu consumo próprio, contemplando-se, pois, uma situação em que a culpa do agente estará, no dizer de alguns, diminuída.

Ou seja, a ideia chave subjacente a este preceito é que o tráfico praticado pelo agente se destina exclusivamente a permitir-lhe alimentar as necessidades de droga para seu consumo.

Daí que, enquanto o tipo legal previsto no artº 25º se situa no campo da diminuição do relevo da ilicitude, já o artº 26º tem subjacente uma personalidade do agente cuja culpa está normalmente diminuída.

Impõe-se salientar que, a efectuar-se uma leitura desde preceito (artº 26º), que se restrinja à letra da lei seremos levados à conclusão de que, o mesmo, pouca ou nenhuma aplicação terá precisamente nos casos mais graves de toxicodependência.

Com efeito, embora o preceito afaste a intenção lucrativa, alguns autores colocam a questão de saber se, o mesmo, não deve abranger os proventos suficientes que permitam ao agente continuar a satisfazer as suas necessidades de consumo, enquanto toxicodependente, bem como as inerentes à sua subsistência normal na medida em que são conaturais à sobrevivência humana.

Na verdade, tal como refere Moraes Rocha, apenas interpretando a aludida expressão em termos de entender a finalidade, como preponderante ou determinante, o preceito abará um número significativo de casos.

No entanto, o que é certo é que, tal, não está expressamente previsto na letra da lei.

Ainda em relação a este normativo impõe-se ter presente o disposto no seu nº 3 onde se estipula que:

“Não é aplicável o disposto no nº 1 quando o agente detiver plantas, substâncias ou preparações em quantidade que exceda a necessária para o consumo médio individual durante o período de 5 dias”.

Ou seja, quando a quantidade detida exceder a dose média para o consumo individual durante 5 dias deixará de ser aplicado o disposto no artº 26º – traficante consumidor – para se estar no âmbito de aplicação do artigo 21º ou 25º, consoante o caso concreto.

Facto que se fica a dever à circunstância de, neste caso, o risco da sua conduta para os outros já não justificar, na perspectiva do legislador, uma sanção menor.

Na base deste entendimento esteve, ao que supomos, o contributo efectivo que o traficante consumidor acaba por ter na propagação / alimentação das redes de abastecimento do mercado, aproximando-se, por essa via, do papel do pequeno traficante.

3 - Ferramentas jurídicas essenciais ao sucesso da investigação do crime de tráfico de estupefacientes.

O sucesso da investigação no crime de tráfico de estupefacientes tem subjacente, como pressuposto essencial, a obtenção de provas e informações em relação à actividade ilícita desenvolvida pelos visados.

Informações e provas que podem ser obtidas, designadamente, através de:

Intercepções telefónicas;

Entregas controladas - artº 160º da Lei 144/99;

Acções encobertas, etc.

Vejamos o **regime jurídico vigente** das:

1. Intercepções telefónicas

No que se refere às escutas telefónicas, saliente-se, desde já, que se trata de um meio de obtenção de prova legalmente admissível verificados que sejam determinados pressupostos e essencial no que tange à investigação do crime de tráfico de estupefacientes.

Para serem legalmente admissíveis, aquelas, pressupõem a existência de uma lei expressa que as admita e a existência de um despacho judicial, devidamente fundamentado, que as autorize.

Anote-se que, quando são solicitadas, promovidas e autorizadas deve ter-se presente que, as escutas, **não são um mero meio de vigilância criminal, mas sim um meio de investigação criminal de carácter excepcional.**

Na verdade, a Constituição da República Portuguesa consagrou no art.º 34º, nºs 1 e 4, o princípio da inviolabilidade do domicílio e dos meios de comunicação privados e a proibição de toda a ingerência na correspondência, nos meios de telecomunicações e nos demais meios de comunicação, salvo nos casos previstos na lei em matéria de processo criminal.

Relegou, assim, para o legislador ordinário, as circunstâncias em que, aquelas, podem ser autorizadas.

O regime jurídico das intercepções telefónicas consta dos artºs 187º a 190º do CPP.

Prescreve o actual art.º 187 que:

1. A intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas só podem ser autorizadas **durante o inquérito**, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Mº Pº, quanto a crimes:

a) **Puníveis com pena de prisão superior, no seu máximo, a três anos;**

b) **Relativos ao tráfico de estupefacientes;**

c) De detenção de arma proibida e de tráfico de armas;

d) De contrabando; ou

e) De injúria, de ameaça, de coacção, de devassa da vida privada e perturbação da paz e sossego, quando cometidos através de telefone;

(INOVAÇÕES)

f) De ameaça com prática de crime ou de abuso e simulação de sinais de perigo; ou

g) De evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes previstos nas alíneas anteriores.

(.....)

4. A interceptação e gravação previstas nos números anteriores só podem ser autorizadas independentemente da titularidade do meio de comunicação utilizado, contra:

a) Suspeito ou arguido;

b) Pessoa que sirva de intermediário, relativamente à qual haja fundadas razões para crer que recebe ou transmite mensagens destinadas ou provenientes de suspeito ou arguido; ou

c) Vítima de crime, mediante o respectivo consentimento, efectivo ou presumido.

(.....)

6. A interceptação e a gravação de conversações ou comunicações são autorizadas pelo prazo máximo de 3 meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade.

Temos assim como principais pressupostos:

1- Em relação à sua admissibilidade:

- Exigência de que a interceptação **seja indispensável** para a descoberta da verdade **ou que a prova seja de outra forma, impossível ou muito difícil de obter;**

(Anteriormente apenas se exigia que houvesse razões para crer que a diligência se revelará de grande interesse para a descoberta da verdade ou para a prova)

- *Requerimento exposto do MP e despacho fundamentado do Juiz;*

Ao **elenco dos crimes de catálogo** que já constavam do art. 187º nº 1 acrescentaram-se agora os vertidos nas alíneas f) e g) do nº 1 – ameaça com prática de crime, abuso e simulação de sinais de perigo e de evasão, quando o arguido haja sido condenado por algum dos crimes elencados;

O âmbito das pessoas que podem ser escutadas foi circunscrito a suspeitos, arguidos, intermediários e vítimas, neste caso, mediante o consentimento efectivo ou presumido;

- Fixou-se um prazo máximo de validade de 3 meses, renovável por períodos sujeitos ao mesmo limite, desde que se verifiquem os respectivos requisitos de admissibilidade;

Nos números 7 e 8 regulamentou-se o aproveitamento extraprocessual dos conhecimentos fortuitos obtidos através das escutas.

Ressalta da lei que, os conhecimentos fortuitos, só podem ser aproveitados para outro processo, já instaurado ou a instaurar, quando se destinem a serem usados como meio de prova de um crime de catálogo legal (ou seja que admitisse escutas) e em relação a pessoa que possa ser incluída no catálogo legal de alvos.

Mais resulta daquela que, para ser lícito que, os suportes técnicos das conversações ou comunicações e os despachos que fundamentaram a sua interceptação, sejam utilizados noutros processos, é necessário despacho do JIC a autorizá-lo – cfr. artº 187º, nºs 7 e 8, do CPP.

2 - Para além dos citados pressupostos de admissibilidade das interceptações telefónicas o legislador estabeleceu ainda, no art. 188 do CPP, um conjunto de formalidades a que tais operações devem observância, com vista a garantir a fiscalização e controlo das escutas por parte do juiz que as autorizou.

Vejamos:

Prescreve, para além do mais, o art. 188º do CPP que:

1. O órgão de polícia criminal que efectuar **a interceptação e a gravação** a que se refere o artigo anterior **lavra o correspondente auto e elabora relatório** no qual **indica as passagens relevantes para a prova**, descreve de modo sucinto o **respectivo conteúdo e explica o seu alcance para a descoberta da verdade**.

(...)

3. O órgão de polícia criminal referido no número 1 leva ao conhecimento do MP de 15 em 15 dias a partir do início da primeira interceptação efectuada no processo, os correspondentes suportes técnicos, bem como os respectivos autos e relatórios.

4. O Ministério Público leva ao conhecimento do juiz os elementos referidos no número anterior no prazo máximo de quarenta e oito horas.

5. Para se inteirar do conteúdo das conversações ou comunicações, o juiz é coadjuvado, quando entender conveniente, por órgão de polícia criminal e nomeia, se necessário, intérprete.

6. Sem prejuízo do disposto no nº 7 do artigo anterior, **o juiz determina a destruição imediata** dos suportes técnicos e relatórios manifestamente estranhos ao processo:

a) Que disserem respeito a conversações em que **não intervenham pessoas referidas no nº 4** do artigo anterior.

b) Que abranjam matérias cobertas pelo **segredo profissional**, de funcionário ou de Estado: ou

c) Cujas divulgações **possa afectar gravemente direitos, liberdades e garantias**; ficando todos os intervenientes vinculados ao dever de segredo relativamente às conversações de que tenham tomado conhecimento.

7. Durante o inquérito, **o juiz determina**, a requerimento do Ministério Público, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações **indispensáveis para fundamentar a aplicação de medida de coacção ou de garantia patrimonial**, à excepção do termo de identidade e residência.

8...

9. Só podem valer como prova as conversações ou comunicações que:

a) O Ministério Público **mandar transcrever** ao órgão de polícia criminal que tiver efectuado a interceptação e a gravação e indicar como meio de prova na acusação;

b) **O arguido transcrever** a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao requerimento de abertura de instrução ou à contestação; ou

c) **O assistente transcrever** a partir das cópias previstas no número anterior e juntar ao processo no prazo para requerer a abertura da instrução, ainda que a não requeira ou não tenha legitimidade para o efeito.

Temos assim como formalidades essenciais impostas por este normativo as seguintes:

O juiz ao autorizar a escuta **deve identificar os alvos e fixar um prazo para a mesma até ao limite de 3 meses.**

Por sua vez o órgão de polícia criminal que efectuar a **intercepção e a gravação** deve lavrar o correspondente **auto e elaborar relatório** indicando as passagens tidas por relevantes para a prova, descrevendo, resumidamente, o seu conteúdo e alcance para a descoberta da verdade - artº 188º nº1:

O OPC leva ao conhecimento do Mº Pº, de 15 em 15 dias, contados desde o início da interceptação, os correspondentes suportes técnicos e os respectivos autos e relatórios (artº 188º nº 3).

Após o que, o MP, **no prazo de 48 horas** contado a partir da apresentação e até ao 17º dia contado a partir do início da interceptação, apresenta-os ao JIC.

Por sua vez o juiz aprecia as escutas sem que, para a prolação do subsequente despacho, exista prazo fixado na lei.

Nesse despacho, o JIC, deve apreciar e pronunciar-se sobre a eventual existência de alguma das situações referidas no nº 6 do art.º 188º e, caso, tal lhe tenha sido requerido, **determinar**, caso concorde, a transcrição e junção aos autos das conversações e comunicações mencionadas no nº 7.

Ainda em relação às intercepções telefónicas impõe-se ter presente que:

Após o anterior artº 190º do CPP ter alargado, o âmbito de aplicação do regime das escutas telefónicas à intercepção das comunicações entre presentes e às conversações e comunicações transmitidas por meio diferente do telefone designadamente correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática o actual artº 189º do CPP, – correspondente àquele preceito – **veio, na parte final, incluir a transmissão de dados por via telemática – “mesmo que se encontrem guardadas em suporte digital”.**

Na verdade, a Lei 59/98, de 25/8, já tinha alargado o âmbito de aplicação do regime das intercepções acrescentando-se no artº 190º do CPP **o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática**, bem como as comunicações entre presentes.

- Agora, o normativo em apreço (art.º 189º), **submeteu** aos pressupostos e formalismos previstos nos artºs 187º e 188º **não só**, o correio electrónico ou outras formas de transmissão de dados por via telemática, **mas também os suportes materiais em que esses dados se encontrem registados.**

Adiante-se, desde já, que, segundo refere Paulo Pinto de Albuquerque (2ª Ed. In anotações ao artº 189º do CPP), ao fazê-lo, veio evitar que, a estes suportes, seja aplicado o regime das apreensões.

Acresce que, tal como resulta do normativo em causa, a lei submeteu as conversações entre presentes ao regime previsto nos artºs 187º e 188º do CPP sendo certo que não distingue entre as conversações privadas mantidas no interior do domicílio ou fora dele.

O que nos leva a colocar a questão de saber se é ou não admissível a escuta ambiente no interior de domicílio e se as conversações, em voz off, captadas na sequência de intercepção telefónica legalmente autorizada pelo JIC, são (ou devem ser) equiparadas àquela e se são ou não legais.

Face à redacção do normativo, podíamos ser levados a concluir pela validade da prova obtida em ambos os casos, já que, aparentemente, a lei não distingue entre as conversações tidas, quer em casa habitada, quer na via pública ou em qualquer outro edifício ou local de acesso público ou restrito.

Mas será assim?

Tal como se pode ver no CPP de Paulo Pinto de Albuquerque (2ª Ed, pág. 526) em anotações ao artº 189, **este autor**, apesar de nos dar conta de que a lei não distingue entre as conversações privadas, ditas entre presentes no domicílio ou fora dele, incluindo, portanto, quer as conversações tidas em casa habitada quer as tidas em qualquer outro edifício ou local de acesso público ou restrito, **salienta que**:

“O núcleo do direito constitucional à privacidade (arts 26º e 35º da CRP) impõe restrições a estas interferências.

Assim, a intercepção das comunicações entre presentes no domicílio é inconstitucional se for mantida com **pessoas da especial confiança do suspeito**, como seja a sua mulher, filhos, pais ou irmãos e **incluir expressões pertencentes ao núcleo do modo de vida privada do suspeito**.

Ou seja, fora deste condicionalismo ficariam para este autor, a meu ver, as situações em que, tal como ocorre no caso das conversações mantidas em voz off, o “alvo” de uma intercepção legalmente autorizada fala da sua actividade ilícita relacionada por exemplo com o tráfico de estupefacientes com um terceiro que se encontra junto a si, enquanto aguarda que o destinatário da chamada telefónica que está a efectuar atenda.

Em defesa desta posição pode ainda argumentar-se com o seguinte:

No que diz respeito à **intercepção das conversações entre presentes, prevista na lei, trata-se**, tal como referido em recente parecer do Conselho Consultivo da PGR, **de uma alteração** que não constava da proposta de lei apresentada pelo Governo (Proposta de Lei nº 157/VII, publicada no Diário da Assembleia da República, II Série - A, nº 27/VII/3, de 29/1/1998, págs. 481-517) **tendo sido aditada pela Comissão de Assuntos Constitucionais Direitos Liberdades e Garantias em sede de discussão e votação na especialidade** - cfr Diário da Assembleia da República, II Série-A, nº 53/VII/3- Suplemento, de 23/5/1998, págs. 1160-2 a 1160-46.

Acresce que, “nada consta dos trabalhos preparatórios da aludida Lei sobre as razões determinantes de tal aditamento e do seu grau de abrangência.”

Ou seja, nesta parte, ao intérprete apenas lhe é dado verificar que:

- A lei admite a intercepção das comunicações entre presentes, mandando **aplicar-lhe, subsidiariamente, o regime das intercepções** com as necessárias adaptações;

- Não faz qualquer alusão à possibilidade, por parte das entidades a quem compete a perseguição penal, da **entrada, não consentida, no domicílio dos suspeitos ou arguidos**, a fim de, aí, procederem à intercepção/gravação das comunicações entre as pessoas que ali se encontrem.

Assim, impõe-se apurar se, no âmbito da aplicação do aludido regime subsidiário das escutas telefónicas – arts 187º a 190º do CPP, existe alguma disposição que permita a entrada não consentida no domicílio para efeito da realização de escutas entre presentes.

Ora, da análise dos preceitos antes citados, resulta claramente que, aqueles, em parte alguma permitem a entrada no domicílio do suspeito a fim de, aí, ser instalado aparelho que permita a interceptação e subsequente gravação de comunicações entre presentes.

Daí que, estando em causa direitos fundamentais, “as leis restritivas (**como o é a presente**) não possam ser interpretadas com recurso à interpretação extensiva ou à analogia, devendo ser, **claras, consentidas pela Constituição, e aterem-se exclusivamente aos fins para que legalmente foram estabelecidas**”.

Assim, no que tange à entrada no domicílio de um suspeito a fim de, aí, ser efectuada a interceptação/ gravação de comunicações entre presentes a mesma, inexistindo lei que o permita, traduzir-se-ia, por força do artº 126º nº 3 do CPP, num método proibido de prova sendo nulas as provas obtidas.

Já no que se refere **às conversações mantidas, em voz off, pelo visado, que forem captadas e transmitidas** através do seu telefone cuja intercepção foi legalmente autorizada, a prova daí resultante, é, a meu ver, válida e legal nos mesmos termos em que o podem ser as demais provas que forem obtidas por essa via – cfr. artº 188º nºs 1, 6, 7 e 9, do CPP.

De facto, a *intercepção telefónica do aparelho em causa foi legalmente autorizada.*

Não existe qualquer **introdução ilegal na residência** do suspeito a fim de interceptar ou gravar as conversações.

Conversações essas que **são mantidas voluntariamente** pelo “alvo” visado **sem que**, por qualquer modo, **seja ou tenha sido induzido em erro** por quem procede à interceptação e gravação das comunicações.

Acresce que, como é sabido, a **operação de interceptação** é levada a cabo pela operadora, mediante autorização judicial, nas respectivas instalações enquanto que, a subsequente gravação das conversas efectuadas, é levada a cabo nas instalações da PJ.

Assim, salvo melhor opinião, a prova obtida por esta forma, é tal como a restante prova obtida através da interceptação autorizada pelo JIC, legalmente admissível.

Entregas controladas;

Trata-se de uma das formas de cooperação judiciária na investigação dos crimes de tráfico de estupefacientes, envolvendo mais do que um país, que tem vindo a permitir resultados eficazes e extremamente relevantes.

Para proceder às entregas controladas, necessário se torna que, muitas vezes, se encontrem meios desburocratizados que possibilitem em tempo útil tal cooperação privilegiando-se, numa primeira fase, os contactos informais que, posteriormente, o mais rapidamente possível, serão documentados nos processos.

O Regime das Entregas Controladas consta do artº 160-A da Lei144/99, de 31 de Agosto.

Prescreve este normativo que:

1. Pode ser autorizado caso a caso, pelo Ministério Público, perante o pedido de um ou mais Estados estrangeiros, nomeadamente se previsto em instrumento convencional, a não actuação dos órgãos de polícia criminal, no âmbito de investigações criminais transfronteiriças **relativas a infracções que admitam extradição**, com a finalidade de proporcionar, em colaboração com o Estado ou Estados estrangeiros, a **identificação e responsabilização criminal do maior número de agentes da infracção**.

2. O direito de agir e a direcção e controlo das operações de investigação criminal conduzidas no âmbito do numero anterior cabem às autoridades portuguesas, sem prejuízo da devida colaboração com as autoridades estrangeiras competentes,

3. A autorização concedida nos termos do nº1 não prejudica o exercício da acção penal pelos factos aos quais a lei portuguesa é aplicável e só é concedida quando:

a) Seja assegurada pelas autoridades estrangeiras competentes que a sua legislação prevê as sanções penais adequadas contra os agentes e que a acção penal será exercida;

b) Seja garantida pelas autoridades estrangeiras competentes a segurança das substâncias ou bens em causa contra riscos ***de fuga ou extravio***.

c) As autoridades estrangeiras competentes se comprometam a comunicar, com urgência, informação pormenorizada sobre os resultados da operação e os pormenores da acção desenvolvida por cada um dos agentes da prática das infracções especialmente dos que agiram em Portugal.

4. Ainda que concedida a autorização mencionada anteriormente, os órgãos de polícia criminal intervêm se as margens de segurança tiverem diminuído sensivelmente ou se se verificar qualquer circunstância que dificulte a futura detenção do agente ou apreensão das substâncias ou bens; se esta intervenção não tiver sido comunicada previamente à entidade que concedeu a autorização, é-o nas 24 horas seguintes, mediante relato escrito.

5. **Por acordo com o país de destino**, quando se estiver perante substâncias proibidas ou perigosas em trânsito **estas podem ser substituídas parcialmente por outras inócuas**, de tal se lavrando o respectivo auto.

6. O não cumprimento das obrigações assumidas pelas autoridades estrangeiras pode constituir fundamento de recusa de autorização em pedidos futuros.

7. Os contactos internacionais são efectuados através da PJ, pelo GNI.

8. **Qualquer outra entidade que receba pedidos de entregas controladas**, nomeadamente a DGA, através do Conselho de Cooperação Aduaneiro ou das suas congéneres estrangeiras, e sem prejuízo do tratamento da informação de índole aduaneira, deve dirigir imediatamente esses pedidos para a PJ para efeitos de execução.

9. É competente para decidir do pedido de entregas controladas o magistrado do Ministério Público na comarca de Lisboa.

Na prática, os pedidos de entregas controlados, nos casos de tráfico de estupefacientes, **surgem-nos, em geral, do seguinte modo.**

A PJ toma conhecimento através da Autoridade Tributária, ex. DGA, de que no aeroporto foi detectado produto estupefaciente dissimulada na bagagem de passageiros que aí se encontra em trânsito para outro país.

Confirmado que, não se trata de nenhum cidadão nacional e na ausência de indícios que apontem no sentido de que os suspeitos transportam estupefacientes no interior do organismo, ou que este não está em trânsito para país onde tais factos sejam punidos com prisão perpétua ou pena de morte – art 33º da CRP encetam de imediato contactos com as autoridades do país de destino a fim de lhes permitirem, querendo, manifestar interesse em que seja autorizada a entrega controlada e, em simultâneo, entram em contacto, via telemóvel, com o Magistrado do Mº Pº do DIAP de Lisboa com vista a obterem **a pertinente autorização para as diligências prévias.**

Obtida esta e recebido o pedido das autoridades estrangeiras diligenciam pela entrega controlada da bagagem e passageiro que, segue viagem por via aérea, e que, à chegada ao destino, é controlado pelas autoridades do país do destino com vista a deterem o maior número possível de agentes e apreenderem o estupefaciente.

Após o que, comunicam-nos o resultado das diligências efectuadas, dando conta da identidade completa dos suspeitos, natureza e características dos produtos apreendidos e demais elementos relevantes para as investigações.

Tais situações podem ocorrer, não só nos aeroportos, mas também em contentores transportados por via marítima e detectados, designadamente, nas alfândegas.

Acções encobertas

Saliente-se desde já que a própria lei apelidou tais acções de encobertas: ou seja, tendo presente o valores em causa, integridade física e em muitos casos mesmo a vida dos intervenientes, entendeu o legislador que não deviam, por regra, ser descobertas.

Aliás, foi certamente por esse facto que, no art. 4º, nº 1, consagrou expressamente que, a autoridade judiciária, só ordenará a junção ao inquérito do relato aí referido se a reputar indispensável em termos probatórios.

Tenha-se presente que, em parte alguma a lei admite a junção da própria acção encoberta ao processo.

Vejamos qual é o seu objecto, âmbito de aplicação e requisitos que devem ser observados, quer aquando da sua autorização, quer no fim daquela.

A Lei 101/2001 de 25 de Agosto introduziu entre nós o regime das Acções Encobertas para fins de prevenção e investigação criminal tal como resulta do seu artº 1º, nº 1.

Consideram-se acções encobertas aquelas que são desenvolvidas por **funcionários de investigação criminal ou por terceiro que actua sob o controlo da PJ** para prevenção ou repressão dos crimes de catálogo previstos no artº 2 com ocultação da sua qualidade e identidade.

No artigo 3º da Lei 101/2001, o legislador estabeleceu os requisitos a que a mesma deve obedecer bem como o Magistrado competente para a autorizar consoante se esteja em sede de prevenção criminal ou de investigação criminal.

Assim, impõe-se ter presente que as mesmas só deverão ser autorizadas se forem:

- Adequadas aos fins de prevenção e repressão criminais identificados em concreto, nomeadamente a descoberta de material probatório, e proporcionais quer àquelas finalidades quer à gravidade do crime em investigação;
- Os terceiros e os funcionários só participam em tais acções quando o fazem livre e voluntariamente nunca podendo ser obrigados a participar naquelas contra a respectiva vontade.

Tais acções encobertas podem ter lugar no **âmbito de inquérito ou de prevenção criminal:**

1. As efectuadas no âmbito de inquérito dependem de autorização prévia do Magistrado do Mº Pº sendo obrigatoriamente comunicadas ao JIC e consideradas validadas se este não proferir despacho de recusa nas 72 horas seguintes - cfr artº 3º nº 3;
2. Se a acção tiver lugar no âmbito de prevenção criminal, a competência para a autorizar pertence ao juiz de instrução criminal do Tribunal Central de Investigação Criminal mediante a iniciativa e subsequente proposta do Magistrado do Mº Pº do DCIAP – cfr. artº 3º, nºs 4 e 5 .
3. É ainda o juiz de instrução criminal do Tribunal Central de Investigação Criminal quem, mediante a iniciativa e subsequente proposta do Magistrado do Mº Pº do DCIAP, tem a competência para autorizar os funcionários de investigação criminal de outros Estados a

desenvolverem Acções Encobertas em Portugal, com estatuto idêntico ao dos funcionários de investigação criminal portuguesa e nos demais termos da legislação aplicável. Tal actuação depende de pedido baseado em acordo tratado ou convenção internacional e da observância do princípio da reciprocidade – cfr. artº 160º-B da lei 144/99.

Finda a Acção encoberta a PJ/UPAT fará, no dossier referente à Acção Encoberta que corre termos separadamente dos inquéritos, **o relato da intervenção do agente encoberto à autoridade judiciária competente no prazo máximo de 48 horas após o terminus daquela.– cfr artº 3º, nº 6.**

É nessa altura que, levando em consideração o resultado da AE e ponderando os valores em causa, a autoridade judiciária, tomará posição, decidindo que tal relato **será ou não** junto ao inquérito ou relegando tal decisão para o termo do inquérito / ou da instrução. – cfr. artº 4º, nº 1 e nº 2.

Em qualquer dos casos tal decisão terá como parâmetro o disposto no nº1 do artº 4º. Ou seja, o Magistrado deve ter presente que, por força da própria lei, **“só ordenará a junção ao processo do relato a que se refere o nº 5 do artº 3º se a reputar indispensável em termos probatórios”.**

Caso opte pela junção do aludido relato e seja necessário o depoimento do(s) agente(s) encoberto(s) devem tomar-se as precauções previstas no artº 4º nºs 3 e 4, da Lei 101/2001 e 87º, nº 1, do CPP, ausência da publicidade e lei da protecção das testemunhas – Lei 93/99, de 14/7 – ocultação de imagem, teleconferência, ocultação de identidade, etc.

Na hipótese de não ser junto aos autos o aludido relatório, e arquivada a mesma, o expediente em apreço será devolvido à Polícia Judiciária para aí ficar arquivado, conforme previsão da parte final do n.º 2, do artigo 4.º da citada Lei.

2- Algumas das dificuldades com que, no dia a dia, se deparam os Magistrados que têm a seu cargo as investigações relacionadas com tais processos. A saber:

Dificuldades relacionadas com :

a) Situações em que existe suspeita de que o visado transporta produto estupefaciente no interior do organismo e este se recusa a ser sujeito a exames médicos radiológicos com vista a esclarecer a suspeita pondo mesmo em risco a própria vida;

b) **A investigação do crime de tráfico efectuado no Mar Alto.**

*

Vejamos

a) No que tange às dificuldades relacionadas com as suspeitas de que o visado transposta

estupefaciente no interior do organismo **impõe-se** desde logo ter presente o disposto no artº 53º do DL 15/93 sobre revistas e perícias.

Como é sabido, não obstante o risco de vida que correm, são frequentes as situações em que os arguidos transportam estupefacientes no interior do respectivo organismo sob a forma de embalagens vulgarmente denominadas “bolotas”.

Nestes casos, quando existem indícios de que transportam tais produtos, no interior do organismo, e sempre que se recusem a voluntariamente serem submetidos aos exames radiológicos pertinentes, resta ao Mº Pº a possibilidade de ordenar a realização da perícia a que alude o artº 53º, do DL 15/93, devendo o arguido ser notificado desse despacho e advertido nos termos do nº 4, das consequências que para si advirão caso persista na recusa.

Obviamente que, mesmo após a notificação efectuada nos termos anteriores o visado pode continuar a recusar submeter-se aos aludidos exames incorrendo contudo, neste caso, na prática de um crime punido com pena de prisão até 2 anos ou com pena de multa até 240 dias.

Facto que pode originar, conseqüentemente, uma eventual situação de detenção em flagrante delito – art 256º, nº 1, do CPP e o seu julgamento em processo sumário - art 381 do CPP – devendo ter-se presente o disposto no artº 385º do CPP- no que tange **à situação do arguido até ser submetido a julgamento.**

a) Quanto ao tráfico no Alto Mar e às dificuldades que o mesmo coloca à investigação são cabidas as seguintes considerações:

Aquando da publicação do DL 15/93, de 22 de Janeiro, já então, no preâmbulo, se dava conta de dificuldades existentes no combate ao tráfico efectuado por via marítima em alto mar.

Para tanto assinalava-se aí que:

A despeito do relevo crescente que assume como meio preferencial de circulação da droga, aproveitando os traficantes em seu benefício a reduzida capacidade de intervenção dos Estados em águas internacionais, não se encontraram fórmulas que permitissem intensificar o controlo, desde logo pela posição reducionista que advém do próprio artigo 17.º da Convenção de 1988.

Com efeito, a predominância conferida ao país do pavilhão, mesmo quando haja suspeita séria de que o navio abusa da liberdade de circulação que o direito internacional garante para se dedicar ao tráfico ilícito, só limitável mediante tratado, acordo ou protocolo, é um sinal de prevalência de certos interesses, nomeadamente os comerciais, como expressamente se reconhece no n.º 5 do artigo 17.º, sobre os da saúde e bem-estar da população de todo o mundo.

Assunto a merecer continuada reflexão do nosso país, quer no âmbito de tratados bilaterais a estabelecer com países vizinhos da orla marítima, quer ainda pela especial posição nacional como detentor de uma zona económica exclusiva de considerável extensão.

Vejamos as dúvidas que, na prática, se podem suscitar:

Como é sabido existem barcos com pavilhão estrangeiro que efectuem, no alto mar, o transbordo de produtos estupefacientes para outras embarcações que, por vezes, o descarregam em território nacional.

De seguida, o mesmo, é comercializado em território nacional ou, pelo menos em parte, transportado, por via terrestre, para outros países Europeus designadamente para Espanha.

Assim suscitam-se desde logo as seguintes questões:

1. Será lícito proceder **no alto mar**, ou seja em águas internacionais, sem que haja para o efeito qualquer pedido de cooperação nesse sentido por parte do país do pavilhão, à apreensão do aludido barco, e à condução do mesmo e da tripulação para território nacional a fim de, aqui, confirmar tais suspeitas, procedendo-se então a buscas, e à detenção dos agentes do crime?
2. Admitindo que, no caso concreto, existiam condições para efectuar, no alto mar, tais buscas e apreensões seria lícito efectuá-las sem ser a solicitação ou mediante prévia autorização concedida pelo Estado do pavilhão?
3. Qual a situação da tripulação enquanto as suspeitas não são confirmadas, sendo certo que a viagem, atenta as distâncias a percorrer e a velocidade média das embarcações, poderá demorar vários dias?
4. Será que, no caso de no alto mar ter sido apresado um barco de pavilhão estrangeiro com estupefaciente, os Tribunais portugueses são competentes para julgar tais factos?

A dúvida suscita-se desde logo se tivermos presente que (no CPP, 1º Vol., Editora Rei dos Livros) Simas Santos, Leal Henriques e Borges Pinho, em anotação ao art.º 22, dizem que:

“São considerados **como perpetrados em território português** os crimes que tiveram lugar no **espaço aéreo internacional ou em águas internacionais** desde que o navio ou a aeronave sejam portuguesas; tratando-se de navios ou aeronaves não portuguesas os Tribunais portugueses são incompetentes para o julgamento”.

No mesmo sentido pode ver-se Maia Gonçalves, em anotações ao art.º 22º do CPP (12ª e 16ª) edição onde se refere que:

“Os crimes cometidos em espaço aéreo internacional ou em águas internacionais são considerados como cometidos em território nacional se a aeronave ou o navio forem portugueses (art.º 20º e anot. 4); se não forem os tribunais portugueses não têm competência para o julgamento”.

Vejamos:

A resposta a dar a tais questões terá, a meu ver, de levar em consideração o disposto nos arts.º 5º da C.R.P., 4º e 5º do Código Penal, 49º do DL 15/93, de 22 de Janeiro, a Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Substâncias Estupefacientes de 1988, a do Direito do Mar, e, principalmente, o que resultar das Convenções bilaterais que, eventualmente, tenham sido celebradas entre Portugal e o País do Pavilhão.

Assim, na ausência de convenções bilaterais entre Portugal e o Estado do Pavilhão, impõe-se ter presente que:

Prescreve o art.º 5 da CRP que:

“1. Portugal abrange o território historicamente definido no continente europeu e os arquipélagos dos Açores e Madeira.

2. A lei define a extensão e o limite das águas territoriais, a zona económica exclusiva e os direitos de Portugal aos fundos marinhos contíguos.

3. O Estado não aliena qualquer parte do território português ou os direitos de soberania que sobre eles exerce, sem prejuízo da rectificação de fronteiras”.

Deve ter-se igualmente presente que, “os artigos 4º e 5º do Código Penal que fixam as regras de aplicação da lei no espaço, começam por ressaltar “tratado ou convenção internacional em contrário”, pretendendo-se, assim, vincar de forma clara que aquelas regras não são rígidas, **podendo ser afastadas pelo direito internacional convencional**”.

Diga-se desde já que existem, em nosso entender, as seguintes situações concretas a considerar. A saber:

As relacionadas com:

- O Mar Territorial do estado costeiro (12 milhas);
- A Zona Contígua (24 milhas);
- A Zona Económica Exclusiva (200 milhas)
- O Alto Mar.

Na ausência de convenções bilaterais entre o Estado Costeiro e o Estado do pavilhão, impõe-se analisar o que decorre, a este respeito, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 60-B/97

de 3 de Abril , rectificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 67- A/97, de 14/10:

Prescreve o art.º 2º da Parte II, Secção 1ª da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar que:

“A Soberania do Estado costeiro estende-se além do seu território e das suas águas interiores e, no caso de Estado arquipelágico, das suas águas arquipelágicas, a uma zona de mar adjacente designado pelo nome de mar territorial .

Esta soberania estende-se ao espaço sobrejacente ao mar territorial, bem como ao leito e ao subsolo deste mar.

A soberania sobre o mar territorial é exercida de conformidade com a presente Convenção e as demais normas de direito internacional.”

A largura do mar territorial foi fixada em 12 milhas marítimas.

Da análise da aludida Convenção resulta que apenas **no art.º 27º**, sobre o título Jurisdição penal a bordo de navio estrangeiro, se prevê que:

”A jurisdição penal do Estado costeiro não será exercida a bordo de navio estrangeiro que **passe pelo mar territorial** com o fim de deter qualquer pessoa ou de realizar qualquer investigação, com relação a infracção criminal cometida a bordo desse navio durante a sua passagem, salvo nos seguintes casos:

a) Se a infracção criminal tiver consequências para o Estado costeiro;
(...)

d) Se estas medidas forem necessárias para a repressão do tráfico ilícito de estupefacientes ou de substâncias psicotrópicas.

2. As disposições precedentes não afectam o direito do Estado costeiro de tomar as medidas autorizadas pelo seu direito interno, a fim de proceder a apresamento e investigações a bordo de navio estrangeiro que passe pelo seu mar territorial procedente de águas interiores.

3. Nos casos previstos nos números 1 e 2, o Estado costeiro deverá, a pedido do capitão, notificar o representante diplomático ou o funcionário consular do Estado de bandeira **antes de tomar quaisquer medidas**, e facilitar o contacto entre esse representante ou funcionário e a tripulação do navio. **Em caso de urgência, essa notificação poderá ser feita enquanto as medidas estiverem sendo tomadas.**

4. Ao considerar se devem ou não proceder a um apresamento e à forma de o executar, as autoridades locais devem ter em devida conta os interesses da navegação.

5. Salvo em caso de aplicação das disposições da parte XII ou de infracção às leis e regulamentos adoptados de conformidade com a parte V, o Estado costeiro não poderá tomar qualquer medida a bordo de um navio estrangeiro que passe pelo seu mar territorial, para a detenção de uma pessoa ou para proceder a investigações relacionadas com qualquer infracção de carácter penal que tenha sido cometida antes de o navio ter entrado no seu mar territorial, se esse navio, procedente de um porto estrangeiro, se encontrar só de passagem pelo mar territorial sem entrar nas águas interiores”.

Tenha-se presente que as disposições da parte XII estão relacionadas com a protecção e preservação do meio marinho enquanto que a parte V está relacionada com a Zona Económica Exclusiva regulada pelos art.ºs 55º e ss, tutelando-se direitos de soberania relacionados com a exploração, aproveitamento, conservação e gestão de recursos naturais.

Trata-se de uma jurisdição específica, na qual não cabe, salvo no caso de existirem convenções bilaterais em contrário, a possibilidade de abordagem, no domínio do tráfico de drogas, ao invés do que sucede nos termos em que se encontra previsto no art.º 27º antes citado.

Finalmente, a regulamentação das situações ocorridas no Alto Mar estão previstas nos art.ºs 86º e ss. da aludida Convenção.

A liberdade do alto mar está prevista no art.º 87º da Convenção antes citada.

É certo que no art.º 108º, sob a epígrafe “**Tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas**”, se prevê o seguinte:

“ 1- Todos os Estados devem cooperar para a repressão do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas praticado por navios no alto mar com violação das convenções internacionais.

2- Todo o Estado que tenha motivos sérios para acreditar que um navio arvorando a sua bandeira se dedica ao tráfico ilícito de estupefacientes ou substâncias psicotrópicas poderá solicitar a cooperação de outros Estados para pôr fim a tal tráfico”.

No entanto, a verdade é que a aludida Convenção no art.º 110º referindo-se ao direito de visita estipula que:

Salvo nos casos em que os actos de ingerência são baseados em poderes conferidos por tratados, um navio de guerra que encontre no alto mar **um navio estrangeiro que não goze de completa imunidade de conformidade com os artigos 95º e 96º não terá o direito de visita, a menos que exista motivo razoável para suspeitar que:**

a) O navio se dedica à pirataria;

b) O navio se dedica ao tráfico de escravos;

c) O navio é utilizado para efectuar transmissões não autorizadas e o Estado de bandeira do navio de guerra tem jurisdição nos termos do artº 109º;

....

Ou seja, no alto mar com excepção dos casos de tráfico de escravos, pirataria e da situação referida em c) vale a jurisdição do Estado do pavilhão da embarcação, não estando previsto, sequer, o direito de visita nos casos de suspeita de tráfico de estupefacientes.

Neste caso - isto é quando o crime é cometido fora do mar territorial nacional e *na ausência de convenções bilaterais em contrário* - apenas será lícita a intervenção das autoridades nacionais, pela forma antes referida, a bordo de tais embarcações e a aplicação da lei penal portuguesa, desde que Portugal tenha sido autorizado a tomar as medidas previstas no art.º 17º da Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas de 1988 – cfr. art.º 49º do DL 15/93, de 22 de Janeiro.

Assim, a intervenção a bordo do navio estrangeiro está dependente de **autorização do Estado do pavilhão** após integral cumprimento do disposto no citado art.º 17º, n.º s 4 a 11, da aludida Convenção ou do que resultar de outra qualquer convenção bilateral que no caso concreto, eventualmente, tenha sido celebrada entre ambos os Estados.

Daí que, predominando a vontade do Estado do pavilhão, sem a sua autorização, e na ausência de convenções bilaterais em contrário, nenhuma medida poderá ser adoptada contra o navio.

Acresce que, caso tais suspeitas se revelem infundadas e o navio visitado não tiver cometido qualquer acto que as justifique, esse navio deve ser indemnizado por qualquer perda ou dano que possa ter sofrido – cfr n.º 3 do art.º 110º.

Eis, em síntese, o que se me oferece dizer sobre o tema proposto.

Vídeo da apresentação

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS
Largo do Limoeiro 1149-048 - Telef.: 218845600 - Fax: 218845615 Email: cej@mail.cej.mj.pt | www.cej.mj.pt

Gestão da Investigação Criminal
Manuel Gonçalves: Procurador da República Coordenador, DIAP de Lisboa:
A dinâmica da investigação em segmentos criminais específicos...

Audatório do Montepio Geral
21.02.2013 15:15

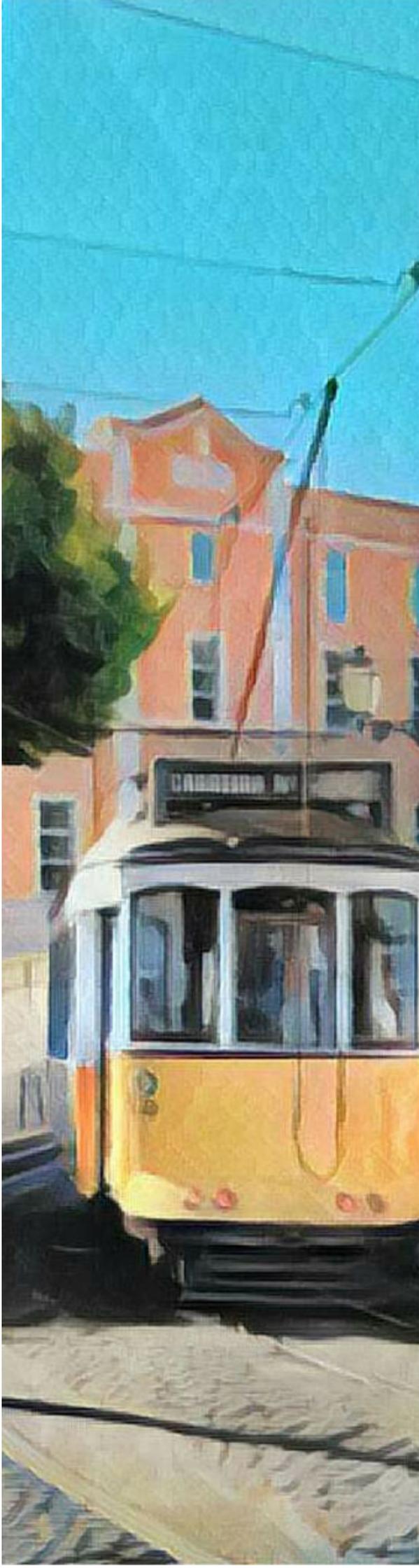
Dra. Fátima Barbosa

00:01:28 / 00:49:56

FCCN
Fundação para a Computação Científica Nacional
Foundation for National Scientific Computing

→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/7x2hkpbu7/flash.html>

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS



**6.
A Direcção da
Investigação
Criminal na
Criminalidade
Tributária**

Rui Correia Marques

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

A DIRECÇÃO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NA CRIMINALIDADE TRIBUTÁRIA¹

Rui Correia Marques*

Parte I – A Estrutura Formal da Investigação Criminal- Política criminológica

1. Razão de Ordem – A efectiva direcção da Investigação Criminal

2. A Estrutura Formal da Investigação Criminal

Parte II – A Direcção Material da Investigação Criminal – Protecção da Vítima

1. A Caracterização da Actuação – Fraude Fiscal IRC/IVA com Facturas Falsas

2. O Início da Investigação

3. As Diligências de Investigação

4. O Recurso a Métodos Indirectos de Prova

5. A Constituição como Assistente da Segurança Social

Agradecimentos

Em primeiro lugar, gostaria de agradecer ao CEJ o convite que me foi endereçado para estar presente nesta sessão.

Agradeço a todos os presentes a atenção que me irão dispensar.

A entrada em vigor do Novo Mapa Judiciário, com a introdução de DIAP's por todo o país, vai descentralizar diversas questões jurídico-penais e processuais-penais que anteriormente se colocavam quase exclusivamente nos DIAP's Distritais ou no DCIAP.

Temas como a Recuperação de Activos, a Constituição de Equipas Mistas de Investigação ou o Branqueamento de Capitais não eram frequentes fora daqueles Departamentos.

A nova organização judiciária será muito exigente para o Ministério Público e qualquer Magistrado poderá agora, em qualquer ponto do território nacional, vir a ser confrontado, no seu DIAP com tais temas.

*

O objectivo da presente exposição é assim o de partilhar algumas práticas de investigação tendo em conta apenas o fenómeno da Criminalidade Tributária e alertar para a necessidade de em cada DIAP, se proceder a uma efectiva e não meramente formal, Direcção da Investigação Criminal.

Só com uma efectiva direcção da investigação criminal se conseguirão alcançar bons resultados no combate à Criminalidade Fiscal e servir, nesta área, os interesses de que somos

¹ Texto que serviu de base à participação do autor no Curso de Especialização “Temas de Direito Penal e Processual Penal”, com o tema “A Direcção da Investigação Criminal na Criminalidade Tributária”, realizada no CEJ, no dia 6 de fevereiro de 2015.

* Procurador da República, DCIAP.

Procuradores. Numa primeira parte vou abordar o modo como está organizada a Investigação Criminal, ou seja, os recursos à disposição da investigação e o modo de os articular.

Numa segunda parte entrarei no tema concreto analisando o momento inicial da investigação, que a define, e as diligências de investigação mas numa perspectiva dedicada.

Parte I – A Estrutura Formal da Investigação Criminal

1. Razão de Ordem – A efectiva direcção da Investigação Criminal

Através da Lei 15/2001, de 5 de Junho, que entrou em vigor em 5 de Julho desse mesmo ano, foi aprovado o Regime Geral das Infracções Tributárias actualmente em vigor.

A entrada em vigor desse diploma teve como consequência a revogação do Regime Jurídico da Infracções Fiscais Não Aduaneiras, aprovado pelo DL 20-A/90, de 15 de Janeiro.

Para além de tudo o mais que é conhecido e que não será abordado, até pelo seu desinteresse actual, na presente exposição – a aprovação do novo Regime provocou uma alteração ao nível da estruturação da investigação criminal.

Nos termos das disposições combinadas dos artºs 42º a 45º e 47º a investigação criminal era realizada em Processo de Averiguações sendo a competência para a respectiva tramitação do Director Distrital de Finanças da área da consumação do crime.

Findo esse processo os autos eram remetidos ao Ministério Público que Acusava ou Arquivava o processo só podendo proceder a actos de Inquérito quando – “subsistiam razões para «dúvidas quanto à atitude a tomar»” e devendo tais actos cingir-se aos indispensáveis ao «esclarecimento da situação».

*

Com a entrada em vigor do RGIT o denominado – “processo de averiguações” foi extinto passando a reger nesta matéria o disposto no artº 40º deste diploma que dispõe taxativamente que: – “Adquirida a notícia de um crime tributário procede-se a Inquérito, sob direcção do Ministério Público, com as finalidades e nos termos do disposto no Código de Processo Penal.”

*

Consequentemente, a direcção da investigação criminal em matéria de criminalidade tributária foi harmonizada com as regras do Código de Processo Penal, passando o Ministério Público a ter um maior e efectivo controlo – logo, responsabilidade – da Investigação.

Nestes termos no quadro legal vigente é o Ministério Público que tem a efectiva direcção da investigação criminal.

2. A Estrutura Formal da Investigação Criminal

Como é sabido, não obstante lhe estar cometida a direcção da investigação criminal, nesta, como noutras áreas, o Ministério Público delega a prática dos actos de Inquérito em Órgãos de Polícia Criminal.

A direcção material da investigação criminal implica, pois, a necessária compreensão da estrutura formal de execução das diligências de Inquérito e que é necessário descodificar.

*

A matéria referente à Delegação de poderes para a investigação está contida, essencialmente, em 3 instrumentos jurídicos:

- Circular 6/2002, da PGR;
- Lei 49/2008, de 27 de Agosto;
- RGIT.

A Circular 6/2002 ocupa para o Ministério Público um lugar central nesta matéria.

Para o que interessa à presente exposição tem relevância o disposto no ponto IV. 2 al. a) que dispõe: – “Nos termos do nº 4 do artº 270º Código de Processo Penal Delego genericamente a competência para a investigação de: a) crimes de natureza fiscal: aduaneiros, não aduaneiros, e contra a segurança social, nos órgãos de polícia criminal específicos, previstos na legislação respectiva; (...).”

*

Sendo uma circular interna do Ministério Público a mesma não vincula outras entidades, designadamente a Magistratura Judicial, razão pela qual se impõe analisar esta Circular à luz do tecido legal em vigor.

*

A legislação a que se reporta, numa leitura actualizada, esta Circular, é, actualmente composta pela Lei 49/2008 e pelo RGIT.

*

A Lei 49/2008, também conhecida como Lei da Organização da Investigação Criminal, veio estabelecer regras de especialização em matéria de investigação.

Por um lado, dividiu os OPC's em órgãos de competência genérica e específica, cabendo na primeira categoria a Polícia Judiciária, a G.N.R. e a P.S.P. (artº 3º, nº 1, als. a) a c)) e na segunda todos os outros cfr. artº 3º, nº 2.

Por outro lado, estabeleceu regras de delegação de competência em razão do valor objecto do crime – artº 7º, nº 4.

*

Da conjugação destas duas opções resultaram para a Investigação da Criminalidade Tributária as seguintes regras de delegação de competências.

1. A competência para investigação de Crime Tributários – os previstos nos artºs 87º a 107º do RGIT – de valor superior a €500.000,00 encontra-se cometida quer à Polícia Judiciária quer Unidade de Acção Fiscal da Guarda Nacional Republicana.

A competência será fixada em concreto pelo critério de aquisição da notícia do crime ou por determinação do Ministério Público.

É o que resulta do disposto no artº 7º, nº 4, al. a) e nº 5, desse diploma.

*

2. A competência para a investigação dos restantes crimes Tributários é dos OPC's de competência específica, que este diploma não menciona mas que constam, em concreto do RGIT, terceiro diploma fundamental nesta sede.

*

Nos termos do disposto no artº 41 do RGIT a competência para a investigação está delegada:

a) Relativamente aos crimes aduaneiros, a competência está delegada no director da direcção de serviços antifraude, nos processos por crimes que venham a ser iniciados no exercício das suas atribuições ou no exercício das atribuições das alfândegas e na Brigada Fiscal da Guarda Nacional Republicana, nos processos por crimes que venham a ser indiciados por estes no exercício das suas atribuições;

b) Relativamente aos crimes fiscais, a competência está delegada no diretor de finanças que exercer funções na área onde o crime tiver sido cometido ou no diretor da Unidade dos Grandes Contribuintes, ou no diretor da Direcção de Serviços de Investigação da Fraude e de Ações Especiais nos processos por crimes que venham a ser indiciados por estas no exercício das suas atribuições;

c) Relativamente aos crimes contra a segurança social, a competência está delegada nos presidentes das pessoas colectivas de direito público a quem estejam cometidas as atribuições nas áreas dos contribuintes e dos beneficiários.

*

É, pois, este o quadro legal de repartição/delegação de competências para a Investigação Criminal da Criminalidade Tributária.

Parte II - A Direcção Material da Investigação Criminal

A direcção material da investigação criminal depende do tipo de crime tributário sob investigação.

Sendo vários os ilícitos tributários previstos no RGIT optei por centrar a atenção naquele que porventura convoca maior dificuldade: a Fraude Fiscal.

Este ilícito comporta diversos *modus operandi*.

Vamos agora analisar a Fraude Fiscal com utilização de Facturas Falsas, com especial repercussão em sede de IVA e IRC.

Trata-se de um tipo de actuação criminosa que pode atingir uma grande extensão quer ao nível do prejuízo para a Fazenda Nacional quer ao nível da sua própria dispersão territorial.

Normalmente as investigações deste tipo de Crime convocam a necessidade de recorrer a diversos meios de obtenção de prova que serão analisados na óptica deste tipo de investigação.

1. A Caracterização da Actuação – Fraude Fiscal IRC/IVA com Facturas Falsas

Atenta a complexidade da matéria em causa nem sempre resulta desde logo claro o total alcance deste tipo de actividade criminosa.

Qual o objectivo dos seus agentes?

Onde é que eles vão buscar o lucro?

Porque razão são atingidos o IRC e o IVA?

Tendo em mente simplificar estas questões vou dar um exemplo concreto a partir do qual se pode partir para as diligências de investigação em concreto.

*

A actuação criminosa que vai servir de base à presente apresentação pode caracterizar-se do seguinte modo:

Abel, cidadão atento às necessidades fiscais das empresas que actuam no mercado cria – quiçá na hora - a sociedade Bela Fraude, Lda.

Por ser cidadão instruído e visando ocultar a sua identidade, Abel contacta Carlos e Daniel, cidadãos em situação de especial vulnerabilidade, e, a troco de uma quantia (por exemplo, €1.500,00, num determinado processo) solicita-lhes que figurem como sócios e gerentes da sociedade, abrindo inclusivamente contas bancárias e assinando as respectivas fichas de assinaturas, ficando com uma procuração outorgada por aqueles de modo a poder gerir o dia a dia social da empresa, o que aqueles aceitam, pois precisavam do dinheiro.

A partir daí, o Abel vai desenvolver diligências no sentido de prosseguir o verdadeiro objecto social da empresa “Prestação de Serviços Personalizados de Fraudes com emissão de Facturas Falsas”.

Na sua actividade comercial Abel vem a contactar com Ernesto, Fernando, Guilherme, Hugo, Ivo e João, entre outros, cada um gerente de uma diferente sociedade e propõe-lhes o seguinte negócio:

A troca de uma compensação monetária a combinar, Abel emitirá a favor de cada uma das empresas de que aqueles são sócios gerentes, o número de facturas necessários para otimizar a situação fiscal de cada uma das empresas.

É que Abel, cidadão instruído leu pelo menos dois Códigos: O Código do IVA e o Código do IRC.

Através da leitura do Código do IVA, designadamente do artº 19º, Abel aprendeu que : “nº 1 al. a) Para apuramento do imposto devido os sujeitos passivos deduzem, nos termos dos artigos seguintes, ao imposto incidente sobre as operações tributáveis que efectuaram: a) O imposto devido ou pago pela aquisição de bens e serviços a outros sujeitos passivos (...) nº 2 Só confere direito a dedução o imposto mencionado nos seguintes documentos, em nome e na posse do sujeito passivo: a) Em faturas passadas na forma legal. (...) nº 6 Para efeitos do exercício do direito à dedução, consideram-se passadas na forma legal as faturas que contenham os elementos previstos no art 36º ou 40º, consoante os casos”.

Do artigo 19º Abel passou à leitura do artº 40º e constatou que o mesmo se referia a Facturas Simplificadas emitidas para valores não superiores a €1.000,00 pelo que ignorou essa norma e analisou o artº 36º constatando o seguinte:

“5 – As faturas devem ser datadas, numeradas sequencialmente e conter os seguintes elementos: a) Os nomes, firmas ou denominações sociais e a sede ou domicílio do fornecedor de bens ou prestador de serviços e do destinatário ou adquirente, bem como os correspondentes números de identificação fiscal dos sujeitos passivos de imposto; b) A quantidade e denominação usual dos bens transmitidos ou dos serviços prestados, com especificação dos elementos necessários à determinação da taxa aplicável; c) O preço, líquido de imposto, e os outros elementos incluídos no valor tributável; d) As taxas aplicáveis e o montante de imposto devido; e) O motivo justificativo da não aplicação do imposto, se for caso disso; f) A data em que os bens foram colocados à disposição do adquirente, em que os serviços foram realizados ou em que foram efectuados pagamentos anteriores à realização das operações, se essa data não coincidir com a da emissão da factura. (...)”

Artº 22º, nº 4 – Sempre que a dedução de imposto a que haja lugar supere o montante devido pelas operações tributáveis, no período correspondente, o excesso é deduzido nos períodos de imposto seguintes. 5 - Se, passados 12 meses relativos ao período em que se iniciou o excesso, persistir crédito a favor do sujeito passivo superior a (euro) 250, este pode solicitar o seu reembolso. 6 - Não obstante o disposto no número anterior, o sujeito passivo pode solicitar o reembolso antes do fim do período de 12 meses quando se verifique a cessação de actividade

ou passe a enquadrar-se no disposto nos n.os 3 e 4 do artigo 29.º, 1 do artigo 54.º ou 1 do artigo 61.º, desde que o valor do reembolso seja igual ou superior a (euro) 25, bem como quando o crédito a seu favor exceder (euro) 3000”.

Após a leitura do Código do IVA Abel leu o Código do IRC centrando a sua atenção nas seguintes normas:

– Artº 3º, nº 1, al. a) que dispõe que: “O IRC incide sobre: a) O lucro das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, das cooperativas e das empresas públicas e o das demais pessoas colectivas ou entidades referidas nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo anterior que exerçam, a título principal, uma actividade de natureza comercial, industrial ou agrícola”;

– Artº 23º, nºs 1 e 2, als. a) e b), que dispõem que: “1 - Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC. 2 - Consideram-se abrangidos pelo número anterior, nomeadamente: a) Os relativos à produção ou aquisição de quaisquer bens ou serviços, tais como matérias utilizadas, mão-de-obra, energia e outros gastos gerais de produção, conservação e reparação”. (...)

*

Da leitura integrada destes dois diplomas Abel concluiu que efectivamente poderia prestar um serviço de elevado valor a cada um dos seus clientes o qual poderia ser individualmente adaptado às necessidades de cada um deles:

Poderia emitir Facturas que titulassem serviços fictícios, apondo nas mesmas o valor que mais conviesse a cada um dos seus clientes de modo a otimizar a relação fiscal destes com a Fazenda Nacional, quer ao nível do IRC, quer ao nível do IVA.

*

Por seu turno os seus clientes, utilizadores das Facturas, usariam essas facturas para obter benefícios em sede de IVA e de IRC:

– IVA – Poderiam deduzir os montantes de IVA por si devidos nas transacções legítimas do seu comércio jurídico usando os montantes de IVA inscrito nas facturas falsas. Consoante o seu grau de ganância poderiam usar as facturas para pagar Imposto Zero ou para, além de não pagar qualquer Imposto, obter reembolso de IVA forçando o Estado à realização de uma efectiva prestação pecuniária.

– IRC – Poderiam deduzir ao lucro tributável, como se correspondessem a gastos reais, as compras fictícias tituladas nas Facturas adquiridas ao Abel. No limite – no caso do pagamento especial por conta – poderiam até obter reembolso de IRC pago forçando o Estado, também aqui, à realização de uma efectiva prestação pecuniária.

Era, pois, um negócio lucrativo para todos em que a vantagem patrimonial era obtida à custa de efectivo prejuízo e empobrecimento do Estado.

Num processo que correu termos no DCIAP estamos a falar de valores que ascendem a €25.714.187,00.

Mas esta constitui uma conduta extremamente lesiva dos interesses do Estado a qual demanda a efectiva direcção da investigação, convocando para tal, dentro da esfera de actuação de cada um, os OPC's o Ministério Público e o(a) Juiz de Instrução Criminal.

O esquema ora apresentado constitui o tipo base deste género de actuação.

*

A circunstância de as facturas serem electrónicas em nada prejudica o modo de actuação descrito pois, mesmo electrónicas, continuarão a titular serviços fictícios, podendo demandar, para efeitos de evasão à responsabilidade criminal, a criação de um muito mais elevado número de “empresas de fachada”.

Mas o *modus operandi* será, grosso modo, sempre o mesmo.

2. O Início da Investigação

Vamos agora entrar dentro do corpo da investigação propriamente dita.

Regra geral, a investigação inicia-se com uma informação elaborada pela Autoridade Tributária, sendo que, no DCIAP investigações deste género iniciaram-se também com denúncias anónimas.

Em sede de primeiro despacho deve desde logo ser ponderado o seguinte:

- Necessidade de sujeição a Segredo de Justiça;
- Necessidade de constituição de equipas mistas de investigação – artº 41º, nº 4, do RGIT;
- Necessidade de intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos;
- O destino da Vantagem Patrimonial tendo em mente perspectivar a verificação de crime de Branqueamento de Capitais.

A sujeição dos autos a Segredo de Justiça é simples e não justifica qualquer abordagem nesta sede.

2.1. Equipas Mistas de Investigação

A Constituição de Equipas Mistas de Investigação encontra a sua previsão no artº 41º, nº 4, do RGIT, o qual dispõe: “Se o mesmo facto constituir crime tributário e crime comum ou quando a

investigação do crime tributário assuma especial complexidade, o Ministério Público pode determinar a constituição de equipas também integradas por elementos a designar por outros órgãos de polícia criminal para procederem aos actos de inquérito”.

A criação de equipas mistas de investigação não é um acontecimento vulgar e deve ser objecto de cuidada ponderação.

Regra geral não envolve mais de 2 OPC's distintos embora não seja descabido que possa envolver pelo menos 3.

Regra geral está em causa a articulação entre a Autoridade Tributária e a Polícia Judiciária mas pode fazer sentido juntar à investigação a Segurança Social.

Para que serve?

Essencialmente a equipa mista de investigação serve a repartição da satisfação das necessidades da investigação do ponto de vista operacional e de análise em casos de maior complexidade.

Tal repartição deverá ser definida logo no momento da constituição da equipa.

Será assim natural que a Polícia Judiciária assuma de forma directa a operacionalidade da investigação, ficando responsável pela realização das intercepções telefónicas ou planeamento tático de Buscas, enquanto a Autoridade Tributária fica responsável pela recolha e análise da diversa informação, quer ao nível das facturas quer ao nível da documentação contabilística e bancária, sem prejuízo de participar activamente nas buscas a fim de interpretar e seleccionar a documentação a apreender.

A indicação dos elementos que integram a equipa deve ser solicitada ao respectivo OPC e os mesmos devem ser nomeados por despacho nos autos, não sendo descabido efectuar uma reunião da qual seja elaborada acta que igualmente seja junta ao processo.

*

2.2. A Recuperação de Activos

A ponderação da intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos impõe-se por si própria e, também, por força do Despacho da PGR nº 3/2013 de 30 de Julho, o qual tem natureza vinculativa para o Ministério Público.

*

Determinou-se, neste despacho que:

“A par da investigação dos crimes, os senhores magistrados do Ministério Público promoverão a localização, identificação e apreensão dos instrumentos e produtos do crime, das vantagens obtidas com a actividade criminosa e do património incongruente com o rendimento lícito dos

agentes criminosos, e procederão à liquidação e à indicação na acusação, ou em momento posterior (nos casos previstos no art. 8º, nº 2, da Lei 5/2002, de 11 de Janeiro), dos bens e/ou dos valores que devam ser declarados perdidos a favor do Estado”.

Determinou-se ainda que:

“Em especial, sempre que reunidas as condições legais previstas na Lei 45/2011, de 24/6, os senhores magistrados do Ministério Público deverão determinar a intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos para realização da investigação financeira e/ou patrimonial, e deverão suscitar a intervenção do Gabinete de Administração de Bens para a gestão dos bens ou produtos recuperados, apreendidos ou declarados perdidos a favor do Estado”.

*

Ora, nos termos do disposto no artº 4º, nº 1, als. a) e b) da Lei 45/2011, de 24 de Junho, a intervenção do Gabinete de Recuperação de Activos tem lugar quando se trate de instrumentos, bens ou produtos relacionados com crimes puníveis com pena de prisão igual ou superior a 3 anos e quando o valor estimado dos mesmos seja superior a 1000 unidades de conta.

Nº 2 “Mediante prévia autorização do Procurador-Geral da República ou, por delegação, dos procuradores-gerais distritais, pode o GRA proceder à investigação financeira ou patrimonial, em casos não abrangidos pelo número anterior, considerando o estimado valor económico, científico, artístico ou histórico dos bens a recuperar e a complexidade da investigação”.

*

O tema da recuperação de activos justificaria por si só uma intervenção pelo que não será aprofundado com maior detalhe.

De qualquer modo, não quero deixar de sublinhar a necessidade de ter sempre presente o Despacho 3/2013 e, sobretudo o anexo “Informação e Procedimentos” pois que, de acordo com o ponto 4 é obrigatório que a intervenção do GRA seja desencadeada quando estiver delimitado o objecto da investigação criminal quanto à actividade criminosa e seus agentes, o que normalmente sucede quando a notícia surge pela AT.

2.3. A Ponderação do Branqueamento de Capitais

Finalmente a perspectiva do Branqueamento de Capitais.

Apesar de, regra geral, não existirem logo no início da investigação elementos que permitam investigar directamente este crime, o certo é que a experiência demonstra que nesse momento se deve logo perspectivar a eventual ocorrência do mesmo.

A efectiva direcção da investigação criminal por parte do Ministério Público impõe que sejam dadas concretas indicações aos OPC's no sentido de, no decurso das diligências de

investigação, levar sempre em consideração eventuais condutas adoptadas com o expresse intuito dissimular a origem criminosa dos rendimentos obtidos com a conduta, tal como exigido pelo disposto no artº 368º-A do Código Penal.

Caso no decurso da investigação surjam indícios de factos susceptíveis de integrar a prática de crime de Branqueamento de Capitais deverá ser cuidadosamente ponderada, em face do estado dos autos, a utilidade na investigação conjunta do crime precedente e do crime de Branqueamento.

Uma vez que a investigação do crime de Branqueamento de Capitais é previsivelmente mais demorada, podendo demandar a emissão de cartas rogatórias, é provável que se justifique a separação processual a fim de não pôr em causa a pretensão punitiva do Estado, nem colocar em perigo os seus interesses também enquanto lesado e ofendido ou retardar excessivamente o julgamento de eventuais co-arguidos do agente deste crime – artº 30º, nº 1, als. b) e c), do Código de Processo Penal.

3. As Diligências de Investigação

3.1. Questão Prévia

Neste tipo de criminalidade, como noutras, a investigação tem de recorrer quer aos meios de prova quer aos meios de obtenção de prova previstos no Código de Processo Penal e em Legislação Avulsa.

Nesta exposição vou dar por adquirido o conhecimento por parte de todos das regras gerais da produção de prova.

Não vou analisar pressupostos gerais de buscas, escutas ou de Inquirição de testemunhas.

Procurarei fazer uma análise dedicada dos meios de prova e dos meios de obtenção de prova na perspectiva da investigação da Criminalidade Tributária, tendo em conta, mas sem que este esgote, a análise, o exemplo factual supra indicado.

Em concreto, irei analisar algumas questões que neste âmbito particular se colocam quanto a Buscas, Intercepções de Comunicações Digitais, Inquirição de Testemunhas e Recurso a Métodos Indirectos de Prova.

3.2. A Produção de Prova e o Objecto da Investigação

Desde o início e até ao fim do Inquérito, o objecto da investigação tem de estar sempre bem definido.

O objecto da investigação não comporta apenas a actuação naturalística dos agentes do crime.

Tal poderia ser o objecto, por exemplo, de uma investigação privada, sem consequências jurídicas.

Decorrendo a investigação no âmbito de um Processo Penal e tendo a mesma por fim último determinar se há ou não forte possibilidade de ser aplicada ao agente uma pena ou uma medida de segurança, em sede de Julgamento, pela prática de um crime, a mesma tem de levar em linha de conta, para além dos factos naturalisticamente considerados, os elementos objectivos e subjectivos do Crime e a respectiva imputação objectiva/subjectiva.

No Inquérito não se investigam factos, investigam-se Crimes.

É isso que vai estar sob Julgamento e é quanto a esses elementos que a investigação tem de apresentar resultados

Assim, é lícito afirmar que o objecto da investigação se encontra delimitado pelos elementos objectivos e subjectivos do Tipo Legal a que se pode subsumir a conduta sob investigação.

Esta ideia tem de estar sempre presente em cada diligência de prova efectuada nos autos e é sempre bom reforçá-la junto dos OPC's que colaboram com a investigação.

Numa busca, não importa apenas recolher facturas tendo em vista a comprovação da fraude. É ainda necessário recolher documentos tendo em vista conseguir efectuar a imputação subjectiva.

Essa necessidade intensifica-se ainda mais neste tipo de criminalidade em que a Responsabilidade Criminal é repartida, muitas vezes, por elevado número de pessoas singulares e colectivas, com as dificuldades jurídicas.

É com esta ideia que se analisarão alguns meios de prova/obtenção de prova, já de seguida.

3.3. Buscas

3.3.1 A Preparação da Busca

Como resulta do disposto no artº 174º, nº 2, do Código de Processo Penal a realização de uma Busca visa essencialmente a apreensão de objectos relacionados com um crime ou que possam servir de prova do mesmo.

As Buscas devem ser rigorosamente planeadas quanto:

- Ao local da Busca;
- À constituição de equipas na hipótese de serem vários os locais buscados e coordenação das mesmas;

- À competência para autorizar a sua realização (JIC/MP);
- Aos objectos a apreender tendo em mente sobretudo os princípios da necessidade e da proporcionalidade a fim de evitar a menor lesão possível dos direitos dos interessados (proprietários ou não);
- À preservação do Segredo de Justiça;
- À particular natureza dos visados.

Numa investigação no âmbito da Criminalidade Tributária e, dentro desta, no âmbito da Fraude Fiscal com recurso a Facturação Falsa é muito provável ter de realizar as seguintes buscas:

- Sedes de sociedades envolvidas;
- Domicílio dos intervenientes;
- Gabinetes de Contabilidade.

*

Destas, as buscas em gabinetes de contabilidade podem suscitar questões particulares que, na óptica da perspectiva dedicada, cumpre analisar.

*

Merece uma cuidada análise a Busca em escritório de Revisores Oficiais de Contas.

Sobre esta matéria rege o Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas aprovado pelo DL 224/2008, de 20 de Novembro.

Dispõe o artº 72º-A que: “Às buscas e apreensões em escritórios de revisores oficiais de contas é aplicável, respectivamente, o disposto no n.º 5 do artigo 177.º e no n.º 1 do artigo 180.º do Código de Processo Penal”.

Há assim uma equiparação ao regime processual previsto para Advogados e Médicos:

- Presidida, sob pena de nulidade pelo Juiz, com representação de elemento da Ordem profissional do visado, regime que se estende às Apreensões de documentos sob sigilo profissional, nos termos do disposto no artº 180º e 179º, nº 3, do Código de Processo Penal.

Porém, a execução da busca tem regras próprias definidas no artº 72º-B.

Sob a epígrafe —Reclamação esta norma criou um incidente de natureza muito específica.

Vejamos:

Dispõe essa norma que:

“1 – No decurso das diligências previstas nos artigos anteriores, pode o revisor interessado ou, na sua falta, qualquer dos familiares ou empregados presentes, bem como o representante da Ordem, apresentar uma reclamação.

2 – Destinando-se a apresentação de reclamação a garantir a preservação do sigilo profissional, o juiz deve logo sobrestar a diligência em relação aos documentos ou objectos que forem postos em causa, fazendo-os acondicionar, sem os ler ou examinar, em volume selado no mesmo momento.

3 – A fundamentação das reclamações é feita no prazo de cinco dias e entregue no tribunal onde corre o processo, devendo o juiz remetê-las, em igual prazo, ao presidente do Tribunal da Relação com o seu parecer e, sendo caso disso, com o volume a que se refere o número anterior.

4 – O presidente do Tribunal da Relação pode, com reserva de sigilo, proceder à desselagem do mesmo volume, devolvendo -o selado com a sua decisão”.

*

Em síntese:

– Quer o ROC, quer um seu qualquer familiar, quer um seu qualquer empregado, tem legitimidade para, no decurso da busca, apresentar reclamações e sem necessidade de apresentar qualquer fundamentação;

– Caso na reclamação se alegue Sigilo Profissional a diligência é suspensa quanto aos documentos ou objectos sobre os quais incide a reclamação os quais são acondicionados e selados no acto;

– O reclamante (ROC ou qualquer um dos mencionados porque a Lei não é explícita) dispõe de 5 dias para fundamentar a reclamação junto do Tribunal onde corre termos o processo;

– O Juiz (não se sabe se ouvido o Ministério Público) elabora parecer (!) e remete o expediente, juntamente com os objectos, ao Presidente do Tribunal da Relação;

– O Presidente do Tribunal da Relação decidirá, podendo ou não desselar o volume em causa.

*

Como se vê desta análise são muitas as dúvidas que este regime convoca, parecendo manifestamente desproporcional face a situações comparáveis como é o caso das Apreensões em Estabelecimento Bancário previstas no artº 181º do Código de Processo Penal.

*

Seja como for, a preparação de uma Busca tem de levar em consideração os regimes jurídicos especiais tal como o presente que é imperioso conhecer.

3.3.2. O Objecto da Busca – As Apreensões

Como se referiu, a Busca visa recolher objectos relacionados com a prática do crime em investigação.

Neste tipo de criminalidade é habitualmente necessário proceder à apreensão dos seguintes objectos:

- Dados Informáticos.
- Facturas;
- Livros de Facturas;
- Documentação Bancária;
- Documentação Societária: Actas de Reuniões, Procurações;
- Documentação Fiscal;
- Correspondência;

*

Em face do tipo de objectos a apreender é necessário que a Busca seja acompanhada por pessoas com formação contabilística e informática.

*

3.3.2.1 Apreensão de Dados Informáticos

O que vai ser exposto nesta sede vale naturalmente para a apreensão de Facturas Electrónicas.

Quero frisar mais uma vez que o facto de uma factura ser emitida electronicamente não afecta o raciocínio desenvolvido nem impede que se analise a emissão de facturas em papel.

A emissão de factura electrónica é uma faculdade do emitente, prevista no artº 36º, nº 10, do Código do IVA e depende de aceitação do destinatário.

Regra geral, a apreensão de dados informáticos depende da realização de uma pesquisa prévia no Sistema, a qual pode ser autorizada/ordenada pelo Ministério Público nos termos do disposto no artº 15º da Lei 109/2009 de 15 de Setembro, obedecendo às regras de execução de Buscas previstas no Código de Processo Penal e no Estatuto dos Jornalistas (que aqui vou desconsiderar por não contender directamente com a criminalidade tributária).

A autorização poderá ser prévia e constar dos Mandados, possuindo uma validade de 30 dias, e a ordem pode ser dada no decurso da Busca, se presidida, o que deve suceder sempre que tal for possível.

*

Na sequência dessa pesquisa.

O Ministério Público pode, ao abrigo do disposto no artº 16º, nº 1, da mencionada Lei ordenar/autorizar a apreensão de todos os dados ou documentos que reputar úteis para produção de prova com excepção do seguinte:

- Os dados cujo conteúdo seja susceptível de revelar dados pessoais ou íntimos, que possam pôr em causa a privacidade do respectivo titular ou de terceiro que são, sob pena de nulidade, apresentados ao Juiz o qual, após ponderar os interesses do caso concreto, determina ou não a sua apreensão e junção aos autos – artº 16º, nº 3;
- Os dados sujeitos a Segredo Profissional, de Funcionário, ou Segredo de Estado – artº 16º, nº 6;
- Mensagens de correio electrónico ou registos de comunicações de natureza semelhante, que seguem o regime da apreensão de correspondência previsto no Código de Processo Penal – artº 17º.

*

Após a formulação de um juízo de adequação e proporcionalidade, tendo em conta o interesse do caso concreto, a apreensão pode revestir uma das seguintes modalidades – artº 16º, nº 7, da Lei 109/2009:

- a) Apreensão do suporte onde está instalado o sistema, ou apreensão do suporte onde estão armazenados os dados informáticos, bem como dos dispositivos necessários à respectiva leitura;
- b) Realização de uma cópia dos dados, em suporte autónomo, que será junto ao processo, em duplicado, sendo uma cópia selada e confiada ao secretário judicial dos serviços onde o processo correr termos, se possível com certificação por assinatura digital dos dados apreendidos – artº 16º, nº 8;
- c) Preservação, por meios tecnológicos, da integridade dos dados, sem realização de cópia nem remoção dos mesmos; ou
- d) Eliminação não reversível ou bloqueio do acesso aos dados.

*

3.3.2.2 – Facturas, Livros de Facturas, Documentação Societária. Outros Documentos

Continuando nas Apreensões efectuadas no decurso de Buscas impõe-se agora centrar a atenção em Facturas, Livros de Facturas, Documentação Societária. Outros Documentos.

Estando em causa uma actividade que assenta na obtenção de benefícios patrimoniais com base em Facturas Falsas não é por demais salientar a necessidade de apreender tais facturas ou as suas cópias.

A prova da falsidade das facturas não é simples nem fácil e depende da análise crítica de outros elementos de prova.

*

Entre esses, surge desde logo à cabeça o Livro de Facturas.

Como referi supra, o artº 36º, nº 5, do Código do IVA determina expressamente que as facturas devem ser, além do mais, numeradas sequencialmente.

É frequente numa Busca neste tipo de criminalidade, serem apreendidas facturas com idêntico número referente ao mesmo ano.

Regra geral, do ponto de vista gráfico essas facturas acabam por ser muito semelhantes sendo apenas possível distingui-las através da identificação da empresa gráfica que a produziu (acabando por ser necessário proceder à Inquirição de pessoas ligadas a cada uma dessas empresas gráficas).

Ora a existência de livros de facturas elaborados em diferentes empresas gráficas – em sítios tão díspares como Queluz e Marco de Canavezes como sucede num concreto processo pendente – faz, sem dúvida, soar os alarmes no decurso da Busca.

Nesse momento, os elementos que estão a empreender a Busca devem procurar disparidades nas datas de emissão das facturas.

Por exemplo, depois de apreendida a factura nº 100 que corporiza uma suposta venda ocorrida em Dezembro, muitas vezes é possível apreender a factura 200, que titula uma suposta venda ocorrida em Outubro o que consubstancia uma violação do dever de emissão sequencial de facturas.

Tal violação, não constituindo a comprovação de um esquema de facturação falsa é, sem dúvida, um forte indício a ser ponderado juntamente com a restante prova produzida em sede de decisão final.

Noutros casos, durante as Buscas surgem situações igualmente suspeitas, como é o caso de Facturas com numeração não compatível com a data:

Neste exemplo temos 3 facturas: a factura nº 1, nº 2 e n 4.

Da sua análise foi possível retirar que nelas foi aposta a data de Novembro e Dezembro de 2004.

Isto não é compatível com as declarações dos arguidos e dos —clientes de acordo com as quais mantiveram actividade económica ao longo de todo o ano de 2004.
Se tal fosse verdade, a factura nº 1 deveria ser de Janeiro e não de Novembro.

Tendo em vista aprofundar as suspeitas, foi possível, após análise das mesmas, chegar à empresa gráfica que as elaborou, procedendo-se à Inquirição do seu responsável.

Nessa Inquirição o mesmo forneceu documentos comprovativos de que o livro de facturas de onde estas foram extraídas foi fabricado no segundo semestre de 2005, ou seja, mais de meio ano após a data constante das mesmas.

Indicou ainda poder reconhecer a pessoa que lhe encomendou tal livro.

Essa diligência forneceu uma boa indicação de que se estava perante um esquema de circulação de Facturas Falsas, o que foi confirmado com a restante prova produzida nos autos.

A Busca e apreensão foram assim essenciais para a descoberta da verdade material.

*

3.3.2.3. A Documentação Societária e outros documentos

Outro tipo de documentos a que se deve estar atento no decurso de uma busca tendo em mente a sua apreensão é a —Documentação Societária

Nesta designação genérica inclui toda a documentação que possa levar ao conhecimento da investigação toda a dinâmica da vida social: Actas de reuniões, procurações, contratos com fornecedores ou clientes, correspondência bancária, em suma, qualquer documento do qual se depreendam quais os responsáveis de facto e de direito pela sociedade e de onde se possam retirar elementos que permitam uma imputação subjectiva dos factos.

No exemplo dado, os sócios gerentes da Sociedade eram dois sem-abrigo, pelo que de nada servirá a simples análise da certidão de registo comercial para proceder à imputação subjectiva dos factos.

Pelo contrário, não só mas também através da análise documental, é possível reconstituir, a par da organização de direito da sociedade, a sua organização de facto.

Aliás, sem este tipo de reconstituição documental, dificilmente será possível determinar a responsabilidade penal tributária das sociedades e dos seus administradores quer sejam de facto, quer sejam de direito, quer se trate de órgãos de composição singular, quer se trate de órgãos de composição plural.

É sabido que, sobretudo no caso de órgãos de composição plural, as Inquirições ou os Interrogatórios de pouco servirão desacompanhados de elementos documentais pois os

responsáveis procurarão utilizar a própria complexidade da organização para diluir a sua responsabilidade.

Daí que no início desta parte tenha chamado a atenção para o facto de o objecto da investigação nunca perder de vista os elementos objectivos e subjectivos do Tipo.

Na busca há o risco de se focar mais a atenção na acção criminosa e não nos seus autores.

É preciso dar igual atenção a ambas. Sempre.

3.4. As Intercepções de Comunicações Digitais

Penso que, do ponto de vista das Buscas e Apreensões, foram suscitadas as particularidades mais relevantes.

A par das Buscas tem relevância para a investigação deste tipo de crime a realização de Intercepções Telefónicas e Electrónicas.

Afigura-se não ser de abordar o regime referente às intercepções telefónicas constante do Código de Processo Penal por ser de todos conhecido.

*

No âmbito deste tipo de criminalidade reveste cada vez maior importância o conhecimento das operações informáticas desenvolvidas pelos suspeitos.

Isto é corolário do facto de ser o próprio Estado quem fomenta a utilização de meios informáticos no âmbito das relações fiscais.

Hoje em dia há comunicações digitais independentes da vontade humana.

Quando é emitida uma factura, por exemplo de um almoço, a mesma é comunicada pelo Sistema Informático do restaurante ao Sistema Informático da Autoridade Tributária sem que seja necessário o empregado carregar no “enviar”.

Trata-se de informação processual de enorme relevância a qual só pode ser acedida com a escuta não aos telefones mas ao próprio sistema, em tempo real.

Anoto que não estão em causa apenas comunicações resultantes de comunicações humanas, v.g. email, skype, viber ou outros, mas verdadeiras comunicações entre sistemas.

*

Esta matéria encontra-se regulada pelo artº 18º da Lei 109/2009 de 15 de Setembro o qual rege especificamente sobre a intercepção de comunicações electrónicas.

*

O regime ali previsto é aplicável aos —cibercrimes tipificados nessa Lei.

Para além disso estende-se a todos os cometidos por meio de um sistema informático ou em relação aos quais seja necessário proceder à recolha de prova em suporte electrónico, quando tais crimes se encontrem previstos no artigo 187.º do Código de Processo Penal.

*

À semelhança do previsto no Código de Processo Penal a realização desta diligência obedece aos princípios da necessidade e proporcionalidade, só podendo ser autorizada durante o inquérito, se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter, por despacho fundamentado do juiz de instrução e mediante requerimento do Ministério Público.

*

Através da “intercepção digital” pode aceder-se ou ao conteúdo da comunicação ou apenas à recolha e registo de dados de tráfego, consoante as necessidades concretas da investigação, sendo que o despacho que autoriza a intercepção deve ser explícito quando ao alcance da mesma.

*

Supletivamente é aplicada à “intercepção digital” o regime da intercepção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas constante dos artigos 187.º, 188.º e 190.º, do Código de Processo Penal.

3.5. Inquirição de Testemunhas

Tendo em consideração a especialidade da matéria que nos ocupa entendo ser de fazer uma breve referência a situações em que eventuais testemunhas estão sujeitas a dever de sigilo previsto em legislação avulsa.

3.5.1. Revisores Oficiais de Contas

Em face do regime de Buscas absolutamente excepcional supra exposto não é de estranhar que o Legislador tenha consagrado no artº 72º, nº 1, do DL 224/2008, que aprovou o Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas o Sigilo Profissional.

Dispõe essa norma que: “Os revisores oficiais de contas não podem prestar a empresas ou outras entidades públicas ou privadas quaisquer informações relativas a factos, documentos ou outras de que tenham tomado conhecimento por motivo de prestação dos seus serviços, excepto quando a lei o imponha ou quando tal seja autorizado por escrito pela entidade a que diga respeito”.

*

Deste preceito resulta que havendo necessidade de, no decurso da investigação, proceder à Inquirição de Revisor Oficial de Contas, seja legítimo prever que o mesmo irá invocar o Sigilo Profissional.

Em face do teor da norma transcrita afigura-se que a escusa será via de regra legítima pelo que não tem lugar o disposto no artº 135º, nº 2, do Código de Processo Penal.

Desse modo, a prestação de depoimento só poderá ser autorizada pelo Tribunal Superior àquele onde se tiver suscitado o incidente, devendo ser ouvido o organismo representativo da profissão – artº 135º nºs 3 e 4º, do Código de Processo Penal.

3.5.2. Técnicos Oficiais de Contas

A Inquirição de Técnicos Oficiais de Contas é muito frequente no âmbito deste tipo de criminalidade e raros são os casos em que é invocado Sigilo Profissional.

Em face das disposições aplicáveis é lícito questionar se os mesmos estão ou não obrigados a Dever de Sigilo e se sim, qual o seu alcance?

*

Sobre esta matéria rege o artº 54º, do DL 310/2009, de 26 de Outubro, que aprovou o Estatuto da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas.

Esta norma refere-se expressamente aos deveres para com as entidades a que prestem serviço e dispõe que:

Artigo 54.º

Deveres para com as entidades a que prestem serviços

“1 – Nas suas relações com as entidades a que prestem serviços, constituem deveres dos técnicos oficiais de contas (...):

c) Guardar segredo profissional sobre os factos e documentos de que tomem conhecimento no exercício das suas funções, dele só podendo ser dispensados por tais entidades ou por decisão judicial, sem prejuízo dos deveres legais de informação perante a Direcção-Geral dos Impostos, a Inspeção-Geral de Finanças e outros organismos legalmente competentes na matéria”.

Desta norma resulta sem margem para qualquer dúvida a consagração de um dever de sigilo profissional dos TOC's do qual só podem ser dispensados por decisão judicial.

*

A questão que se coloca é a de saber se tal decisão tem de ser proferida pelo Tribunal Superior ou se pode ser proferida pelo Tribunal de Instrução Criminal.

*

Afigura-se que, havendo recusa de depoimento a mesma, diferentemente do que sucede com os ROC's deve ser apreciada pelo JIC.

Assento este entendimento na comparação dos dois regimes.

Enquanto para os ROC's há uma proibição absoluta de prestar informação perante qualquer entidade pública ou privada, tal não se verifica nos TOC's em que, a par do dever de sigilo existe o dever de colaborar com a Administração Fiscal.

Tal dever consta não só do artº 54º como também do artº 55º que dispõe:

“1 – Nas suas relações com a administração fiscal, constituem deveres dos técnicos oficiais de contas:

a) Assegurar que as declarações fiscais que assinam estão de acordo com a lei e as normas técnicas em vigor;

b) Acompanhar, quando para tal forem solicitados, o exame aos registos e documentação das entidades a que prestem serviços, bem como os documentos e declarações fiscais com elas relacionados;

c) Abster-se da prática de quaisquer actos que, directa ou indirectamente, conduzam a ocultação, destruição, inutilização, falsificação ou viciação dos documentos e das declarações fiscais a seu cargo;

d) Assegurar, nos casos em que a lei o preveja, o envio por via electrónica das declarações fiscais dos seus clientes ou entidades patronais.

2 – A violação dos deveres referidos no número anterior é, além da responsabilidade disciplinar a que haja lugar, punível de acordo com as normas do Regime Jurídico das Infracções Fiscais não Aduaneiras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, ou de um regime que o venha a substituir”.

*

Nestes termos, penso que caso algum Técnico Oficial de Contas se recuse a depor invocando sigilo profissional o Ministério Público, após ouvir a Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas e caso esta emita – como tem vindo a ser o caso – parecer favorável, deverá promover, sendo o caso, que o MMº JIC ordene a prestação de depoimento.

Havendo parecer negativo da Ordem penso que, para salvaguarda da investigação, deve ser suscitada a intervenção do Tribunal Superior.

3.5.3. Outras questões no âmbito da Prova Testemunhal

Uma última nota em sede de Prova Testemunhal prende-se com a necessidade de localizar testemunhas que conheçam a realidade da sociedade atenta a manifesta dificuldade em efectuar a imputação subjectiva da responsabilidade penal.

Haverá pois que aferir se há trabalhadores da empresa cuja Inquirição seja de concretizar o que pode ser feito através das bases de dados da Segurança Social não ao nível dos descontos mas ao nível das entidades contributivas, designadamente apurando se a entidade sob investigação efectuou descontos e relativamente a quem.

4. O Recurso a Métodos Indirectos de Prova

4.1 Os Verdadeiros Métodos Indirectos – Proibição de Recurso da Métodos Indirectos

Os métodos indirectos encontram a sua consagração legal na Lei Geral Tributária, mais concretamente nos artºs 87º e segs. deste diploma.

Tais normas inserem-se no âmbito do Título III o qual rege a disciplina legal referente ao Procedimento Tributário o qual, nos termos disposto no artº 54º, nº 1, desse diploma compreende a sucessão de actos dirigida à declaração de direitos tributários.

Trata-se de procedimento de natureza administrativa que, por esse facto, admite o recurso a métodos indirectos para apurar o imposto devido.

Porém, tal norma não encontra qualquer paralelo no RGIT o qual, esse sim, se refere ao enquadramento penal das Infracções Tributárias.

Nesta sede não é pois legalmente admissível o recurso aos Métodos Indirectos para fundamentar uma censura penal até porque isso importaria uma flagrante violação do princípio da presunção de inocência previsto no artº 32º, nº 2, da Constituição da República Portuguesa.

Na realidade, o recurso a métodos indirectos tem a consequência prevista no nº 3 do artº 89º-A da LGT o qual dispõe que:

“Verificadas as situações previstas no n.º 1 deste artigo, bem como na alínea f) do n.º 1 do artigo 87.º, cabe ao sujeito passivo a comprovação de que correspondem à realidade os rendimentos declarados e de que é outra a fonte das manifestações de fortuna ou do acréscimo de património ou da despesa efectuada”.

Ora da simples leitura desta norma resulta a sua absoluta incompatibilidade com as normas do Processo Penal na medida em que inverte o ónus da prova dos factos, passando a recair sobre o visado a prova da conformidade legal da sua actuação.

Se do ponto de vista administrativo ou mesmo civil não se vislumbra razão para não admitir como possível a inversão das regras referentes ao ónus da prova, o mesmo não sucede no âmbito do Direito Penal onde uma tal inversão colocaria indubitavelmente sérias reservas do ponto de vista da conformidade Constitucional.

*

O Tribunal Constitucional nunca abordou directamente a questão aflorando-a nos Acórdãos 269/2003 e 180/2007.

No seu Acórdão 180/2007 Tribunal Constitucional concluiu que o recurso aos Métodos Indirectos de determinação da vantagem patrimonial não tem espaço para aplicação no âmbito do Direito Processual Penal.

*

Com efeito, escreveu-se aí que:

“Quanto ao IRS, resulta dos factos que a Administração Fiscal recorreu, para a fixação dos valores ali referidos, ao método indiciário de apuramento, e quanto ao IVA deduz-se que os valores foram retirados dos montantes ali inscritos pelos arguidos. (...)”

O recurso ao método indiciário por parte da Administração Fiscal é legítimo para obter um rendimento real presumido e assim determinar a matéria colectável (lucro tributável).

(...) Só que estas normas não podem servir para determinar a responsabilidade criminal dos suspeitos de prática do crime de fraude fiscal, levando à presunção de um dano, nem a natureza de crime de perigo legitima, face aos princípios da necessidade e da culpa legitima essa presunção, que aliás violaria o princípio da presunção de inocência do arguido (ou, no plano da prova, o princípio *indubio pro reo*)”. (...)”

4.2. Os “Falsos” Métodos Indirectos – A Presunção Judicial. O Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26.02.2013

Há uma ténue fronteira entre a aplicação dos Métodos Indirectos nos moldes supra expostos e o recurso a Meios de Prova Indirectos, como as Presunções Judiciais.

Essa ténue fronteira leva a que muitas vezes ocorram erros de interpretação da prova.

Por vezes utiliza-se a expressão “recursos a métodos indirectos” para significar “recurso a prova indirecta ou presunções judiciais”.

A questão surge por força das disposições combinadas dos artºs 125º, do Código de Processo Penal e dos artºs 349º e 351º, do Código Civil, e é claramente sistematizada no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29 de Junho de 2011, disponível nas bases de dados judiciárias, onde se escreveu:

“As presunções judiciais são um meio de prova lícito (arts. 349º e 351º, do Código Civil) e, por isso, admissível no processo penal (art. 125º, do Código de Processo Penal). Não sendo meio de prova proibido, pode o julgador, à luz das regras da experiência e da sua livre convicção, retirar dos factos conhecidos as ilações que se ofereçam como evidentes ou como razoáveis e firmá-las como factos provados”.

*

Enquanto, como se referiu, o recurso aos “verdadeiros” Métodos Indirectos se situam no âmbito do procedimento administrativo, distorcem as regras da produção de prova e por isso não podem ser aproveitados no âmbito do Processo Penal, as Presunções Judiciais são um meio de prova válido em sede de Processo Penal.

*

O problema encontra a sua relevância no facto de a conduta associada à Fraude Fiscal apenas constituir crime quando a vantagem patrimonial ascenda a montante superior a €15.000,00 nos termos do disposto no artº 103º, nº 2, do RGIT, sendo por vezes difícil fazer prova do concreto montante de tal vantagem.

*

Esta questão coloca-se frequentemente e colocou-se, em concreto, no Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 26 de Fevereiro de 2013 cujo Sumário reza assim:

I – É legítimo o recurso à aplicação de métodos indirectos de avaliação da matéria tributária.

II – Não constituindo um modo de avaliação de um montante efectivamente existente, possibilita a sua quantificação presuntiva pela análise de indicadores que, supostamente, o podem identificar, sem prejuízo do seu carácter excepcional e subsidiário em relação à avaliação directa.

III – Incumbe à administração tributária provar a existência dos pressupostos legais da aplicação do método de avaliação indirecta e o contribuinte terá à sua conta o encargo de provar que a quantificação do valor tributável encontrado é excessivo”.

*

Em causa estava um recurso interposto pelo Ministério Público de um despacho de não pronúncia proferido pelo JIC que, pelo facto de a Administração Tributária ter utilizado Métodos Indirectos para quantificar o lucro tributável de determinada empresa, entendeu não ser possível indiciar fortemente a conduta dos arguidos.

Em abono da tese sustentada pelo MMº JIX estava o facto de, efectivamente, a AT ter utilizado métodos indirectos para calcular o lucro tributável referente ao 4º trimestre de 2004 e o período de Janeiro a Agosto de 2005.

Com base nessa metodologia a AT fez correcções no montante de €58.258,78 em 2004 e de €149.018,97 em 2005.

*

Ao analisar a questão, a Desembargadora ponderou que “(...) se é certo que não se provou o quantitativo concreto e preciso dos valores omitidos à administração fiscal em cada declaração de IRC é evidente, todavia, em função de todos os itens, elementos objectivos e valores referentes à actividade comercial e aos vectores envolvidos nesse mesmo funcionamento negocial efectuado pela arguida, tal como resulta dos factos suficientemente indiciado, que pelo menos nos exercícios de 2005 e 2006 os quantitativos omitidos excederam, em cada um deles, o montante de €15.000,00”.

*

Ou seja, sem colocar em causa o entendimento do JIC – dando por não provado o montante concreto do lucro tributável por ter sido apurado com base em métodos indirectos – o Tribunal da Relação lançou mão da restante prova constante dos autos para concluir que, não sendo embora possível a determinação do *quantum* exacto da vantagem patrimonial, é seguro que a mesma foi superior a €15.000,00.

*

Como?

Em causa estava uma empresa de restauração que tinha um programa informático que alterava para montante substancialmente inferior o das facturas emitidas pelo programa “winrest”.

Os arguidos emitiram os talões de caixa assim alterados e entregaram-nos à contabilidade que preencheu as declarações fiscais com base nesses valores (esses valores não constam do Acórdão que remeteu para os mapas constantes do processo).

Mas o raciocínio foi o de que efectivamente não havia nos autos elementos que provassem uma rectificação aos lucros no montante de €58.258,78 em 2004 e de €149.018,97 em 2005, valores a que se chegou com base nos métodos indirectos.

Porém, sendo conhecido dos autos o montante declarado e resultando das perícias efectuadas aos computadores que os arguidos retiravam pelo menos 43% ao valor de cada factura, foi possível presumir judicialmente, sem margem para qualquer dúvida, que a vantagem patrimonial superou os €15.000,00.

Bastou apenas pegar no valor mínimo conhecido (e, por isso, mais favorável aos arguidos) - 43% de diminuição em cada factura – para, operando a correcção, concluir que a vantagem patrimonial excedeu os €15.000,00.

Saliento que o Tribunal da Relação não deu como efectivamente provado o valor do lucro tributável calculado nos termos da Lei Geral Tributária.

Apenas foi preciso dar como provado o patamar mínimo do tipo previsto no artº 103º, nº 2, do RGIT.

Assim e ao contrário do que o Sumário dá a entender, o que foi legitimado e bem, em nosso entender, foi a utilização de Presunções Judiciais afastando os Métodos Indirectos como Prova em processo Penal.

Tanto assim que o decidido foi:

“Em face do exposto, atendendo ao deliberado nos pontos anteriores, acordam em conceder provimento, parcial, ao recurso interposto pelo Mº Pº, revogando o despacho recorrido, que deverá ser substituído por outro que considere suficientemente indiciado que a vantagem patrimonial indevida obtida, pela sociedade arguida, equivalente ao imposto não liquidado com base nas declarações “Modelo 22”, inicialmente entregues, referente aos exercícios fiscais de 2005 e 2006, cifrou-se em quantia superior, em cada um desses anos, a € 15.000,00, e, em consequência, pronuncie os arguidos pelo crime por que vinham acusados, com todas as demais implicações advindas da sua prolação”.

*

Nas investigações, esta distinção nem sempre é fácil mas impõe-se que em cada processo em que a Administração Fiscal recorra à determinação da matéria colectável por Métodos Indirectos o Ministério Público faça um esforço, se necessário em conjunto com a AT, para aferir se em face da prova, é possível provar o patamar mínimo de incriminação mesmo que a prova não seja suficiente para provar os valores resultantes da aplicação de Métodos Indirectos.

5. A Constituição como Assistente da Segurança Social

Finalmente quero deixar uma última nota.

É hoje pacífico que a Segurança Social se pode constituir como Assistente nos autos.

No entanto, não concordo.

Neste ponto sigo na íntegra o entendimento do Professor Germano Marques da Silva, in Direito Penal Tributário – sobre as responsabilidades das sociedades e dos seus administradores conexas com o crime tributário”, Universidade Católica Editora, obra essencial no estudo desta problemática quando refere que “Na verdade parece contraditório que a administração tributária e da segurança social intervenham no processo na dependência funcional do Ministério Público na fase de Inquérito e possam depois ter poderes processuais autónomos do Ministério Público, exercendo os poderes processuais que a lei atribui ao Assistente”.

A este entendimento ouso acrescentar que me parece ser um factor de perturbação do funcionamento de uma Equipa Mista de Investigação que determinado OPC actue nas vezes de Assistente.

Para além disso, parece-me existir um claro Abuso de Direito por parte do Estado (não da Segurança Social, do Estado) enquanto Administração e uma afronta ao princípio do processo justo e equitativo.

Penso que aqui sim existe uma desigualdade de armas entre o arguido e o ofendido na medida em que o ofendido pode não só investigar com autonomia técnica e tática tudo o que entender em prol do seu interesse como pode prosseguir a acção penal mesmo contra o entendimento do Ministério Público a cuja actuação devia estar submetido mas afinal não está.

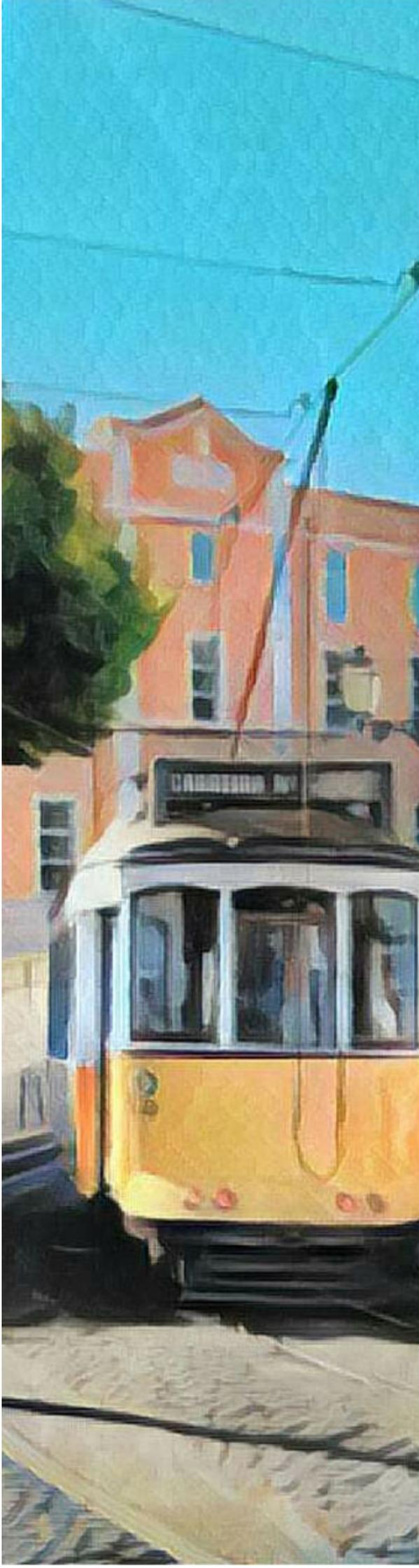
Mais, a segurança social tem ainda a prerrogativa de assistir tecnicamente o Ministério Público em todas as fases do processo e de agir como Assistente.

Penso que esta situação afecta o desejado equilíbrio processual penal mas não me parece que se possa pôr cobro a esta situação sem uma alteração legislativa tal como sucedeu quanto à possibilidade de a Administração Fiscal se poder constituir como Assistente na transição do RGIFNA para o RGIT.

Vídeo da apresentação



→ <https://educast.fccn.pt/vod/clips/133wyp5ahy/flash.html>



**7.
Valoração da
prova na
criminalidade
económico-
financeira**

Luís Gominho

C E N T R O
DE ESTUDOS
JUDICIÁRIOS

VALORAÇÃO DA PROVA NA CRIMINALIDADE ECONÓMICO-FINANCEIRA¹

Luís Gominho*

- I – Introdução
- II – O conhecimento como condição “óptima” de um bom julgamento
- III – A dispersão legislativa e não homogeneidade deste tipo de infracções
- IV – As “ferramentas” da apreciação e valoração da prova
- V – O dever de fundamentar
- VI – O princípio in dubio pro reo
- VII – Algumas situações de atenuação probatória
- VIII – Desconsideração da personalidade colectiva

I – Introdução

Gostaria por começar esta minha comunicação por endereçar a todos os presentes os meus mais cordiais cumprimentos, o que faço não por um simples dever formal de cortesia, mas antes pelo sincero prazer em poder partilhar convosco o meu fraco saber sobre estas matérias, da mesma forma que agradeço à Direcção do CEJ, e bem assim também, de modo particular, ao Dr. Francisco Mota Ribeiro, a oportunidade renovada de regressar a esta casa, local onde, em oportunidades diversas, todos nós seguramente não deixamos de vivenciar melhores ou piores momentos.

Em minha prévia defesa, gostava de deixar desde já esclarecido, que não possuo nenhuma particular habilitação em termos de apreciação da prova em relação a crimes económicos e financeiros.

O que tenho para oferecer, são sobretudo notas e reflexões que a prática de uma carreira quase toda ela exercida em jurisdição criminal me foi proporcionando, a que procurei conferir alguma sistematização no sentido de tentar ir ao encontro da exigência própria deste auditório.

Perdoe-se-me pois o meu atrevimento em matéria tão ampla e complexa, que aceitei sobretudo pela liberdade que generosamente me foi concedida para a tratar, tanto mais que não abundam entre nós trabalhos dedicados ao seu tratamento.

II – O conhecimento como condição “óptima” de um bom julgamento

Uma das lições que a minha experiência profissional me ensinou, é de que não se pode bem julgar, aquilo que não se conhece.

¹ Texto que serviu de base à participação do autor em “Criminalidade económico-financeira e recuperação dos produtos do crime”, com o tema “Valoração da prova na criminalidade económico-financeira”, realizada no CEJ, no dia 24 de abril de 2015.

* Juiz Desembargador no Tribunal da Relação de Lisboa.

Neste particular, lembro-me sempre do meu primeiro julgamento de furto levado a cabo por carteiristas, em que participei.

As testemunhas de acusação, no caso agentes da PSP, bem se esforçavam por elucidar, quando perguntadas pelo modo como o réu (assim na altura designado) tinha retirado a carteira, que pese embora não tivessem avistado o movimento da sua “passagem” das respectivas esferas de domínio, tinham constatado perfeitamente aquele a “esfregar-se”, a “roçar-se” pela vítima, à entrada do respectivo transporte público.

Sendo certo que o ofendido ficou realmente desapossado daquele seu bem.

Sem querer quebrar o sigilo da deliberação, posso dizer que a nossa estranheza perante tal “esfregar” e “roçar” foi determinante para a absolvição que na altura se decretou com base no princípio *in dubio pro reo*.

Alguns anos mais tarde, vinha de comboio para a Boa-Hora, quando na estação de Alcântara, vejo alguém num movimento de entrar e a sair da composição empurrando de permeio um dos vários estrangeiros que ali tinham entrado.

O movimento era estranho, porque não sendo revisor não precisava de entrar e sair.

Também não precisava de esbarrar fisicamente daquela maneira com tal pessoa, pois tinha a porta desimpedida para o fazer.

Depois de alguns segundos lembrei-me do julgamento e como que se me fez um “clique”: eram carteiristas. Com efeito, foi-me possível detectar vários mais, a tentar clonar o mesmo procedimento.

Ora a não ser o próprio revisor que logo lhes focou a sua atenção, embora sem dizer nada, terei sido a única pessoa que se apercebeu do que se estava a passar.

Mas perguntar-se-á, o que é que isso tem a ver com a apreciação da prova em crimes económicos e financeiros?

Modestamente encontramos algumas conexões:

Sendo esta uma situação com contornos de alguma *vulgaridade* penal, como se pode constatar, três juízes vindos de uma experiência sobretudo rural, como a proporcionada então pelas comarcas de ingresso e de alguns meses num tribunal de trabalho, ou equivalente, não foram capazes de ajuizar na sua plenitude uma realidade estritamente cidadina. Era uma questão que estava para além dos seus limites de compreensão.

Na realidade, a questão não residia na proficiência da prova. As testemunhas relataram aquilo que tinham capacidade de ver e transmitir.

O tribunal é que não soube interpretar e descodificar o seu significado.

É certo que aquela modalidade de furto envolve sofisticação a vários títulos - por via de regra é exercida “à luz do dia” e de preferência, até em locais onde haja muita gente.

Ainda assim não é normalmente percebida.

Mas estamos muito aquém, acreditem-me, do tipo de situações que constituem o cerne do tipo de crimes inseridos no conceito da presente acção.

Na sua forma mais expressiva realiza-se num contexto de vida económica, e levam pressuposto, por parte do respectivo agente, conhecimentos especiais quer nessa área, quer no domínio do comércio, finanças, mercado de acções, ...².

Pense-se pois, na dificuldade do julgador para entender crimes que podem assumir uma estruturação factual difícil, envolvendo fluxos financeiros, actuações e procedimentos desconhecidos da nossa prática vivencial e profissional habitual, determinadas no interior de entes dotados de uma organização por vezes complexa, em que apenas um número muito restrito de pessoas tem acesso, ou pior ainda, em que as decisões – sobretudo a este nível – são tomadas de modo informal?

O conhecimento “exterior” é pouco acessível e de fidelidade duvidosa. Ninguém vai explicar a um magistrado judicial ou do Ministério Público a forma como se vicia um concurso público, os modos pelos quais é possível retirar dinheiro do circuito de uma empresa, as vias de acesso às sociedades “off-shore” ou situações congéneres.

Pode-se, quando muito, de vez em quando, alcançar-se, uma “aproximação” sobre estes fenómenos, mas só isso.

Por outro lado, a não ser em casos muitos pontuais, a nossa disponibilidade económica, não é muito consentânea com incursões por utilizações financeiras para além de um perfil conservador, não potenciando um conhecimento minimamente suficiente deste tipo de realidades.

Até há relativamente pouco tempo, desconhecia, que ao contrário do jogo da bolsa da minha juventude, em que o valor das acções dependia do vigor económico das respectivas empresas - o que era a ideia que comumente se tinha do seu funcionamento -, afinal na bolsa verdadeira pode-se ganhar dinheiro e muito, apostando no seu afundamento ou mesmo de toda uma economia.

E note-se, estamos a falar de actuações lícitas!

² A Dissuasão Nos Crimes de Colarinho Branco, Judite Lima e José N. Cruz, Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia, Coordenação de José Neves Cruz e Outros, Coimbra Editora, pág. 170.

Por outro lado, a repetitividade ou a frequência que uma modalidade de furto como a apontada envolve, permite a aquisição de todo um conhecimento empírico, proporcionado pela prática, que acaba por se tornar valioso.

O conjunto de variáveis possíveis acaba por ser basicamente conhecido. Até a circunstância de, naquela modalidade de subtracção, o respectivo infractor nunca confessar os factos!

Pelo que depois haverá “apenas” que orientar e dirigir a prova para os *itens* verdadeiramente importantes.

Ora nos crimes económicos assim não acontece. Há não só toda uma variedade de hipóteses previsivas, que se têm multiplicado à medida que a consciência colectiva para este tipo de realidades se vem afirmando, como em bom rigor, só há cerca de não mais de 10 anos, e de forma quantitativa ainda não muito expressiva, tais crimes vêm ganhando processualização até julgamento.

Logo, é muito difícil estabelecer quais são os padrões relevantes que importam à dinâmica da respectiva prova.

Por outro lado, se qualquer pessoa pode alcançar o sentido e extensão de um objecto com a simplicidade de uma carteira - é artefacto humano destinado a guardar/transportar dinheiro e/ ou documentos -, um fluxo económico, pode ele próprio, ser a esse nível, uma incógnita:

Quando se lê, por exemplo, na comunicação social, que alguém deu 14 milhões de euros a determinado banqueiro, para além da estranheza natural que esse facto desde logo concita, o que é que isso realmente significa?

Uma simples dádiva?

Uma comissão por qualquer negócio feito ou a fazer?

Um reembolso de um empréstimo realizado fora do circuito bancário normal?

Uma qualquer outra coisa que não conseguimos sequer imaginar?

A experiência comum é pois aqui inútil para lhe conferir um conteúdo positivo imediato.

Haverá pois, na nossa perspectiva, que aprofundar o conhecimento e sistematização dos padrões comportamentais mais estruturantes que a prática vai fornecendo em relação às infracções que integram esta categoria de crimes, para além de um esforço individual de auto-formação, em que os conhecimentos de contabilidade e fiscalidade assumem um papel importante, se na realidade se quer estar à altura da exigência do seu julgamento.

Sabemos, por exemplo, que no crime de branqueamento de capitais (art. 368-A), que se traduz na conversão, transferência, dissimulação de vantagens originadas por actividades criminosas

originada a partir de certos crimes concretos ou definidos em função da sua moldura penal, existem fases e/ou “momentos” identificados.

Normalmente são três, ainda que não tenham que estar todos presentes:

- Colocação: os bens e rendimentos são colocados nos circuitos financeiros e não financeiros, através, por exemplo, de depósitos em instituições financeiras ou de investimentos em actividades lucrativas e em bens de elevado valor;
- Circulação: os bens e rendimentos são objecto de múltiplas e repetidas operações (por exemplo, transferências de fundos), com o propósito de os distanciar ainda mais da sua origem criminosa, eliminando qualquer vestígio sobre a sua proveniência e propriedade;
- Integração: os bens e rendimentos, já reciclados, são reintroduzidos nos circuitos económicos legítimos, mediante a sua utilização, por exemplo, na aquisição de bens e serviços³.

Haverá então que densificar casuisticamente estes “esquemas” e estendê-los aos demais crimes.

Porém, como julgamos traduzir uma conclusão a que todos vós já tereis chegado, o verdadeiro antídoto para combater todo este conjunto de *deficits* é uma investigação profunda que procure esgotar a origem dos fundos ou fluxos económicos e que consigne toda a sua movimentação subsequente.

Da mesma forma, aquela não deverá descurar a análise probatória das versões explicativas conhecidas a processo.

Diz a prática, que explicações de última hora apoiadas documentalmente em audiência, têm sempre um efeito destabilizador.

III – A dispersão legislativa e não homogeneidade deste tipo de infracções

Um outro aspecto em que complexidade deste tema se desdobra, diz respeito ao próprio conceito de criminalidade económica e financeira e a ausência de uma verdadeira compilação estruturada e unificada dos respectivos tipos penais.

Se forem verificar na criminologia (assim prefácio da obra *Infracções Económicas e Financeiras*, Coordenação de José Neves e outros, Coimbra Editora, pág.^a 15), a expressão que aí se prefere é a de “infracções económicas e financeiras” (IEF), onde se incluem, sem distinção, as normas de natureza criminal propriamente ditas, e as infracções de índole contra-ordenacional, já que

³ Cfr. site do Banco de Portugal.

um mesmo comportamento pode estar arrumado num diferente campo de ilicitude conforme a respectiva jurisdição nacional.

Em termos históricos, poderemos dizer que são as sucessoras dos antigamente chamados “crimes de colarinho branco”. Não existe pois um conceito material que os possam definir.

A referência na Lei n.º 36/94, de 29/09.

A referência na Lei n.º 101/2001, de 25/08 (art. 2.º, al.ªs o) e p)

Teresa Trindade – “toda a forma de crime não violento que tem como consequência uma perda económica ou financeira”⁴. A vertente económica, quiçá de autonomização mais antiga, foi-se construindo “por referência ao carácter supra-individual dos bens jurídicos tutelados pelas respectivas normas”, numa afirmação crescente de distinção dos “tutelados pelo direito penal patrimonial”.

Assim, segundo Jorge Marques, com apelo à Lição do Prof. Costa Andrade, “Métodos de investigação da criminalidade económica-financeira”⁵, a “criminalidade económica é toda aquela que coloca em crise os bens jurídicos que são protegidos em função da sua relevância directa para o sistema económico cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”.

Em causa estão, segundo estes Autores, actuações diversas, tais como:

- As que se desenvolvem à margem da empresa, não a tocando;
- As que germinam no interior da empresa, contra a própria empresa;
- As realizadas por pessoas da empresa contra outros membros da empresa;
- As que se projectam a partir da própria empresa.

O mesmo valerá, com as devidas adaptações para o sistema financeiro, em relação à criminalidade com o mesmo nome.

Conforme o Distinto Professor aqui presente, “os crimes financeiros podem dizer respeito a três realidades distintas: (i) à organização e funcionamento das instituições e mercados financeiros; (ii) aos activos transaccionados; (iii) e às actividades e operações financeiras (em especial, à captação e aplicação de poupanças dos investidores)”⁶.

“Estamos em qualquer caso perante interesses eminentemente públicos (a integridade de instituições e mercados) ou interesses mistos (v. g. formas de captação e aplicação pública de poupança e património expostos a esses circuitos).

⁴ “A obtenção e valoração da prova na criminalidade económico-financeira” Criminalidade Económica-Financeira, CEJ, Tomo III.

⁵ Revista do Ministério Público (n.º 110 Ano 28, pág. 88).

⁶ Frederico de Lacerda Costa Pinto, Crimes no Sistema Financeiro: O Mapa Legal e a Adequação da Tutela Penal, Infracções Económicas e Financeiras, Estudos de Criminologia, Coordenação de José Neves Cruz e Outros, Coimbra Editora, pág. 482 e segts.

“A tutela penal do sistema financeiro não se traduz numa protecção abstracta das várias dimensões da confiança no seu regular funcionamento, mas sim na integridade dos vários segmentos dos circuitos de criação, aplicação e distribuição de riqueza enquanto bens autónomos socialmente valiosos que integram o sistema económico”.

Em qualquer dos campos, há uma constante que permanece:

Temos tipos penais que constam do próprio Código, burla (217.º), suas formas específicas (burla relativa a seguros – art. 219.º; burla informática e nas comunicações – art. 221.º; abuso de confiança – 205.º; insolvência dolosa – 227.º, infidelidade – 224.º; contrafacção de moeda – 222.º; corrupção – art. 372.º a 374.º; falsificação – 256.º; o branqueamento – art. 368.º-A, e, por outro, tipos penais constantes de Legislação avulsa específica.

Por exemplo, na criminalidade económica, temos o vetusto DL n.º 28/84, de 20/01 (onde estão previstas, por exemplo, a fraude sobre mercadorias, crimes contra a genuidade dos géneros alimentícios e aditivos, o açambarcamento, destruição de bens e matérias-primas, especulação, fraude na obtenção de subsídio, desvio de subsídio ou crédito bonificado, fraude na obtenção de crédito, ofensa à reputação económica), já o contrabando, a fraude e o abuso de confiança fiscal e os crimes contra a Segurança Social estão no RGIT, há um diploma próprio específico para a corrupção no Comércio Internacional e no Sector Privado (a Lei n.º 20/2008, de 21/04).

Na parte referente ao sistema financeiro, as respectivas incriminações específicas, incidem fundamentalmente sobre as actividades e operações financeiras.

“O acesso ao sistema financeiro é condicionado e regulado vigorando um princípio de autorização e exclusividade no exercício destas actividades. Consequentemente, a lei oferece uma tutela forte a este princípio proibindo a actividade seguradora não autorizada, a recepção não autorizada de depósitos e fundos reembolsáveis e a intermediação financeira não autorizada⁷.

O crime, previsto no Regime Geral das Instituições Financeiras e Sociedades (DL n.º 298/92, de 31/12, é pois o de “actividade ilícita de recepção de depósitos e outros fundos reembolsáveis” (art. 200.º), punido com pena de prisão até 5 anos.

Paralelamente, no sector segurador, contempla-se o crime de “prática ilícita de actos ou operações de seguro, de resseguros ou de gestão de fundos de pensões” (art. 202.º do DL n.º 94-B/98, de 17/04, Lei da Actividade Seguradora).

A intermediação financeira não autorizada é mera contra-ordenação, ainda que muito grave (art.ºs 397.º, n.º 1, e 388.º, n.º 1, al. a), do DL n.º 486/99, de 13/11 - CdVM.

⁷ Frederico de Lacerda Costa Pinto, obra citada, pág. 483.

No que concerne a operações ou práticas negociais a nível financeiro, os exemplos mais emblemáticos ao nível de previsão criminal, serão o abuso de informação privilegiada (art. 378.º do CvVM) e o de manipulação de mercado (art. 379.º do CvVM).

IV – As “ferramentas” da apreciação e valoração da prova

Perante as dificuldades já deixadas antevistas no sentido da demonstração e responsabilização ao nível pessoal ou colectivo, mormente societário neste tipo de criminalidade, fornece o nosso sistema adjectivo penal uma metodologia específica no âmbito da apreciação e valoração da respectiva prova?

Desculpem-me desiludir-vos, mas a nossa resposta é negativa.

Como já vimos, uma parte significativa dos respectivos tipos penais é comum aos constantes da codificação base.

Logo, por aí será fácil de depreender, que não se justifica a existência de uma diferente conceptuologia para a sua valoração e apreciação.

Quanto muito, é o caso da Lei n.º 5/2002, de 11/01, estabelece-se um regime especial de recolha de prova para os crimes contemplados no catálogo constante do seu n.º 1, não sem por vezes criar situações de descontinuidade de regulamentação em relação ao próprio Código de Processo.

Mas a par do estabelecimento concreto de certas presunções legais, é só isso mesmo o que se contempla.

Aliás, se consultarem as anteriores comunicações proferidas nesta “Casa” sobre o presente tema, o que vão encontrar são sobretudo referências ao princípio da livre apreciação da prova, à prova indirecta ou por presunções, que aqui assume um papel mais relevante, e ao princípio *in dubio pro reo*.

1. O princípio da livre apreciação

O princípio da livre apreciação da prova, toda a gente sabe o que significa: Segundo o plasmado no art. 127.º do Cód. Proc. Penal, fora das situações em que a lei dispuser diferentemente – o que acontece na prova pericial e na documental, a mesma é apreciada segundo as *regras da experiência* e a *livre convicção* da entidade competente.

Ou seja, contra o que havia sucedido em determinados momentos históricos, o julgador liberta-se do sistema das provas legais que a condicionavam essa mesma apreciação a normas

pré-fixadas e abstractas, passando agora apenas a ter que “se subordinar à lógica, à psicologia e às máximas da experiência”⁸.

Porém, não é só o julgador que é beneficiário desta liberdade: como a norma citada expressamente o refere, é um princípio actuável pela *entidade competente* que também pode ser, por exemplo, o Ministério Público.

A livre convicção surge assim como um meio para a descoberta da verdade.

O contraponto, para a subjectividade que este sistema introduz, já se sabe qual seja: a fundamentação, que torne aquela apreciação, “em concreto, reconduzível a critérios objectivos e susceptíveis de motivação e controlo”.

Ou seja, numa expressão feliz que vi citada algures, “é uma liberdade para a objectividade”.

Ora como sabem, “o juízo de valoração da prova tem diferentes níveis, sendo que, num primeiro aspecto, avulta a natureza da própria prova (que pode ser **directa** ou **indirecta**) e, num segundo patamar, a **credibilidade** que merecem ao tribunal os meios de prova, sendo certo, porém, que o valor das provas não advém tanto da sua natureza, mas fundamentalmente da sua **credibilidade**”.

Depois, haverá que fazer todo o jogo dialéctico e interactivo que corporize e traduza o caminho lógico que evidenciará a convicção a que se aportou.

Embora aquela prova indirecta seja utilizada habitualmente na aferição dos elementos subjectivos da infracção, existe um largo consenso sobre a sua relevância particular nos crimes de natureza económica e financeira.

A razão de ser desta prevalência pode assentar em três razões fundamentais: por um lado a circunstância de os fluxos financeiros, a existir uma investigação proficiente, estarem por regra documentados, e como tal, sobrar apenas para discutir a respectiva justificação, conhecimento e determinação.

Por outro, a denominada “labilidade”⁹, leia-se instabilidade, da prova testemunhal.

Costumo normalmente afirmar que a credibilidade das testemunhas varia numa proporção inversa à relevância dos interesses que estão em discussão, e o exemplo conhecido de uma Comissão Parlamentar de Inquérito recente parece dar-me razão.

Seja pela implicação colectiva de responsabilidades, seja pela partilha de interesses comuns passados ou futuros, seja pelo receito de ser visto como um parceiro não “confiável” no campo

⁸ Cavaleiro de Ferreira, Lições de Processo Penal, citado por Ana Brito, “A valoração da prova directa e prova indirecta, Criminalidade Económica-Financeira, CEJ, Tomo III, pág. 237.

⁹ Jorge Marques, Métodos de investigação da criminalidade económico-financeira Revista do Ministério Público (n.º 110, Ano 28, pág. 88).

pessoal ou dos negócios, seja por uma qualquer outra razão, são vários os factores que não favorecem, nestes casos, a credibilidade da prova pessoal por testemunho.

Tanto assim que, quando surge um interveniente “desalinhado”, acabar por se colocar quase sempre o problema das suas reais motivações e da credibilidade que pode oferecer.

E note-se, que nestas situações, por via de regra, não seria esperável, sequer, que nos tivéssemos de deparar com problemas de carácter ou probidade moral, que de uma forma clássica se afirma constituírem uma das pedras de toque da valia de um depoimento.

Donde, os partidários da prova indirecta, a mais das vezes afirmaram a sua superioridade em relação àquela.

A terceira razão para maior prevalência desse tipo de prova, não é específica dos crimes ora em apreço: resulta do exercício do direito ao silêncio por parte dos arguidos.

2. A prova indirecta

Posto que constitua uma matéria algo árida, importa então determo-nos um pouco mais na prova indirecta.

Com base nos ensinamentos do Professor Cavaleiro de Ferreira, há muito que entrou na vulgata judiciária, a ideia de que “em muitas situações, a prova dos factos, tem de resultar de outros factos que não se comprovam em si próprios, mas de ilações, retiradas face ao facto e às circunstâncias concretas do seu cometimento” – cfr. a este respeito, Lições de Direito Penal, Vol. I, Lisboa/S. Paulo, Ed. Verbo, 1992, págs. 297 e 298.

No fundo, estamos reconduzidos a um “quase-puzzle” construído mediante um processo lógico e concatenado de factos, baseado em presunções.

Tal como se pode ler na comunicação feita pelo Conselheiro Santos Cabral, inserta no mesmo Tomo III do Caderno Especial dedicada a este tema pelo CEJ¹⁰, que para o efeito cita Carlos Climent Durán (La Prueba), em termos simples, poderemos dizer que **“toda a presunção consiste, em obter a prova de um determinado facto (facto presumido), partindo de um outro ou outros factos básicos (indícios) que se provam através de qualquer meio probatório e que estão estreitamente ligados com o facto presumido, de tal maneira que se pode afirmar que, provado o facto ou os factos básicos, também resulta provado o facto consequência ou facto presumido”**.

Por aqui logo se infere, que a utilização de presunções exige, da parte do tribunal, um particular esforço de fundamentação, já que corresponde a um processo mais complexo de apreciação e afirmação probatória de um facto.

¹⁰ Cfr. pág. 226.

Tal como na comunicação referida se deixou consignado, **“não só há-de resultar provado o ou os factos básicos mas há-de determinar-se, ainda, a existência ou conexão racional entre esses factos e o facto consequência. Além de se permitir, em concreto, a análise de toda a prova produzida em sentido contrário com vista a desvirtuar quer os indícios quer a conexão racional entre esses indícios e o facto consequência”**.

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

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

3. As regras de experiência

Em qualquer destas formas de prova, directa ou indirecta, as chamadas regras de experiência assumem um papel particular.

Tal designação poderá ser algo redutora, já que aí se incluem “os juízos correntes de probabilidade, os princípios da lógica ou os próprios dados da intuição humana”.

Aquelas “têm uma função instrumental no quadro de uma investigação orientada para os factos individuais”.

Servem sobretudo¹¹ **“para produzir prova de primeira aparência, na medida em que desencadeiam presunções judiciais simples, naturais, de homem, de facto ou de experiência, que não são estabelecidas pela lei, mas se baseiam apenas na experiência de vida”**.

Dito por outras palavras, fornecem¹² **“índices corrigíveis, critérios que definem conexões de relevância, orientam os caminhos da investigação e oferecem probabilidades conclusivas, mas apenas isso – é assim em geral, em regra”**.

Naturalmente que não dispensam a aferição desses mesmos dados, em função da situação concreta a julgar.

¹¹ Paulo Sousa Mendes, “A prova penal e as regras de experiência, Estudos em Homenagem ao Prof. Figueiredo Dias, citado pela Desembargadora Ana Brito, obra já citada, pág. 239.

¹² Idem.

Por isso retorno ao ponto por onde iniciámos: o conhecimento do julgador como factor importante, na apreciação da prova.

O juiz actual está investido de uma função cada vez mais difícil. A livre apreciação da prova, segundo Paulo Sousa Mendes, antecipa duas características de modernidade: “a abertura à experiência e a autonomia do observador”.

Dele se espera, como se refere num acórdão do STJ de 09/11/1995, de que já perdi a referência, que seja *“capaz de pôr o melhor da sua inteligência e do conhecimento das realidades da vida e da sua cultura na apreciação do material probatório que lhe é fornecido”*.
Donde, a importância do que inicialmente referi.

V – O dever de fundamentar

Como será fácil perceber, a fundamentação da convicção formada pelo Tribunal em relação à matéria de facto traduz uma exigência central da sentença/acórdão penal.

Funciona, antes que tudo, como a contraposição da própria liberdade decisória de que o julgador está legalmente investido, tendo em vista a superação das críticas de subjectivismo e voluntarismo que o sistema acarreta.

Serve depois para assegurar a finalidade teleológica do seu controlo exterior.

Segundo o art. 374.º, n.º 2, do Cód. Proc. Penal, envolve a indicação das provas que serviram para formar a convicção do tribunal e bem assim o seu exame crítico, dentro de uma ideia mais geral, de motivos de facto que fundamentam a decisão, ou seja, na conhecida formulação do Dr. Marques Ferreira, “os elementos que em razão das regras da experiência ou dos critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência”¹³.

Mesmo quando temos presente apenas prova directa, haverá sempre operações de escolha e valoração do material probatório produzido a efectuar.

E existindo dualidade de sentidos probatórios sustentados ou a extrair, importará sempre cotejar o cabimento demonstrativo de qualquer um deles e afirmar a eventual superioridade do que se entenda mais conforme, lógico ou plausível em função da concreta situação em presença.

No caso de haver recurso à prova indirecta, naturalmente, o campo fundamentador expande-se, pois que, como vimos, o número de variáveis e de raciocínios lógicos a evidenciar é incomparavelmente superior.

¹³ Jornadas de Direito Processual Penal, o Novo Código de Processo Penal, CEJ, 1988, págs. 229/230.

Costumamos afirmar, que este é um campo sempre de realização perfectível.

Não vou entrar em detalhes particulares sobre o cumprimento daquelas exigências. O simples bom senso postula um especial cuidado na sua realização em todas as situações de complexidade da matéria a julgar.

VI – O princípio *in dubio pro reo*

Naturalmente que também não vos vou falar do que é o princípio *in dubio pro reo* em si mesmo.

Como ficou assinalado acima, a metodologia da interpretação e valoração da prova é unitária, não funcionando pois como aquelas portas metálicas articuladas, que se podem abrir ou estender, no caso da criminalidade económica e financeira, ou contrair nos crimes clássicos, mormente de protecção individual.

Fora das situações em que a prova é exuberante e inequívoca, o acto de julgar implica sempre, em maior ou menor grau, o caminhar sobre um espaço vazio. O tamanho dos passos que poderão/deverão ser dados, na posição que sempre sustentámos, radica essencialmente na consciência individual de cada um.

Nessa conformidade, é matéria que não pode ser ensinada nem deve ser condicionada a partir de fora, mormente, com base na existência de uma consciência social mais exigente em relação à perseguição e punição de determinados tipos de crimes.

Gostaria apenas de recordar que a “certeza judicial não se confunde com a certeza absoluta, física ou matemática, sendo antes uma certeza empírica, moral histórica”.¹⁴

“A dúvida razoável, que determina a impossibilidade de convicção do Tribunal sobre a realidade de um facto, distingue-se da dúvida ligeira, meramente possível, hipotética. Só a dúvida séria se impõe à íntima convicção. Esta deve ser, pois, argumentada, coerente, razoável”.¹⁵

Como é que o princípio em causa se articula com o da livre apreciação da prova?

Num enunciado simples: “A livre apreciação exige a convicção para lá da dúvida razoável; enquanto o princípio *in dubio pro reo* impede (limita) a formação da convicção em caso de dúvida razoável”. De certo modo, como que constituem “a face e o verso da *mesma*

¹⁴ Climent Durán, citado pelo Conselheiro Santos Cabral na sua comunicação “A valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira”, CEJ, Tomo III, pág. 225.

¹⁵ Assim, Jean-Denis Bredin, *Le Doute et L’intime Conviction*, Revue Française, citado na obra anteriormente indicada.

realidade”: “a livre convicção cessa perante a dúvida razoável e a dúvida não pode aceitar-se quando não for razoável”.¹⁶

VII – Algumas situações de atenuação probatória

Em algumas situações específicas, o “decisor” beneficia de alguma “atenuação” de exigência probatória.

Tal pode acontecer, por exemplo, pela introdução de uma presunção legal.

1. Com maior especificidade para o tema objecto desta acção, o caso mais emblemático será o referido no art. 7.º da Lei n.º 5/2002, de 11/01, que assinala que a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com o seu rendimento lícito se tem como constituindo vantagem da actividade criminosa.

Trata-se de instituto de elevada potencialidade prática, cuja constitucionalidade não foi objectada pelo Tribunal Constitucional.

Já o tinha referido no acórdão n.º 294/2008, de 29/05/2008, como o reafirmou muito recentemente no acórdão n.º 101/2015, datado de 15/02/2015, proferido em processo que nos esteve distribuído em que, entre o mais, se apurava a responsabilidade criminal numa situação de lenocínio desenvolvida de forma organizada.

Alegava-se com efeito, que a presunção legalmente estabelecida implicava “a «consignação da inversão o ónus da prova ou da presunção de inocência», em violação das garantias de processo criminal que são consagradas no artigo 32.º da CRP.

A esta crítica se respondeu que:

“Na verdade, *in casu*, a «presunção» contida no n.º 1 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002 *apenas opera após a condenação*, em nada contrariando, pois, a presunção de inocência, consagrada no n.º 2 do artigo 32.º da CRP. Além do mais, trata-se de uma presunção ilidível, como são todas as presunções legais exceto quando o legislador disponha em contrário (artigo 350.º, n.º 2, do Código Civil). O princípio de que parte o legislador ao estabelecê-la – princípio cuja não verificação o recorrente sempre poderia ter demonstrado – é o de que ocorreu no caso um ganho ilegítimo, proveniente da atividade criminosa, compreensivelmente reportada ao rendimento do condenado que exceda o montante do seu rendimento lícito.”

E com efeito, pode o arguido, “por qualquer meio de prova válido em processo penal” elidir aquela presunção (art 9.º, n.º 2):

– Seja demonstrando que resultaram de rendimentos de actividade lícita:

¹⁶ Santos Cabral, obra e lugar citados.

- Que estavam na titularidade do arguido há pelo menos cinco anos no momento da constituição do arguido;
- Que foram adquiridos pelo arguido com rendimentos obtidos no período referido na al. anterior (cfr. art. 9.º, n.º3).

Naturalmente que o sucesso deste instituto depende da existência de uma prova capaz de evidenciar a situação patrimonial do arguido em função das balizas temporais consignadas na lei e bem assim da concretização da referida liquidação.

2. Uma outra hipótese de funcionamento de presunção legal, pode ser encontrada nos métodos indiciários, contidos na Lei Geral Tributária (DL n.º 398/98, de 17/12, e suas inúmeras actualizações, 36 até ao momento).

Com efeito, “a avaliação indirecta visa a determinação do valor dos rendimentos ou bens tributáveis a partir de indícios, presunções ou outros elementos de que a administração tributária disponha” – assim art. 83.º, n.º 2.

É uma via excepcional para tal cálculo e apuramento, já que a administração tributária só a ela pode recorrer “nos casos e condições expressamente previstos na lei”. (art. 81.º, n.º 1)

Essas situações são as contempladas no art. 87.º, n.º 1:

- a) Regime simplificado de tributação, nos casos e condições previstos na lei;
- b) *Impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta dos elementos indispensáveis à correcta determinação da matéria tributável de qualquer imposto;*
- c) *A matéria tributável do sujeito passivo se afastar, sem razão justificada, mais de 30% para menos ou, durante três anos seguidos, mais de 15% para menos, da que resultaria da aplicação dos indicadores objectivos da actividade de base técnico-científica referidos na presente lei.*
- d) Os rendimentos declarados em sede de IRS se afastarem significativamente para menos, sem razão justificada, dos padrões de rendimento que razoavelmente possam permitir as manifestações de fortuna evidenciadas pelo sujeito passivo nos termos do artigo 89.º-A;
- e) *Os sujeitos passivos apresentarem, sem razão justificada, resultados tributáveis nulos ou prejuízos fiscais durante três anos consecutivos, salvo nos casos de início de actividade, em que a contagem deste prazo se faz do termo do terceiro ano, ou em três anos durante um período de cinco.*
- f) *Acréscimo de património ou despesa efectuada, incluindo liberalidades, de valor superior a (euro) 100.000, verificados simultaneamente com a falta de declaração de rendimentos ou com a existência, no mesmo período de tributação, de uma divergência não justificada com os rendimentos declarados.*

N.º 2 - No caso de verificação simultânea dos pressupostos de aplicação da alínea d) e da alínea f) do número anterior, a avaliação indirecta deve ser efectuada nos termos dos n.os 3 e 5 do artigo.

Os critérios para essa determinação constam do art. 91.º:

Em caso de impossibilidade de comprovação e quantificação directa e exacta da matéria tributável, a determinação da matéria tributável por métodos indirectos poderá ter em conta os seguintes elementos:

a) As margens médias do lucro líquido sobre as vendas e prestações de serviços ou compras e fornecimentos de serviços de terceiros;

b) As taxas médias de rentabilidade de capital investido;

c) O coeficiente técnico de consumos ou utilização de matérias-primas e outros custos directos;

d) Os elementos e informações declaradas à administração tributária, incluindo os relativos a outros impostos e, bem assim, os relativos a empresas ou entidades que tenham relações económicas com o contribuinte;

e) A localização e dimensão da actividade exercida;

f) Os custos presumidos em função das condições concretas do exercício da actividade;

g) A matéria tributável do ano ou anos mais próximos que se encontre determinada pela administração tributária;

h) O valor de mercado dos bens ou serviços tributados;

i) Uma relação congruente e justificada entre os factos apurados e a situação concreta do contribuinte.

O art. 73.º sustenta o princípio de que “as presunções consagradas nas normas de incidência tributária admitem sempre prova em contrário”.

Sendo que em processo tributário existe uma norma curiosa em termos de “ónus da prova” (cfr. art. 74º):

1 – (...) os factos constitutivos dos direitos da administração tributária ou dos contribuintes recaem sobre quem os invoque.

2 – (...)

3 – Em caso de determinação da matéria tributável por métodos indirectos, compete à administração tributária o ónus da prova da verificação dos pressupostos da sua aplicação, cabendo ao sujeito passivo o ónus da prova do excesso na respectiva quantificação.

Embora, em matéria de presunções legais ou naturais, a regra seja “a da sua cedência quando em concreto, depois de produzida e analisada toda a prova, resultar um estado de dúvida razoável em relação a um facto-base ou a racionalidade da inferência entre a sua origem/relação facto típico”¹⁷, certo é que não tem havido, por parte da Jurisprudência, uma particular abertura à consideração dos indicados métodos indirectos fiscais em processo penal.

Assim, de forma lapidar, enuncia o acórdão da Relação de Coimbra de 26/03/2014, no processo n.º 61/10.4IDCBR.C2:

“A avaliação indirecta dos rendimentos ou bens tributáveis, embora seja permitida para efeitos tributários, se observados os pressupostos do artigo 87.º da Lei Geral Tributária, não pode determinar, no âmbito de um processo penal, a condenação do arguido pela prática de um crime de natureza fiscal”.

No fundo, é o remate lógico, de uma linha decisória já aí iniciada com o acórdão de 28/10/2009, no processo n.º 31/01.3IDCBR.C1, e que distinguia a reacção (tributária) que não seria violadora dos princípios gerais da tributação e da capacidade contributiva – pois o Estado, nessas situações, só não tributa o rendimento real por factos imputáveis ao próprio contribuinte” –, da perseguição criminal.

Dito por outras palavras, “os valores determinados por recurso a método indiciário não têm outra relevância que não seja a determinação, com carácter sancionatório fiscal, do montante devido pelo contribuinte à fazenda nacional, podendo este ser executado por esse montante se o não pagar voluntariamente. Inadmissível, porém, sob pena de inconstitucionalidade, é a perseguição criminal do contribuinte com base na presunção em que se vem a traduzir a utilização do método indiciário, antes subsistindo integralmente o dever da acusação de demonstrar todos os elementos constitutivos do crime”.

Esta posição, decorre assumidamente do reconhecimento da opinião desenvolvida a esse propósito, pelo Dr. Nuno de Sá Gomes, ainda que a Relação de Coimbra, depois, naquele último caso, tenha acabado por retirar, da demais prova, a *ilação* de que vantagem indevida obtida pela efeito de considerar demonstrada a prática de um crime de fraude fiscal, na forma continuada.

No fundo substituiu a presunção de natureza fiscal utilizada pela correspondente Administração Tributária por uma outra de natureza judicial.

¹⁷ Santos Cabral, obra citada, pág. 229/30.

É o que sucede também, em parte, no acórdão da mesma Relação de 15/10/2008, no processo n.º 44/03.0IDPBL.C1 (qualquer deles acessível no correspondente endereço electrónico da DGSJ).

Como aí se diz, “(...) será admissível o recurso a presunções, desde que extraídas de factos concretos e objectivos – factos indiciários típicos devidamente explicitados – de onde o facto tributário possa ser inferido, com segurança, em termos de objectividade e normalidade, dentro das regras da especificidade da actividade em que se inserem e da “*lege artis*” ali vigente, com a efectiva possibilidade de pleno exercício do contraditório e da demonstração de que a base da presunção é infundada no caso concreto”.

Mas para fundar directamente a prova da acusação, não tem sido admitida.

3. Os arrestos

Num plano já algo distinto, uma outra situação que começa a ganhar alguma importância neste domínio de criminalidade são os arrestos, em que a natureza cautelar das respectivas medidas remetam-nos também para um menor grau de exigência da prova necessária para o seu decretamento.

3.1. Começaria pelo arresto preventivo previsto no art. 228.º do Cód. Proc. Penal que traduz uma modalidade das medidas de garantia patrimonial previstas neste Diploma:

Embora no seu desenho legal surja com alguma dependência da caução económica (o Ministério Público pode require-la “havendo fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas, ou de qualquer outra dívida para com o Estado (art. 227.º, n.º 1), da mesma forma que o lesado, quando exista “fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime (art. 227.º, n.º 2), dela pode autonomizar-se.

Como o menciona o seu lacónico n.º 1, é decretada nos termos da lei do processo civil, o que segundo o Prof. Pinto de Albuquerque, Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, 2.ª Ed.º, pág.ª 628, que “*depende da comprovação de um justificado receio da perda da garantia patrimonial*”.

Ou seja, em primeira linha, a remissão funciona em termos de requisitos de aplicação.

O problema aqui, reside na circunstância da Doutrina e Jurisprudência civilista, de forma quase unânime, juntarem ao mencionado receio também a probabilidade da *existência do crédito*.
E porque é que isto é importante?

É que se tiver sido anteriormente fixada e não prestada caução económica, o arresto pode ser decretado sem mais (hipótese em que seria quase automático).

A exigir-se aquele segundo requisito, este terá de ser invocado e apreciado.

Propendo para a solução que os englobe a ambos.

A menor exigência probatória em relação este instituto facilmente se compreenderá de onde deriva:

Mesmo nos termos da lei processual civil (art.ºs 406.º e segts., actuais art.ºs 391.º e segts.), basta-se com o receio da perda da garantia patrimonial, o que quer dizer que aquele não tem que ser certo, mas tão só provável, da mesma maneira que em relação à existência do crédito, é suficiente a sua probabilidade e não a correspondente certeza.

Uma outra condicionante que interfere nesta matéria, é a circunstância de estarmos numa jurisdição processual penal e que o arresto preventivo é uma medida de garantia patrimonial.

Logo ser-lhe-ão também aplicáveis as condições gerais de aplicação previstas no art. 192.º, o que não coloca grandes dificuldades, e bem assim os princípios da necessidade, adequação e proporcionalidade (art. 193.º), que poderão quadrar menos bem com o quadro civil de exigências para aquele procedimento.

Neste domínio, uma das questões que já se nos colocou, foi a saber da exigência da prévia audição do arguido para o seu decretamento, já que numa leitura imediatista dos respectivos preceitos, é o que parece decorrer dos n.ºs 1 e 3 do art. 194.º Cód. Proc. Penal.

Concomitantemente, foi suscitada a respectiva nulidade insanável, fundada no art. 119.º, al. c), do mesmo Diploma.

Posto que o Prof. Pinto de Albuquerque¹⁸ dê nota da defesa dessa posição por parte do Dr. Rodrigo Santiago, em nome de um princípio irrestrito do contraditório, não foi essa a posição que defendemos.

Convocamos antes, a Doutrina já desenvolvida pelo acórdão da Rel. de Coimbra de 25/09/2013, no processo 559/12.0JACBR-A.C2 (também ele consultável no endereço electrónico www.dgsi.jtrc.pt), que basicamente entendeu:

“ (...) , sendo o arresto preventivo decretado nos termos da lei civil, não se vê por que razão há-de, neste particular, divergir do art. 408.º, n.º1 do CPC.

Aliás, o arresto não (...) envolve ou contende directamente com a liberdade pessoal e com direitos fundamentais pessoais, mas tão só direitos patrimoniais ou económicos, não se descortinando razões para afastar o regime da lei processual civil que a própria lei processual penal manda observar.

Citando Paulo Pinto Albuquerque in Obra e local citados, “(...) só o sigilo da providência protege os interesses do requerente do arresto preventivo. É esse o sentido tradicional e histórico do arresto preventivo no direito Português. É, por isso, que o art. 228.º, in fine, distingue como

¹⁸ Comentário do Código de Processo Penal, Universidade Católica Editora, 2.ª Ed, pág. 628.

uma das hipóteses do arresto preventivo o caso em que a caução foi previamente fixada e não prestada. A especificação da lei (“se tiver sido”) não faria sentido se esse fosse o único caso admissível”.

Este posicionamento foi ratificado pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 714/2014, de 28/10/2014, no processo n.º 224/14, que afastou todas as críticas de desconformidade com a nossa Lei Fundamental que haviam sido apresentadas.

Da respectiva fundamentação gostaria de deixar consignados dois argumentos principais:

“Não obstante tratar-se de um meio de garantia patrimonial inserido num processo penal – e não um arresto „civil“ no quadro de um processo civil com fins distintos – este instituto cautelar não tem em vista as finalidades próprias do processo penal mas antes visa assegurar preventivamente a garantia de um direito de crédito do lesado (in casu, assistente que deduziu nos autos um pedido de indemnização civil pelo valor dos créditos alegados – cfr. fls. 2 e 15).

A conexão que possa existir entre o processo criminal, por um lado, e o direito de crédito e a responsabilidade civil fundada na prática de crime (artigo 71.º do CPP) que convocam o uso do meio cautelar em causa, por outro lado, não é de molde a influir diretamente sobre os elementos que possam integrar o tipo legal de crime, não se projetando o decretamento da providência cautelar de arresto sobre a responsabilidade criminal (pessoal) do arguido.

(...) tendo em conta as finalidades da providência cautelar em causa – o arresto preventivo –, considera-se justificado e razoável o desvio ao princípio do contraditório (prévio) em face do perigo de desvirtuamento e de inutilidade da própria medida, pondo assim em risco a tutela efetiva (eficaz) dos direitos que se tentam proteger, em termos que não merecem uma censura constitucional.”

Outra questão que assume alguma relevância diz respeito à extensão que o perigo da perda da garantia do crédito deve revestir nas situações em que o património tenha uma composição heterogénea.

No caso, uma valiosa colecção de veículos antigos, mas também depósitos e participações em sociedades.

Naturalmente que a garantia que aqui se tem em vista referir, é o património global do Requerido, considerado civilisticamente como garantia geral das obrigações.

Em relação à referida colecção o propósito do arguido de dela se desfazer era público e notório, em face não só da sua remoção já efectivada para o exterior, como até da existência publicitada de um leilão internacional para a sua alienação.

No que respeita aos bens de fungibilidade imediata, não temos quaisquer dificuldades em entender que em face da sua iminente possibilidade de movimentação devem ser objecto de deferimento do arresto existindo o receio fundado de alienação em relação a outros elementos patrimoniais.

A situação das participações sociais tem uma natureza mais complexa. Não se perca todavia de referência, a capacidade que os entes colectivos possuem para transitar e fazer escoar fluxos financeiros, da mesma forma que a têm, para inabilitar o seu alcance por parte das autoridades.

3.2. Um outro arresto que seguramente terão ouvido falar numa destas sessões, é o previsto no art. 10.º da Lei n.º 5/2002.

Já tive a oportunidade de escrever em determinado processo, ainda que timidamente, que deverá ser autonomizado em termos de pressupostos em relação àquele que acabámos de referir, pese embora as referências remissivas constantes da lei, nomeadamente, evitando-se na sua fundamentação jurídica, a indistinção da referência normativas a todos os preceitos reguladores do arresto.

O tempo permitiu sedimentar um pouco mais esta ideia.

– O arresto previsto no art. 228.º pode ser requerido quer pelo Ministério Público quer pelo lesado – o do art. 10.º apenas por aquele;

– O arresto previsto no art. 228.º pode aplicar-se a qualquer crime, enquanto o do art. 10.º apenas aos crimes previstos no respectivo art. 1.º;

– Em bom rigor, os fundamentos não são idênticos, sem prejuízo da ideia comum de salvaguarda patrimonial antecipada.

É que no art. 10.º da Lei n.º 5/2002, o elemento que parece ser mais incisivo para o seu decretamento é o da existência “de fortes indícios da prática do crime”, o que se compreende, pois não é tanto uma dimensão da garantia civilística o que se tem em vista assegurar, mas antes o efectivo cerceamento das vantagens ilicitamente conseguidas com o crime, donde ser a existência deste último o elemento aqui preponderante.

Fica por resolver, no entanto, a compatibilização de poder ser decretado “a todo o tempo”, com a circunstância da liquidação do valor a perder a favor do Estado ter lugar por via de regra na acusação, ou no 30.º dia anterior à data designada para a realização da primeira audiência de discussão e julgamento (cfr. art. 7.º, n.º 2).

A interpretação mais “simples” – a expressão “a todo o tempo” reporta-se a esse intervalo de tempo.

VIII – Não querendo maçar-vos muito mais, gostaríamos de finalizar chamando a vossa atenção para um instituto de base civilística que não deixa de ter relevância particular neste tipo de providência, sobretudo nos casos mais emblemáticos em que a interposição societária se apresenta como instrumental para finalidades contrárias ao Direito.

Falamos da “**desconsideração da personalidade colectiva**”.

Servindo-nos aqui do enunciado do douto acórdão da Relação de Coimbra de 03/07/2013, no processo 943/10.8TTLRA.C1, poderemos dizer que:

– É uma figura que não se encontra expressamente prevista na lei portuguesa, surgiu na doutrina e, posteriormente, na jurisprudência como meio de cercear formas abusivas de actuação, que ponham em risco a harmonia e a credibilidade do sistema.

– No fundamental, traduz-se numa delimitação negativa da personalidade colectiva por exigência do sistema ou “exprime situações nas quais, mercê dos vectores sistemáticos concretamente mais poderosos, as normas que firmam a personalidade colectiva são substituídas por outras normas”.

– O recurso a esse instituto é possível quando ocorram situações de responsabilidade civil assentes em princípios gerais ou em normas de protecção, nomeadamente dos credores, ou em situações de abuso de direito e não exista outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar, ou seja, a desconsideração tem carácter subsidiário.

– De entre elas avultam a confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas de duas ou mais pessoas, normalmente entre a sociedade e os seus sócios (ainda que não tenha de ser obrigatoriamente assim); a subcapitalização da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objecto social e prosseguir a sua actividade; e as relações de domínio grupal.

– Em todas estas situações verifica-se que a personalidade colectiva é usada de modo ilícito ou abusivo para prejudicar terceiros, existindo uma utilização contrária a normas ou princípios gerais, incluindo a ética dos negócios.

– A desconsideração tem de envolver sempre um juízo de reprovação sobre a conduta do agente, ou seja, envolve sempre a formulação de um juízo de censura e deve revelar-se ilícita, havendo que verificar se ocorre uma postura de fraude à lei ou de abuso de direito.

Reitera-se: é um meio excepcional de efectivar responsabilidade quer contratual quer extra-contratual.

Título:

Direito Penal e Processual Penal (2012-2015)

Ano de Publicação: 2016

ISBN: 978-989-8815-44-6

Série: Formação Contínua

Edição: Centro de Estudos Judiciários

Largo do Limoeiro

1149-048 Lisboa

cej@mail.cej.mj.pt