

**Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários**  
(no âmbito do Programa PIR PALOP II – VIII FED)  
**Formação contínua para Magistrados**

**DIREITO PENAL**  
**E PROCESSUAL PENAL**  
*(Tomo II)*

*Autores*

**Dr. Carlos Adérito Teixeira**  
**Dr. Jorge Gonçalves**

Assistência técnica do INA com apoio científico e pedagógico do CEJ  
**Manual de apoio ao Curso M5**

## **Ficha Técnica**

**Título:** DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL (Tomo II)

**Autores:** Carlos Adérito Teixeira e Jorge Gonçalves

**ISBN:** 978-972-9222-94-8

**Depósito Legal:** 281037/08

**Editor:** INA – Instituto Nacional de Administração

Palácio dos Marquês de Pombal

2784-540 Oeiras

Tel: 21 446 53 39

Fax: 21 446 53 68

URL: [www.ina.pt](http://www.ina.pt)

E-mail: [edicoes@ina.pt](mailto:edicoes@ina.pt)

**Capa:** Sara Coelho

**Execução Gráfica:** JMG, Art. Pap., Artes Gráficas e Publicidade, Lda.

**Tiragem:** 1.000 exemplares

**Ano de Edição:** 2007

A presente publicação foi organizada e editada pelo INA, no âmbito das funções de assistência técnica e pedagógica à execução do Projecto Apoio ao Desenvolvimento dos Sistemas Judiciários (Programa PIR PALOP II), com enquadramento orçamental específico no co-financiamento do referido Projecto pelo Governo Português através do IPAD.

O conteúdo da mesma corresponde à adaptação de textos de apoio à execução de acções de formação contínua para Magistrados, desenvolvidas na Fase I do referido Projecto (Novembro de 2003 a Junho de 2006), elaborados em versão original por Docentes do CEJ – Centro de Estudos Judiciários do Ministério da Justiça de Portugal, sob coordenação científica e pedagógica do Juiz-Desembargador Dr. Manuel Tomé Gomes.

As opiniões expressas no presente documento são da exclusiva responsabilidade dos respectivos Autores e, como tal, não vinculam nem a Comissão Europeia nem o Governo Português, o INA ou o CEJ.

A reprodução e utilização do conteúdo está condicionada quer às disposições legais genéricas aplicáveis aos direitos de propriedade intelectual quer às que regulam as iniciativas desenvolvidas no âmbito de financiamentos públicos da União Europeia e de Portugal. É autorizada a cópia para fins didácticos nos PALOP.

# Índice

<b>PARTE 1 – CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO</b> .....	7
SUB-ÍNDICE .....	9
NOTA INTRODUTÓRIA .....	11
1 – Noção de “património” e de bem jurídico .....	13
2 – Crime de Furto .....	15
3 – Crime de Roubo .....	18
4 – Crime de Dano .....	20
5 – Crime de usurpação de coisa imóvel e alteração de marcos .....	21
6 – Crime de abuso de confiança .....	22
7 – Crime de Burla .....	23
8 – Fraude na obtenção de subsídio .....	28
9 – Abuso de cartão de garantia ou de crédito e títulos equiparados a moeda .....	32
10 – Crime de Recepção e de Auxílio Material .....	34
11 – Crime de Branqueamento de Capitais .....	35
BIBLIOGRAFIA .....	49
<b>PARTE 2 – PRINCÍPIOS ENFORMADORES DO PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	51
SUB-ÍNDICE .....	53
<b>I – PRINCÍPIOS ENFORMADORES DO PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	55
1 – Princípio da oficialidade, legalidade processual ou oficiosidade .....	55
2 – Princípio do contraditório .....	56
3 – Princípio da investigação ou da “verdade material” .....	58
4 – Princípio da livre apreciação da prova .....	59
5 – Princípio “in dubio pro reo” .....	60

II – PROVA E DILIGÊNCIAS DE PROVA .....	65
1 – Meios de obtenção de prova e meios de prova .....	65
2 – Buscas e apreensões .....	66
3 – Exames e Perícias .....	67
4 – Outros meios de obtenção de prova .....	68
5 – Prova testemunhal <sup>6</sup> . Declarações do arguido e depoimento de ouvir dizer ao arguido .	70
6 – Declarações do arguido e depoimento de ouvir dizer ao arguido .....	82
7 – Conhecimento do co-arguido .....	96
PARTE 3 – DAS MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL ...	101
SUB-ÍNDICE .....	103
I – QUESTÕES GERAIS .....	105
1 – Noção de medidas de coacção e de garantia patrimonial .....	105
2 – As medidas de coacção e de garantia patrimonial e o princípio da presunção de inocência...	108
3 – As medidas de coacção e de garantia patrimonial e o princípio da legalidade .....	111
4 – As condições gerais de aplicação das medidas de coacção e de garantia patrimonial ....	111
4.1 – A prévia constituição como arguido e a existência de um processo criminal previamente instaurado .....	111
4.2 – A exigência de <i>fumus comissi delicti</i> .....	113
4.2.0 – A inexistência de causas de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento .....	115
4.3 – Os <i>pericula libertatis</i> .....	116
4.3.1 – Os <i>pericula libertatis</i> que constituem pressupostos das medidas de coacção ....	116
4.3.1.1 – Fuga ou perigo de fuga.....	118
4.3.1.2 – Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, o perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova .....	120
4.3.1.3 – Perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa .....	122
4.3.2 – Os <i>pericula libertatis</i> que constituem pressupostos das medidas .....	125
5 – Os princípios da adequação e da proporcionalidade .....	125
6 – O princípio da precariedade .....	127
7 – O princípio da judicialização das medidas de coacção e de garantia Patrimonial .....	127
8 – A determinação da pena aplicável para efeitos de aplicação das medidas .....	128
9 – O despacho de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial .....	129
9.1 – Competência para a aplicação das medidas e intervenção do M.P. ....	129

9.2 – O princípio do contraditório e da prévia audição do arguido.....	133
9.3 – O despacho de aplicação de medida de coacção ou de garantia Patrimonial .....	135
<b>II – AS MEDIDAS DE COACÇÃO EM ESPECIAL .....</b>	<b>139</b>
<b>1 – Medidas de coacção admissíveis e condições da sua aplicação .....</b>	<b>139</b>
1.1 – No Código de Processo Penal de 1929 .....	139
1.2 – No Código de Processo Penal de 1987 .....	140
1.2.1 – Termo de identidade e residência (T.I.R.) .....	140
1.2.2 – Caução .....	142
1.2.3 – Obrigação de apresentação periódica .....	144
1.2.4 – Suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos .....	145
1.2.5 – Proibição de permanência, de ausência e de contactos .....	146
1.2.6 – Obrigação de permanência na habitação .....	147
1.2.7 – Prisão preventiva.....	149
1.2.7.1 – Conceito e pressupostos específicos de aplicação .....	149
1.2.7.2 – Desconto na pena e suspensão da execução da prisão preventiva .....	150
<b>2 – Suspensão, revogação, alteração e extinção das medidas de coacção .....</b>	<b>151</b>
<b>3 – Impugnação das medidas de coacção .....</b>	<b>153</b>
<b>III – AS MEDIDAS DE GARANTIA PATRIMONIAL .....</b>	<b>157</b>
<b>As medidas de garantia patrimonial admissíveis, seus sujeitos, modalidades e forma de impugnação .....</b>	<b>157</b>
 <b>PARTE 4 – DO JULGAMENTO .....</b>	 <b>159</b>
SUB-ÍNDICE .....	161
NOTA PRÉVIA .....	163
<b>I – AS FORMAS DE PROCESSO .....</b>	<b>165</b>
<b>1 – As formas de processo no processo penal português: panorâmica da sua evolução .....</b>	<b>165</b>
1.1 – Código de Processo Penal de 1929.....	165
1.2 – Código de Processo Penal de 1987.....	168
<b>2 – O erro na forma do processo .....</b>	<b>171</b>
2.1 – Código de Processo Penal de 1929.....	171
2.2 – Código de Processo Penal de 1987.....	172
	173
<b>II – O JULGAMENTO – OS ACTOS PRELIMINARES .....</b>	<b>173</b>
<b>1 – O juiz de julgamento face à acusação no CPP de 1929: breves notas .....</b>	<b>173</b>
<b>2 – O juiz de julgamento face à acusação, no CPP de 1987. Actos preliminares da fase de julgamento .....</b>	<b>175</b>
2.1 – O saneamento do processo e a designação de dia para julgamento .....	176
2.2 – Actos subsequentes ao despacho que designa dia para a audiência .....	180
2.2.1 – Notificações .....	180

2.2.2 – Comunicação aos restantes juízes do colectivo .....	180
2.2.3 – Contestação do arguido e rol de testemunhas .....	181
2.2.4 – Adicionamento ou alteração do rol .....	182
2.2.5 – Residentes fora da comarca .....	183
2.2.6 – Tomada de declarações no domicílio .....	184
2.2.7 – Realização de actos urgentes .....	185
<b>III – A AUDIÊNCIA .....</b>	<b>187</b>
<b>1 – Princípios fundamentais relativos à audiência de julgamento .....</b>	<b>187</b>
1.1 – O princípio do contraditório .....	187
1.2 – O princípio da concentração .....	189
1.3 – Os princípios da imediação, da oralidade e da identidade do juiz .....	191
1.4 – O princípio da publicidade.....	192
<b>2 – Princípios fundamentais relativos à prova .....</b>	<b>195</b>
2.1 – O princípio da investigação ou da “verdade material” .....	195
2.2 – O princípio da livre apreciação da prova.....	197
2.3 – O princípio <i>in dubio pro reo</i> .....	201
<b>IV – A ALTERAÇÃO DO OBJECTO DO PROCESSO .....</b>	<b>205</b>
1 – Enunciação da questão .....	205
2 – O objecto do processo .....	207
3 – O regime do CPP de 1929 .....	211
4 – O regime do CPP de 1987 .....	215
<b>V – A SENTENÇA PENAL .....</b>	<b>220</b>
1 – No CPP de 1929 .....	220
2 – No CPP de 1987 .....	220
<b>VI – O PROCESSO DE AUSENTES .....</b>	<b>226</b>
<b>VII – RESPONSABILIDADE CIVIL CONEXA COM RESPONSABILIDADE CRIMINAL .....</b>	<b>228</b>
1 – No CPP de 1929 .....	228
2 – O regime do CPP de 1987 .....	231
<b>APÊNDICE .....</b>	<b>235</b>
<b>A EXECUÇÃO DAS REACÇÕES CRIMINAIS – Tópicos (Execução das Penas) .....</b>	<b>237</b>
1 – Natureza da execução e título executivo .....	235
2 – Órgãos de execução .....	235
3 – A execução da pena de prisão .....	237
4 – A execução da pena de multa .....	238
5 – A substituição da execução da pena de prisão .....	238
6 – Modificação da execução da pena de prisão .....	238
7 – A suspensão da execução da pena .....	239
8 – A liberdade condicional .....	239

*Parte 1*

# **CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO**

**Dr. Carlos Adérito Teixeira**





# Sub-índice

NOTA INTRODUTÓRIA .....	11
<b>1 – Noção de “património” e de bem jurídico .....</b>	<b>13</b>
<b>2 – Crime de Furto .....</b>	<b>15</b>
<b>3 – Crime de Roubo .....</b>	<b>18</b>
<b>4 – Crime de Dano .....</b>	<b>20</b>
<b>5 – Crime de usurpação de coisa imóvel e alteração de marcos .....</b>	<b>21</b>
<b>6 – Crime de abuso de confiança .....</b>	<b>22</b>
<b>7 – Crime de Burla .....</b>	<b>23</b>
<b>8 – Fraude na obtenção de subsídio .....</b>	<b>28</b>
<b>9 – Abuso de cartão de garantia ou de crédito e títulos equiparados a moeda .....</b>	<b>32</b>
<b>10 – Crime de Receptação e de Auxílio Material .....</b>	<b>34</b>
<b>11 – Crime de Branqueamento de Capitais .....</b>	<b>35</b>
BIBLIOGRAFIA .....	49



## Nota Introdutória

O que me proponho tratar, nesta sede, é a da matéria relativa aos *crimes contra o património em geral*. E, se é verdade que o assunto tem contornos de delimitação prática difícil, em face da diversidade de ordenamentos jurídicos dos PALOP, importa abordar questões que se revelam transversais aos diversos sistemas – como seja a análise do bem jurídico, o conceito de património, a caracterização dos elementos típicos de crimes com um mesmo denominador comum – e assinalar tipos penais paradigmáticos – furto, roubo, burla, abuso de confiança, etc. – com a apreciação de modelos de conduta com expressão na tipicidade dos preceitos que os consagram.

A esse plano acresce uma perspectiva de índole metodológica que enformará o tratamento nas sessões: a de que se procederá a um estudo dos tipos em concreto, através de uma via pragmática, partindo do concreto para o geral, com a análise de casos da prática judiciária e a inerente subsunção das questões jurisprudenciais e doutrinárias que se suscitam, servindo as considerações que aqui se fazem como suporte teórico de enquadramento.



## CRIMES CONTRA O PATRIMÓNIO

### 1 – NOÇÃO DE “PATRIMÓNIO” E DE BEM JURÍDICO

Na esteira de Simas Santos e Leal-Henriques pode afirmar-se que os *crimes contra o património* traduzem o leque de ilícitos penais que “põe em risco ou ofende qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público” e que o “seu carácter económico, o seu valor traduzível em dinheiro constituem a nota predominante do elemento patrimonial”<sup>1</sup>.

No entanto, na linha do que já afirmava Nelson Hungria, há que reconhecer a sua extensão temática às lesões de coisas que, embora sem valor venal, representam uma utilidade, ainda que simplesmente moral (valor de afeição) para o seu proprietário.

Assim, o conceito de património não se confunde com o de esfera jurídica (enquanto conjunto de relações jurídicas de que uma pessoa é sujeito), na medida em que esta noção abrange estados, direitos, expectativas jurídicas e situações de que alguém é titular e que não são apropriáveis por outrem (por exemplo, posições jurídicas decorrentes da adopção, de uma relação de crédito, etc.).

Por conseguinte, o conceito que se revela funcionalmente mais ajustado a um plano penal é aquele que se baseia numa *concepção económica-jurídica*, que reconduz o património ao conjunto de todas as “situações” e “posições” com valor económico, detidas por uma pessoa e protegidas pela ordem jurídica ou, pelo menos, cujo exercício não é desaprovado por essa mesma ordem jurídica<sup>2</sup>.

Ainda assim, sempre se dirá que a noção de património abrange quer o património bruto quer o líquido (este aponta para a massa patrimonial a que foram deduzidas as obrigações).

Por outro lado, a noção de *propriedade* que está na base da tutela penal através da tipificação de crimes contra o património, abarca quer a propriedade perfeita quer a imperfeita. Só desse modo se compreende que também o proprietário que não disponha da coisa – em razão de a ter perdido, emprestado, etc. – ainda disponha

<sup>1</sup> Código Penal Anotado, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 423.

<sup>2</sup> Cfr. A. M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 279 e ss..

de protecção para a sua “nua propriedade”. Tal extensão consente que se possa fazer a equivalência de tutela da *posse* face à propriedade. Por isso, o arrendatário ou o locatário pode apresentar queixa pelo delito (semi-público) de furto, dano ou burla contra o agente do crime para protecção do seu direito. Em suma, a tutela estende-se ao possuidor.

Na linha de aproximação à consagração típica dos crimes, podemos dizer os crimes contra o património têm na base uma ideia de apropriação de “coisas”. Mas também a noção de coisa, para efeitos penais, não é pacífica: se em sentido filosófico significará tudo o que possa ser objecto de uma representação intelectual, em sentido físico traduz o que pode ser apreendido pelos sentidos, em sentido comum ou da linguagem corrente integra tudo o que tenha existência e em sentido jurídico tudo o que possa ser objecto de uma relação jurídica.

Todavia, estas perspectivas traduzirão dimensões incompletas ou parcelares da realidade em estudo: com efeito podemos falar de coisa “imateriais”, de direitos e obrigações de *facere*, de pessoas que podem ser objecto de relações jurídicas (adopção), de bens de personalidade (v.g. direito à imagem, nome, etc) que, em geral, não são objecto de crimes contra o património.

Posto o que a “coisa” enquanto objecto da relação jurídica dos crimes contra o património deve revestir algumas características:

- a) dispor de um carácter estático (não às prestações);
- b) não integrante da personalidade (direitos ou elementos da personalidade);
- c) com existência autónoma (muro e não o tijolo do muro);
- d) com utilidade (económica ou afectiva; não o grão de areia);
- e) susceptíveis de apropriação;
- f) também (eventualmente) incorpóreas (v.g. electricidade).

As coisas imateriais que tenham uma tutela sancionatória específica – através v.g. Código de Direitos de Autor ou Código da Propriedade Industrial – não devem ser consideradas incluídas, por princípio, nas coisas objecto de tutela das incriminações contra o património.

Outra discussão jus-penal diz respeito à inclusão ou não da qualidade de licitude (ou não) da propriedade ou posse da coisa na esfera jurídica do seu detentor, o mesmo é dizer, trata-se da questão de saber se o detentor da coisa para ser tutelado deve ser um “legítimo” possuidor ou proprietário.

## 2 – CRIME DE FURTO

O Código Penal Português de 1852 dispunha no seu art. 421º que “aquele que cometer o crime de furto, *subtraindo fraudulentamente uma coisa, que lhe não pertença*”. Aqui se arreigou uma tradição de tutela da propriedade que viria a ser recebida pelo código de 1886 e depois, com naturais alterações, de 1982.

Actualmente, os elementos do tipo sintetizam-se nos seguintes:

- a) ilegítima intenção de apropriação;
- b) subtracção
- c) coisa móvel alheia.

Se o objecto do crime é uma relação jurídica patrimonial (real) e o sujeito passivo o titular do direito de propriedade ou outro direito equiparado, já o objecto da subtracção é a “coisa” (subtraída), podendo o sujeito passivo da subtracção não ser o mesmo (por dispor da coisa em mera detenção ou posse transitória).

À noção de “coisa”, que não pode ser decalcada, nos precisos termos, sobre a noção civilística, acrescem duas dimensões importantes: tratar-se de coisa “*móvel*” e ainda “*alheia*”.

Sobre o carácter *móvel*, importa também aceitar aquilo que é consensualmente aceite pela comunidade jurídica, com apelo à noção do direito civil, com naturais divergências: assim, por exemplo, os frutos naturais, as árvores, partes destacáveis de um edifício (v.g. janela, porta) são, para efeitos penais, e uma vez destacados (do imóvel a que se ligam como suas componentes ou partes integrantes), também coisas susceptíveis de serem furtadas; de igual modo, porções de elementos da natureza (água, terra, etc.), propriedade de outrem, constituem objecto de furto por parte do agente do crime quando não tem direito às aludidas porções.

Por sua vez, o carácter *alheio* significa, em primeira linha, que o objecto da subtracção não é propriedade do agente do crime. Mesmo que se não consiga determinar a identidade do respectivo titular.

O que se visa tutelar é, antes de mais, o proprietário e, subsidiariamente, o possuidor<sup>3</sup>, sendo que, geralmente, coincidem na mesma pessoa e, também, não pode o possuidor ser tutelado contra o proprietário a menos que aquele exerça prerrogativas equivalentes ao exercício de propriedade (por exemplo, arrendatário).

<sup>3</sup> Cfr. sobre situações de possuidor tutelado, Carlos Alegre, *in Crimes contra o Património*, p. 25, nota 18.

Por outro lado, no caso de furto de uso de veículo (art. 208º CP port.), o tipo penal não exige que o desapossamento se dirija a uma vontade de apropriação mas tão só a de impedimento do proprietário ou possuidor a desfrutar da viatura.

De todo o modo, o dimensão “alheia” supõe uma propriedade de alguém com posse efectiva ou actualizável, de tal forma que não são objecto de subtracção as coisa perdidas<sup>4</sup>, as rejeitadas ou as *res nullius*.

Acresce que o crime se consuma, não com a apropriação mas com a subtracção, significando esta uma substituição de poderes (fácticos ou jurídicos) do proprietário ou do possuidor pelos do agente. No plano pragmático, saber quando estamos perante um crime tentado, consumado ou mesmo exaurido, depende da tese que se perfilhe e das circunstâncias concretas do caso.

Já no que se refere á “intenção de apropriação”, importa referir que esta se estrutura como dolo genérico (*animus rem sibi habiendi*) sem que se confunda com a vontade de enriquecimento (*animus lucri faciendi*) que pode não existir (vg. O agente furta para destruir e não para juntar à sua esfera patrimonial). Por sua vez, a intenção tem que ser “ilegítima”, o que significa que a conduta de desapossamento do agente é contra a vontade do dono e/ou sem aquele dispor de qualquer direito à coisa (v.g exercício de um direito). Nesta parte, convém reter que mesmo um exercício de um direito (v.g. de retenção da coisa) – que, enquanto tal, não tornaria a acção criminosa por ausência do elemento típico de ilegitimidade da intenção de apropriação – não pode constituir um abuso de direito, sob pena de, novamente, fazer incorrer em ilegítima intenção de apropriação.

De resto, no plano da imputação subjectiva, o crime em presença apenas conhece a forma dolosa, pela natureza das coisas da vida.

O crime de furto, de natureza semi-pública e cuja tentativa também é punível, torna-se público na forma qualificada em virtude de estarmos perante circunstâncias especiais que agravam a danosidade social que o mesmo representa (cfr. art. 204 CP port.).

Assim, quando a coisa furtada se revela de valor elevado a moldura penal passa a ser até 5 anos de prisão (mínimo geral de 1 mês) ou, em alternativa, 600 dias de multa. É considerado de valor elevado quando exceda 50 unidades de conta<sup>5</sup> no momento da prática dos factos (art. 202º CP port.).

---

<sup>4</sup> Neste caso, podemos estar em presença de crime de apropriação ilegítima de coisa achada (art. 209º CP português).

<sup>5</sup> E cada unidade de conta ronda os 80 euros.



A mesma pena caberá ao furto de coisa “transportada em veículo” e em “transporte colectivo” ou ainda “colocada em depósito público”. A jurisprudência dos tribunais superiores portugueses têm traçado entendimentos diversos do que seja coisa “transportada” *versus* deixada ou esquecida em automóvel, para operar, tendencialmente uma restrição da tipicidade no sentido de só admitir a prática do crime em apreço quando a coisa se encontre em determinados locais e não noutros (v.g. bagageira e não no habitáculo).

Por outra banda, considera-se qualificado o crime quando a conduta se dirigiu à subtracção de coisa “afecta ao culto religioso ou à veneração da memória dos mortos”, embora, no plano concreto, não é fácil discernir em certos objectos encontrados nas igrejas ou cemitérios uma afectação directa ao culto ou veneração (v.g. elementos funcionais como sejam tapetes, bancos, caixa de moedas, etc.) enquanto outros que terão essa afectação (v.g. velas, flores) poderão ter um valor diminuto ou mesmo insignificante, porventura, de tal (pequena) grandeza que não deva integrar s suficiente danosidade à luz do critério da adequação social.

Também qualifica o crime o facto de a coisa se encontrar em “gavetas, cofres, ou outros receptáculos”, residindo o especial desvalor da acção não no parâmetro pecuniário do objecto furtado mas na destruição, rompimento, ultrapassagem dos dispositivos de segurança que é suposto aqueles lugares disporem, quer sejam os mesmos de índole mecânica quer – como hoje já sucede na era tecnológica – de índole electrónica ou digital.

Do mesmo modo, quando o agente faz dessa prática delitiva (devendo tratar-se de furtos e não outro tipo de crimes que não tenham a ver com este, para que se possa considerar certo furto como qualificado) “modo de vida” ou já um delinquente por tendência, próprio de quem padece de cleptomania.

A qualificação do crime pode ainda decorrer da especial condição da vítima (ofendido / lesado), atenta a sua “especial vulnerabilidade” – em resultado de condições pessoais ou ainda factos exteriores (acidente, calamidade, etc.), independentemente de quem os provocou – bem como a “difícil situação económica” provocada pela conduta do agente.

Finalmente, também se mostra qualificado o furto perpetrado por “introdução ilegitimamente em habitação, estabelecimento comercial ou industrial ou outro espaço fechado” ou aí permanecendo (para furtar). A jurisprudência, com algumas flutuações, tem entendido que um automóvel não integra a noção de “espaço fechado”, a menos que constitua habitação, v.g. caravana, já que aquela noção deve andar referenciada à ideia de habitação.

Por outro lado, na demarcação da qualificativa que surge na al. e) do nº 2 do art. 204º CP port. – como furto hiper-qualificado, em que a moldura penal passa a ter como limites 2 a 8 anos de prisão – entende-se que na situação atrás referida importará, face à letra da lei, uma entrada completa em habitação ou equiparada enquanto neste segundo caso tal não será exigido, para além de que aqui sempre se demanda a existência de arrombamento, escalamento ou utilização de chaves falsas, conceitos delimitados no art. 202º do CP port..

Do mesmo modo, é considerado hiper-tipo, o furto de coisa com valor “consideravelmente elevado”, quando ultrapasse as 200 unidades de conta.

O mesmo sucede nos casos de a coisa furtada possuir um significado para o desenvolvimento tecnológico ou económico, científico, artístico ou histórico<sup>6</sup>; ou ter uma natureza altamente perigosa; ou ainda o agente trazer no momento da prática do crime uma arma aparente ou oculta; ou também quando actue em bando ou com pelo menos mais outro elemento de bando que se dedica à prática de crimes contra o património<sup>7</sup>.

Finalmente, importa referir que o nº 4 do art. 204º do CP port. Apresenta um verdadeiro contra-tipo ao dispor que não tem lugar a qualificação quando esteja em causa uma coisa furtada com valor diminuto, entendendo-se este o valor que não exceder uma unidade de conta. Assim, por exemplo, o furto de um relógio através da introdução em habitação não será qualificadose o mesmo não atingir um valor de 80 euros, o mesmo é dizer, que é furto simples, cujo procedimento criminal está dependente de queixa.

Paralelamente, se a coisa furtada não tiver sido obtida através de uma conduta (que agrave o crime) e tiver valor diminuto e destinada e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente ou seu familiar, bem como quando o ofendido é seu familiar ou afim até ao 2º grau, o crime assume natureza particular o que significa que o procedimento depende de queixa, constituição do assistente e acusação particular por parte do lesado.

### 3 – CRIME DE ROUBO

O crime de roubo, cuja moldura penal se situa entre 1 e 8 anos de prisão,<sup>8</sup> tem como característica essencial tratar-se de um crime complexo que integra duas

---

<sup>6</sup> Mas, contrariamente ao que sucede com o crime de dano, ainda se exige no caso do furtos que a coisa seja móvel e alheia.

<sup>7</sup> Tem sido discutido na doutrina e na jurisprudência se o conceito de “bando” se reconduz à noção de “associação criminosa”, p. e p. no art. 299º do CP port., parecendo defensável que a estrutura de bando ou ainda a de grupo seja mais *ad hoc*, sem as mesmas exigências de organização, estabilidade, objectivos e sentido de pertença próprias da associação.

<sup>8</sup> - Não estabelecendo o legislador, em alternativa, uma pena de multa.

componentes distintas, uma patrimonial – que se traduz na subtracção de coisa móvel alheia – e uma pessoal – que se reconduz à utilização de violência, ameaça ou colocação na impossibilidade de resistir relativamente ao sujeito passivo<sup>9</sup>. De todo o modo, a componente pessoal terá que ser anterior ou contemporânea da subtracção, sob pena de termos uma outra configuração criminosa: diversidade ou concurso de crimes (ofensa à integridade física, coacção ou ameaça e furto) ou simplesmente um outro crime (violência após a subtracção).

O tipo penal em apreço mantém como elemento típico a “ilegítima intenção de apropriação”, valendo sobre o assunto as considerações atrás expendidas.

A responsabilidade do agente pelo crime de roubo será agravada se se verificar alguma das circunstâncias qualificativas do furto (art. 204<sup>o</sup> n<sup>o</sup> 2 e 3 do CP port.); ou da violência usada resultar ofensa à integridade física grave de outrém, mesmo que produzida a título de negligência<sup>10</sup>, modelos de conduta para as quais a norma comina uma pena abstracta que oscila entre 3 e 15 anos de prisão. Acresce a situação de roubo de onde decorre a morte do sujeito passivo da acção criminosa, punindo-se com pena equivalente à do homicídio simples, não obstante os concursos que se podem estabelecer (art. 210<sup>o</sup> n<sup>o</sup> 1 e 3 + art. 131<sup>o</sup>; ou só n<sup>o</sup> 1 do 210<sup>o</sup> + 131<sup>o</sup>; ou art. 210<sup>o</sup> n<sup>o</sup> 1 + 131 e 132<sup>o</sup>).

Recuperando a ideia da não contemporaneidade da violência, ameaça ou outro meio do *modus operandi* do agente do crime de roubo, no sentido de tais meios serem usados em momento posterior à componente patrimonial (subtracção da coisa), importa referir que o legislador português concebeu um tipo penal próprio para tais situações (art. 211<sup>o</sup> CP) sob a epígrafe “violência após a subtracção”, ou seja combinando aspectos do furto (componente patrimonial) com elementos do roubo (componente pessoal), resultando o chamado “roubo impróprio”.

Este crime apresenta os seguintes elementos estruturantes:

- a) a utilização dos meios usados para a prática do crime de roubo (isto é, violência ou ameaça), contra alguém, normalmente o lesado, embora o ofendido da violência pode não coincidir com o proprietário da coisa subtraída;
- b) a ocorrência de “flagrante” delito (isto é que se está a cometer ou acabou de cometer, persistindo sinais ou objectos do crime);

---

<sup>9</sup> Note-se que, isoladamente, o elemento pessoal seria susceptível de integrar outros tipos penais, como seja, crime de ameaças, ofensa à integridade física, etc.

<sup>10</sup> O que não significa que a acção de subtrair possa ser negligente, já que o crime é, na sua estruturação (global), doloso.

- c) um crime (base) de “furto”, consumado<sup>11</sup>, quer na forma simples quer na forma qualificada, excluindo-se, desse modo, qualquer outro crime de base (designadamente, o de roubo);
- d) com a intenção de conservar ou de não restituir (as coisas);
- e) as coisas “subtraídas” e não, propriamente, apropriadas<sup>12</sup>;

A moldura penal é decalcada na do roubo, simples e qualificado.

#### 4 – CRIME DE DANO

Relativamente ao crime de dano, importa assinalar, desde logo, os modos prototípicos da conduta que se reconduzem à destruição, total ou parcial, à danificação, à desfiguração ou à inutilização da coisa.

No mais, valem também aqui grande parte das considerações tecidas a propósito dos crimes já tratados, designadamente no que tange ao objecto da acção. Com efeito, no que a este aspecto se refere, o crime de dano exige que a coisa seja alheia. No entanto, já não se torna necessário que seja móvel, o mesmo é dizer que o dano pode ocorrer em imóvel.

Ainda assim, a respeito o carácter alheio da coisa, o art. 213º do CP port. não exige que a coisa seja alheia quando se esta seja um monumento público ou esteja destinada ao uso e utilidade públicos<sup>13</sup> ou pertencente ao património cultural e legalmente classificada. Tal diferença justifica-se por o legislador relevar a dimensão do interesse público ou comunitário, operando, por essa via, uma agravação do dano. Pode até suceder que a nua propriedade dos bens danificados esteja na titularidade de pessoa, colectiva ou singular, desde que afectos ao serviço público. Tal consideração é ainda mais visível – e aparentemente paradoxal – quando trata de coisa que integra o património cultural que, apesar de poderem pertencer a particulares, a sua função social faz despoletar um lastro merecedor de protecção penal; e, por essa via, não pode excluir-se que o próprio proprietário possa incorrer na prática do crime de dano relativamente a coisa que, sendo sua, está especial e legalmente afecta ao interesse comunitário.

Com efeito, o regime jus-penal constrói a tutela do património cultural através da *desvinculação do reconhecimento do interesse e da tutela públicos* de um bem cultural relativamente à *matriz de propriedade* desse mesmo bem, como sucede com a al. d)

---

<sup>11</sup> Será mais duvidoso a forma tentada, já que o próprio preceito vincula a actuação do agente à finalidade de conservar a coisa subtraída.

<sup>12</sup> Pelo que a ocorrência de violência em dias posteriores à subtracção não integrarão o crime de roubo impróprio mas de ofensa à integridade física ou outro, para além do furto inicial, já que não estamos numa situação de flagrante delito de furto e já as coisa estarão “apoderadas” pelo agente.

<sup>13</sup> Pense-se v.g. em banco do jardim, poste de electricidade, maca de hospital, etc.

do art. 213º do CP, contrariamente ao que sucede com a al. *a*) ou com a al. *e*) do mesmo preceito (estas já incluem o elemento “alheio” na sua descrição típica) e o que sucede com os tipos penais previstos nos arts. 101º e 102º da Lei 107/2001 (LQ do Património Cultural).

Tal significará que a lei comina sanções para a destruição ou inutilização do bem, para o seu deslocamento ou para a sua exportação ilícita, *inclusive*, quando sejam levados a cabo pelo proprietário ou possuidor do bem classificado; o mesmo é dizer que se pune a inobservância das limitações ao conteúdo ou às prerrogativas do direito de propriedade. Mas a compreensão de tais limitações à propriedade (privada) do bem em causa – decorrentes da intervenção pública de classificação – assenta na ideia de que o direito de propriedade não é um direito absoluto, podendo ser condicionado, designadamente, por apelo à própria função social da propriedade e em presença de outros interesses (v.g. supra-individuais), com ela conflitantes e merecedores de tutela.

Questão diversa é a de saber se está legalmente classificada, através de acto administrativo já que este se torna condição necessária da tutela dos “bens culturais”, através do preenchimento do requisito legal do crime.

No plano subjectivo, o crime conhece apenas a forma dolosa, tendo deixado de punir-se o dano negligente.

E de forma similar ao crime de furto, valem as mesmas considerações quando se trate de dano cujo valor seja diminuto, para efeitos de desqualificar a forma agravada, bem como em matéria de natureza semi-pública e particular do crime.

## **5 – CRIME DE USURPAÇÃO DE COISA IMÓVEL E ALTERAÇÃO DE MARCOS**

Os crimes sob esta epígrafe encontram-se previstos nos arts. 215º e 216º do CP port. e apenas através de um “sentido muito impróprio”<sup>14</sup> se pode equipara ao crime de furto. Ainda assim, do que ora se trata é de uma usurpação e não de uma subtracção, como bem se compreende.

Fazem parte dos elementos do tipo, além da utilização de violência ou ameaça grave, o acto de “invadir” (densificado como acto ou efeito de penetrar ou fazer uma incursão ou entrar pela força) ou “ocupar” (no sentido de apossar-se ou tomar posse ou deter), dirigidos a *imóvel alheio*.

<sup>14</sup> Cfr. José António Barreiros, in *Crimes contra o Património*, Univ. Lusíada, 1996, p. 117.

O acto de represar (no sentido de reter ou desviar cursos ou lençóis) de água é equiparado à usurpação de imóvel.

De modo semelhante, a alteração dos marcos delimitadores da propriedade é punida também (art. 216º CP port.),

Em qualquer um dos casos, a intenção do agente é dirigida à apropriação ou constituição do direito de propriedade sobre a coisa objecto da sua actuação. Ambos os tipos penais são dolosos, têm natureza semi-pública e uma moldura penal relativamente baixa (2 anos e 6 meses, respectivamente).

## **6 – CRIME DE ABUSO DE CONFIANÇA**

O art. 205º do CP port. dispõe que “quem ilegitimamente se apropriar de coisa móvel que lhe tenha sido entregue por título não translativo da propriedade é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

O bem jurídico, neste caso, não é a posse ou detenção incólume da coisa mas, exclusivamente, a propriedade. Posto o que, créditos ou outros direitos, não sendo coisas, não são objecto de abuso de confiança; mas os documentos ou títulos que os representam já o podem ser.

Neste tipo legal, não se faz referência expressa a coisa “alheia”; no entanto, quando se alude a “(se) apropriar”, não pode deixar de ter o mesmo alcance já que não ninguém se pode apoderar de coisa que já lhe pertence.

O que importa é que haja uma apropriação, ou seja, uma transferência (de facto) de propriedade de coisa de que já se tinha a posse ou a sua disponibilidade. De resto, um locatário (havendo reserva da propriedade) pratica o crime de abuso de confiança quando passa a exercer poderes típicos de proprietários (v.g. venda, alteração da estrutura, destruição, troca, aluguer, etc.). O momento em que ocorre essa “apropriação”, por vezes, difícil de estabelecer na prática, há-de operar-se por referência a actos concludentes da intencionalidade do agente em actuar a título diverso daquele (precário) em que assentava a sua disponibilidade da coisa.

Mais controvertida é a questão de saber se quando a coisa pertence, no plano do Direito civil, em parte ao agente da infracção e em parte a outrem, aquele comete o crime de abuso de confiança. Sobre tal aspecto, importa distinguir os casos de *compropriedade* – em que existem quotas de propriedade individual, tendencialmente iguais se nada se disser em contrário – e *propriedade ou comunhão*

*de mão comum* (v.g. bens do casal; sociedade ou associação sem personalidade, ou patrimónios colectivos) em que o direito de propriedade cabe por inteiro a cada uma das pessoas titulares. Assim, na prática, em termos penais, no primeiro caso, só haverá crime de abuso de confiança se e na medida em que a coisa “apropriada” exceda a quota de que o agente era titular; e no segundo caso, só haverá crime de abuso de confiança depois de efectuada a divisão (qualquer que seja a proporção).

O crime conhece formas agravadas em razão do valor, elevado ou consideravelmente elevado, ou da qualidade de “depositário”, por força de emprego, ofício, profissão ou tutor ou outro encargo judicial, elevando-se a pena de 3 para 5 ou 8 anos de prisão no seu limite máximo.

Uma vez mais, o crime só conhece a forma dolosa, a tentativa é punível e, na forma simples, tem natureza semi-pública ou mesmo particular (em caso de valor diminuto ou quando os lesados são parentes ou afins).

## 7 – CRIME DE BURLA

Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 217º do Código Penal português “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, por meio de erro ou engano sobre factos que astuciosamente provocou, determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou causem a outra pessoa, prejuízo patrimonial é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

Acrescenta o nº 2 do mesmo artigo que “a tentativa é punível”<sup>15</sup>, enquanto o nº 3 do mesmo normativo dispõe que “o procedimento criminal depende de queixa”, ou seja, estamos perante um crime semi-público.

Por sua vez, dispõe o nº 4 do mesmo normativo que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º”, assim conferindo relevo à restituição ou reparação<sup>16</sup>, atribuindo natureza particular ao crime em determinados casos<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Note-se que a não existir esta disposição a tentativa de burla não seria punível, atenta moldura penal cominada no nº 1 e o disposto no artigo 23º, nº 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

<sup>16</sup> Na verdade, dispõe o nº 1 do artigo 206º que “quando a coisa furtada ou ilegítimamente apropriada for restituída, ou tiver lugar a reparação integral do dano causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada”, adiantando o nº 2 do mesmo normativo que “se a restituição ou reparação forem parciais, a pena pode ser especialmente atenuada”. Naturalmente que havendo lugar á atenuação especial da pena se devem seguir os critérios fixados no artigo 73º do Código Penal.

<sup>17</sup> Efectivamente, resulta da alínea a) do artigo 207º que “o procedimento criminal depende de acusação particular se o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges”.

Conforme resulta da própria estrutura do tipo, são os seguintes os elementos constitutivos do crime de burla:

- intenção de obter para si ou para terceiro um enriquecimento ilegítimo;
- uso de erro ou engano sobre factos, astuciosamente provocado;
- para determinar outrem à prática de actos que lhe causem, ou a terceiro, prejuízo patrimonial.

No que tange ao elemento “intenção de obter um enriquecimento ilegítimo”, resulta nítida a conclusão de que o agente do crime de burla tem de visar obter, para si próprio ou para terceiro, um enriquecimento não devido, referindo Simas Santos e Leal-Henriques que “esse enriquecimento ilegítimo pode ocorrer por diversas formas: mediante um aumento patrimonial dos bens de terceiro ou do agente (v.g. o agente, usando o conto do vigário, obtém a entrega de dinheiro por parte do burlado); mediante uma diminuição do passivo patrimonial do agente ou de terceiro (o agente leva outrem a satisfazer uma dívida sua, persuadindo-o que lhe pertencia satisfazê-la); mediante a poupança de despesas, que são satisfeitas pelo lesado (o agente, devedor de alimentos a outrem, leva o sujeito passivo a satisfazer esses alimentos no convencimento de que é ele o titular dessa obrigação alimentar)”<sup>18</sup>. Essencial é, sempre, que o enriquecimento obtido não corresponda, objectiva ou subjectivamente, a qualquer direito.

Já no que concerne ao elemento “uso de erro ou de engano, astuciosamente provocado”, importa realçar que aqui tanto cabe a mentira que provoca no lesado uma falsa representação da realidade, sendo essa mentira intencionalmente utilizada pelo agente do crime como forma de provocar essa “ilusão” no lesado, como também caberão as situações em que o agente dolosamente se silencia, aproveitando uma situação de erro (da qual, ele agente, bem se apercebe) preexistente por parte do lesado (ou seja, nestes casos o agente, não obstante se aperceber do erro já existente, causa a sua persistência, prolonga-o, assim obstando a que a vítima saia daquele engano)<sup>19</sup>.

No que se refere ao elemento “prática de actos que causem um prejuízo patrimonial”, importa referir que deve existir uma perfeita e sucessiva relação de causa-efeito entre a conduta enganosa ou astuciosa e a prática de actos que causem, ao enganado ou a um terceiro, um efectivo prejuízo patrimonial, e se

---

<sup>18</sup> *Código Penal Anotado*, 2º Volume, Editora Rei dos Livros, 1996, pp. 539/540.

<sup>19</sup> Neste mesmo sentido veja-se, a título meramente exemplificativo, o Acórdão da Relação do Porto, de 5 de Março de 1986, *in BMJ* nº 355, pag. 433, no qual se lê que “para que se verifique o crime de burla... não é necessário que o erro ou engano sejam provocados por um comportamento activo do agente, por palavras ou actos, podendo também ser provocados por um comportamento passivo”.



normalmente existe uma relação de correspondência entre o valor do aumento patrimonial obtido pelo agente do crime (para si ou para terceiro) e o valor do prejuízo causado (à vítima ou a terceiro) bem pode acontecer, também, que tais valores não sejam equivalentes, nomeadamente sendo superior o prejuízo causado.

Note-se, também, que é perfeitamente possível que a pessoa enganada não seja a mesma pessoa que sofre o prejuízo patrimonial, assim devendo ser considerada vítima, ou sujeito passivo, em tais casos, a pessoa que efectivamente suporta o prejuízo patrimonial.

Conforme resulta da própria estrutura do tipo, o crime de burla é um crime doloso, sendo a negligência afastada pela exigência do próprio tipo de que o erro ou engano sejam astuciosamente causados, e é um crime de resultado danoso, que só se consuma com a ocorrência de um prejuízo efectivo no património do sujeito passivo da infracção ou de terceiro. Igualmente claro se torna que a burla é um *crime de execução vinculada*, em que a lesão do bem jurídico tem de ocorrer por via da “utilização de um comportamento enganoso tendente a induzir outra pessoa num erro que, por seu turno, a leva a praticar actos de que resultam prejuízos patrimoniais próprios ou alheios”<sup>20</sup>.

A norma em referência corresponde, no essencial, ao artigo 313º na versão de 1982, embora seja de destacar que a punição é distinta: actualmente é cominada pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, quando anteriormente apenas era prevista pena de prisão até 3 anos.

Em matéria de burla qualificada, dispõe o nº 1 do artigo 218º do Código Penal que “quem praticar o facto previsto no nº 1 do artigo anterior é punido, se o prejuízo patrimonial for de valor elevado, com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias”.

Já de harmonia com o nº 2 do mesmo normativo, a pena é a de prisão de 2 a 8 anos se:

- a) o prejuízo patrimonial for de valor consideravelmente elevado;
- b) o agente fizer da burla modo de vida; ou
- c) a pessoa prejudicada ficar em difícil situação económica.

Por sua vez, dispõe o nº 3 do mesmo normativo que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º”, ou seja (e à semelhança do que sucede com o “crime base”) é dado relevo à restituição ou reparação<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. A. M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 293.

<sup>21</sup> Situações que conduzem ou podem conduzir à atenuação especial da pena, que, a ter lugar, deve ser efectuada tendo em atenção o regime fixado no artigo 73º do Código Penal.

Já no que concerne ao conceito de *burla como modo de vida* o critério legal aponta no sentido, para que esta qualificativa se torne operante, de que o agente do crime se deve dedicar, se não de forma profissional, pelo menos de forma habitual ao crime de burla, ou seja, corresponderá, de alguma aos casos em que o agente “vive de expedientes”, assim se entregando de forma habitual à burla.

Neste sentido, e a propósito de idêntica qualificativa relativa ao crime de furto (cfr. al. h) do nº 1 do art. 202º), refere Faria Costa que “... não é absolutamente preciso que o delinquente se dedique, de jeito exclusivo, aos furtos para que se possa dizer que dessa prática faz modo de vida. Bem pode ter uma profissão socialmente visível – o que não poucas vezes até facilita a actividade ilícita que se realiza às ocultas – e, mesmo assim, poder considerar-se que a série de furtos que pratica seja determinante para que se possa concluir que ele disso – isto é, desse pedaço da vida – faça também um modo de vida”<sup>22</sup>.

Quanto à circunstância referida na alínea c) do nº 2 do artigo em referência, isto é, quando a pessoa prejudicada ficar em *difícil situação económica* importa realçar que, em tais casos, mais que o montante da burla em si (ou melhor, mais que o montante do prejuízo abstracto provocado) importa é a concreta situação patrimonial da pessoa prejudicada, analisando tal situação antes e depois do prejuízo sofrido, pois bem pode acontecer que uma burla de montante abstracto diminuto seja, em concreto e atenta a anterior precária situação económica da pessoa prejudicada, “dramática”.

Confrontando o actual regime com a versão de 1982, verifica-se que o nº 2 do artigo em apreço corresponde ao anterior artigo 314º (*Burla agravada*), sendo novo o actual nº 1; na verdade, a actual técnica legislativa traduz-se na consagração de um crime de burla simples (artigo 217º), de um crime de burla qualificada (artigo 218º, nº 1) e de um crime de burla especialmente qualificada (artigo 218º, nº 2). Refira-se, também, que a pena actualmente cominada no nº 2 do artigo 218º é distinta nos seus limites mínimo (dois anos de prisão) e máximo (prisão até 8 anos) da cominada no anterior artigo 314º (prisão de 1 a 10 anos).

Ainda em sede do crime de burla, emerge, com naturais especificidades, a “burla informática e nas comunicações. Nos termos do disposto no nº 1 do artigo 221º<sup>23</sup> do Código Penal “quem, com intenção de obter para si ou para terceiro enriquecimento ilegítimo, causar a outra pessoa prejuízo patrimonial, interferindo no resultado de tratamento de dados ou mediante estruturação incorrecta de

---

<sup>22</sup> Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 71.

<sup>23</sup> Cfr. redacção resultante da Lei nº 65/98, de 2 de Setembro, que alterou também a epígrafe deste artigo.

programa informático, utilização incorrecta ou incompleta de dados, utilização de dados sem autorização ou intervenção por qualquer modo não autorizada no processamento, é punido com pena e prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

De harmonia com o nº 2 do normativo em referência, “a mesma pena é aplicável a quem, com intenção de obter para si ou para terceiro um benefício ilegítimo, causar a outrem prejuízo patrimonial, usando programas, dispositivos electrónicos ou outros meios que, separadamente ou em conjunto, se destinem a diminuir, alterar ou impedir, total ou parcialmente, o normal funcionamento de serviços de telecomunicações”.

Dispõe o nº 3 do mesmo normativo que “a tentativa é punível”<sup>24</sup>, sendo que, de harmonia com o estatuído no respectivo nº 4, os crimes acima referidos têm natureza semi-pública, pois que “o procedimento criminal depende de queixa”.

Nos termos do nº 5 do mesmo artigo “se o prejuízo for:

- a) de valor elevado, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias;
- b) de valor consideravelmente elevado, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”.

Por sua vez, dispõe o nº 6 da mesma norma que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206”<sup>25</sup>, ou seja, também aqui é dado relevo à restituição ou reparação<sup>25</sup>.

Analisando o preceito ora em apreço, verifica-se que o mesmo contempla dois delitos distintos: o crime de burla informática (cfr. nº 1) e o crime de burla nas comunicações (cfr. nº2, aditado ao preceito original pela Lei nº 65/98, de 2 de Setembro).

Em relação ao crime de burla informática impõe-se afirmar que apesar de o nº 1 conter um elenco de condutas aparentemente “tabelador” das actuações que poderiam ser subsumidas a este tipo de crime, verifica-se que tal enunciação é meramente exemplificativa em resultado da referência à “intervenção por qualquer outro modo não autorizada no processamento”, constante da parte final daquela enumeração.

---

<sup>24</sup> Note-se que a não existir esta disposição a tentativa de burla não seria punível, atenta moldura penal cominada nos nºs 1 e 2 e o disposto no artigo 23º, nº 1, segundo o qual “salvo disposição em contrário, a tentativa só é punível se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão”.

<sup>25</sup> Situações que conduzem ou podem conduzir à atenuação especial da pena, que, a ter lugar, deve ser efectuada tendo em atenção o regime fixado no artigo 73º do Código Penal.

Paralelamente, e ao contrário do tipo base de burla, nestes casos o agente não provoca nenhum engano que leva o sujeito passivo ou a vítima à prática de actos de diminuição patrimonial, sendo que a burla informática se caracteriza por consistir num “atentado directo ao património, i.e., num processo executivo que não contempla, de permeio, a intervenção de qualquer outra pessoa e cuja única peculiaridade reside no facto de a ofensa ao bem jurídico se observar através da utilização de meios informáticos”<sup>26</sup>.

Por sua vez, e já no que tange ao crime de burla nas telecomunicações verifica-se que o mesmo prescinde também de qualquer intervenção do sujeito passivo ou do lesado, resultante de erro provocado pelo agente, assim praticando actos que lhes causem (ao sujeito passivo ou ao lesado) um prejuízo patrimonial. Também nestes casos, na verdade, é a conduta do agente que directa e isoladamente (através de uma das formas enunciadas no tipo ou através de qualquer outro meio, atenta a expressão “outros meios que, separadamente ou em conjunto... se destinem a ...”) releva, na medida em que ele é o único “dominus” do processo executivo, sendo a vítima, as mais das vezes, confrontada com o resultado da conduta do agente apenas no momento em que este se produz.

Note-se também que – à semelhança, aliás, do que sucede com o crime de burla informática em que igualmente se requer a intenção de obter (para o agente ou para terceiro) um enriquecimento indevido – o crime se consuma quando se verifica o prejuízo da vítima, independentemente da efectiva verificação do benefício económico do agente ou de terceiro.

O preceito ora em apreço não tinha correspondência no texto anterior.

## 8 – FRAUDE NA OBTENÇÃO DE SUBSÍDIO

Um outro tipo penal que apresenta uma dinâmica comissiva com recurso a métodos fraudulentos é o previsto no art. 36º nº 1 al. a), b) e c) do DL nº 28/84, de 20-01, quando dispõe que incorre na prática do crime de fraude na obtenção de subsídio ou subvenção “quem *obtiver* subsídio ou subvenção:

- a) *fornecendo* às autoridades ou entidades competentes informações inexactas ou incompletas sobre si ou terceiros e relativas a factos importantes para a concessão do subsídio ou subvenção;

---

<sup>26</sup> Cfr. A. M. Almeida Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 330.

- b) *omitindo*, contra o disposto no regime legal da subvenção ou do subsídio, informações sobre factos importantes para a sua concessão;
- c) *utilizando* documento justificativo do direito à subvenção ou subsídio ou de factos importantes para a sua concessão, obtido através de informações inexactas ou incompletas”.

Questão discutível é a do momento da consumação.

No entendimento que perfilho, o plano inicial consubstanciado na candidatura (pedido) à obtenção do subsídio pode não ser suficiente para a verificação do crime de fraude na obtenção de subsídio. O momento de *consumação* deste crime, enquanto crime de resultado danoso, verifica-se com a *obtenção do “saldo”* na sequência dos respectivos pedidos de pagamento, isto é, com a disponibilização efectiva dos fundos – quando a entidade pagadora “abre mão do valor” –, circunstancialismo que ocorreu depois de o arguido Raimundo Narciso ter deixado de exercer qualquer actividade relevante no âmbito da empresa e do projecto em causa.

Com efeito, a consideração de o *momento* da consumação do crime se verificar ao tempo do pagamento do saldo, na sequência de pedido endereçado para aquele fim, dispõe, em seu abono de uma argumentação que se me afigura consentânea com o teor da lei e sufragada por reputada orientação jurisprudencial.

Desde logo, contrariamente à lei alemã - inspiradora da lei portuguesa - onde se pune “aquele que, com vista à obtenção de um subsídio, *fornecer ...*”, no aludido tipo legal português pune-se “quem *obtiver* subsídio, fornecendo ...”. Esta diferença do verbo de acção que pauta a respectiva estrutura típica é deveras pertinente para a determinação do *acto* e do *momento* que consubstancia a consumação do crime: o “fornecimento” (ou omissão, quando devia fornecer) de documentação, no caso alemão; a “obtenção” de subsídio (baseada na apresentação de documentos), no segundo caso.

Em sentido divergente aponta ainda o resultado hermenêutico do confronto daquele tipo legal português com o preceito do art. 37º. nº 1 do mesmo diploma que comina a prática do crime de “desvio” de subvenção, subsídio ou crédito bonificado a “quem *utilizar* prestações obtidas a título de subvenção ou subsídio para fins diferentes daqueles a que legalmente se destinam”.

Naturalmente, o modo e o momento de violação do interesse tutelado pelos preceitos em apreço (art. 36º e 37º) não coincidem: no que concerne ao primeiro, o momento em que se situa a violação do bem jurídico tutelado ocorre com a *obtenção* do subsídio, através do recurso à fraude; no segundo caso, o momento da violação verifica-se com a *utilização* ou aplicação do subsídio em desrespeito pela finalidade a que o mesmo se destinava.

É certo que o bem jurídico tutelado em qualquer destes tipos penais é o da correcta aplicação de fundos (públicos) enquanto instrumento fundamental da conformação da economia pelo Estado<sup>27</sup>.

Acresce que a estruturação típica destes crimes, no plano da danosidade social, consubstancia um crime de resultado lesivo (dano), como também salientam F. Dias e Costa Andrade, entre muitos outros autores e decisões jurisprudenciais.

Logo, sabendo ainda que se trata de crime de execução vinculada, o momento da consumação não pode ocorrer antes de verificada a lesão do bem jurídico (antes de verificado o prejuízo na esfera patrimonial da autoridade detentora /gestora dos fundos em causa) através de mecanismos que integrem os modelos de condutas tipificadas nas alíneas do n.º 1 do art. 36.º referido. O mesmo é dizer que só nessa altura se cumpriu o *iter* causal típico do crime.

Ora, o procedimento habitualmente adoptado, também seguido no caso em apreço nestes autos, consistia em a entidade que se candidata à concessão de subsídio: num momento inicial, apresentar o projecto de acção a realizar, acompanhada de uma estimativa dos custos e documentação de suporte do respectivo pedido, cuja aprovação podia conduzir, desde logo, a um adiantamento de 50% do valor total do subsídio a conceder; num momento posterior, eventualmente, no decurso da acção, entregar documentação comprovativa de custos realizados e pedido de libertação de uma segunda “tranche”; num último momento, entregar documentação justificativa de custos realizados e pedido de libertação do pagamento de “saldo”, demandando esse acto a verificação de elegibilidade de custos e, quando regular, a libertação dos fundos.

Assim, o momento de apresentação da candidatura parece conduzir a uma mera aprovação provisória ou condicionada de libertação de fundos, já que esta fica sempre dependente da apresentação de documentação justificativa e regular das despesas realizadas com a acção e da inerente pedido de pagamento de saldo.

Por outro lado, a decisão de concessão de subsídio ainda se não mostra consolidada – porque sujeita à verificação da condição de execução material e financeira do projecto aprovado, bem como à inerente comprovação de custos –, porquanto, em caso de suspeita de irregularidades, a decisão mais curial da entidade financiadora é a de suspender a entrega da percentagem restante dos fundos e até de solicitar a devolução das quantias já entregues.

---

<sup>27</sup> F. Dias e C. Andrade, “Sobre os Crimes de Fraude na Obtenção de Subsídio ou Subvenção e de Desvio de Subvenção, Subsídio ou Crédito Bonificado, in *Rev.ª Port.ª de C.ª Criminal*, Ano IV, Jul-Set, 1994, Coimbra Edt.ª; Ac. RC. de 1994-04-27.

De resto, em boa verdade, só com a comprovação de despesas e pedido de “saldo” se pode avaliar, em definitivo, se houve ou não recurso à fraude, através de inexactidões, omissões ou falsidades sobre factos importantes para a concessão do subsídio (realização efectiva das acções, correcta execução financeira, cumprimento das obrigações a que o promotor estava vinculado, etc.) – determinantes da decisão de encerramento do projecto e da libertação da parte restante do subsídio.

Assim, apesar da existência de mais do que um momento distinto no plano global de obtenção de subsídio, trata-se sempre e apenas de um único crime, visto que a resolução criminosa é também única (ainda que actualizada e dirigida a cada pedido de pagamento) e que tem tradução, no plano material, na fraude através de inexactidões, omissões ou falsidades que convencem e determinam a entidade pública a proceder à concessão efectiva dos fundos. Até porque o pedido de pagamento de saldo tem também por finalidade justificar custos das acções que integram o projecto, relativos ao montante do subsídio já adiantado e (também) correspondentes à parte do financiamento ainda não obtido.

Acresce que, por vezes, apesar de o montante global concedido não ter sido (indiciariamente) utilizado no fim a que se destinava, mostrando-se também preenchido o crime previsto no referido art. 37º, por se tratar do mesmo bem jurídico protegido, subsiste uma relação de consunção entre os crimes de fraude e de desvio de subsídio, cuja resolução demanda a aplicação do primeiro dos tipos penais aludidos.

Nesta conformidade, sobre as condutas, circunscritas ao momento inicial da preparação e execução da “campanha”, não é possível assacar, sem outros elementos objectivos que corroborem, claramente, uma tentativa acabada, através da participação num plano de não cumprimento de contratos, de “sobrefacturação”, de emissão de documentação antecipada / falsa e sem regularidade fiscal e contabilística, etc., para efeitos de uma imputação objectiva. Ou seja, não está suficientemente demonstrado que qualquer dos arguidos leva a cabo uma (co-) actuação determinante da inexecução do conteúdo e objectivos do projecto, da preparação da documentação comprovativa de custos e do pedido de pagamento de saldo.

O mesmo é dizer que, conhecendo, porventura, uma resolução criminosa, qualquer destes dois arguidos procede a uma auto-exclusão do processo causal, deixando de dispor do “domínio do facto”, quer na componente de “domínio da acção” (não executa a conduta típica), quer de “domínio da vontade” (não determina as escolhas e actuações da gerência e dos administrativos), quer de “domínio funcional” (deixa de ser “trabalhador” da firma enquanto estrutura organizacional).

## 9 – ABUSO DE CARTÃO DE GARANTIA OU DE CRÉDITO E TÍTULOS EQUIPARADOS A MOEDA

O art. 225º do Código Penal português dispõe que “quem, abusando da possibilidade, conferida pela posse de cartão de garantia ou de crédito, de levar o emitente a fazer um pagamento, causar prejuízo a este ou a terceiro é punido com pena de prisão até 3 anos ou com pena de multa”.

De harmonia com o disposto no nº 2 do mesmo artigo “a tentativa é punível”, tendo o crime em análise natureza semi-pública, pois que o nº 3 da norma em referência dispõe que “o procedimento criminal depende de queixa”.

Por sua vez, dispõe o nº 4 do mesmo normativo que “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º e na alínea a) do artigo 207º”, assim conferindo relevo à restituição ou reparação<sup>28</sup>, e atribuindo natureza particular ao crime em determinados casos<sup>29</sup>.

Nos termos do nº 5 da mesma norma “se o prejuízo for:

- a) de valor elevado<sup>30</sup>, o agente é punido com pena de prisão até 5 anos ou com pena de multa até 600 dias;
- b) de valor consideravelmente elevado<sup>31</sup>, o agente é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos”,

sendo que a tais casos “é correspondentemente aplicável o disposto no artigo 206º”, conforme estatui o nº 6 da norma em referência, ou seja também a restituição ou reparação podem relevar.

---

<sup>28</sup> O nº 1 do artigo 206º dispõe que “quando a coisa furtada ou ilegitimamente apropriada for restituída, ou tiver lugar a reparação integral do dano causado, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada”, adiantando o nº 2 do mesmo normativo que “se a restituição ou reparação forem parciais, a pena pode ser especialmente atenuada”. Naturalmente que havendo lugar á atenuação especial da pena se devem seguir os critérios fixados no artigo 73º do Código Penal.

<sup>29</sup> Efectivamente, resulta do artigo 207º que “o procedimento criminal depende de acusação particular se o agente for cônjuge, ascendente, descendente, adoptante, adoptado, parente ou afim até ao 2º grau da vítima, ou com ela viver em condições análogas às dos cônjuges” – cfr. alínea a) – ou se “a coisa furtada ou ilegitimamente apropriada for de valor diminuto e destinada a utilização imediata e indispensável à satisfação de uma necessidade do agente ou de outra pessoa mencionada na alínea a)” – cfr. alínea b). Referindo-se a lei ao conceito de “valor diminuto”, verifica-se que o mesmo corresponde àquele que “não exceder uma unidade de conta avaliada no momento da prática do facto”, nos termos do disposto na alínea c) do artigo 202º.

<sup>30</sup> De harmonia com o disposto na alínea a) do artigo 202º, considera-se *valor elevado* aquele que exceder 50 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto.

<sup>31</sup> De harmonia com o disposto na alínea b) do artigo 202º, considera-se *valor consideravelmente elevado* aquele que exceder 200 unidades de conta avaliadas no momento da prática do facto.



Analisando o crime ora em referência verifica-se que o mesmo exige a *posse* de um cartão de garantia ou de crédito, assim importando precisar estes conceitos: se o *cartão de garantia*, na sua versão originária, é um cartão que, apresentado conjuntamente com um cheque, garante o efectivo pagamento deste pela entidade sacada, ou seja, é um cartão que cauciona a utilização de cheques pelo seu titular<sup>32</sup>, já o *cartão de crédito* é aquele que permite ao seu titular “adquirir bens e serviços cujo pagamento é assegurado pela actuação intermediadora do emissor que se substitui junto do comerciante, e cujo reembolso é diferido, podendo eventualmente ser escalonado em prestações mensais mediante o pagamento de juros”<sup>33</sup>.

Essencial é, pois, que o agente do crime tenha a posse de qualquer um desses cartões, assim abusando da possibilidade que tem de levar o respectivo emitente a fazer um pagamento – desta forma o crime em apreço é um crime comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, quer essa pessoa seja o titular do cartão, quer seja uma pessoa que, legítima ou ilegítimamente, o possua.

Assim sendo, e pressupondo o crime em análise que o agente, possuidor de cartão de garantia ou crédito “abuse da possibilidade de levar a entidade emitente a fazer um pagamento”, importa distinguir os casos em que tal conduta é levada a cabo pelo legítimo possuidor daquele(s) cartão(ões) dos casos em que é perpetrada por uma outra pessoa. Assim, e na primeira das situações ora referidas verificar-se-á, desde logo, a violação das regras acordadas entre a instituição emitente quando da emissão daquele cartão e o agente do crime, sendo pois, essencial aferir as condições constantes do contrato de emissão para se aferir se a situação em apreço constitui, ou não, uma situação de “abuso”. Já nos casos em que o agente do crime não é o titular daquele cartão (de garantia ou de crédito), e não é igualmente uma pessoa por este autorizada (mesmo contra as regras do contrato de emissão<sup>34</sup>) a

<sup>32</sup> Importa referir que o valor dos cheques que a instituição emitente do cartão de garantia se obriga a pagar é pré-determinado no contrato de emissão, assim podendo ser (e sendo, efectivamente) variável em função do “perfil comercial” do respectivo cliente; como nota curiosa refira-se que a redacção inicialmente proposta para este artigo falava em “cartão de cheques” e não “cartão de garantia” – cfr. *Código Penal - Actas e Projecto da Comissão de Revisão*, Ministério da Justiça, Rei dos Livros, Acta nº 39, pag. 450.

<sup>33</sup> Cfr. Joana de Vasconcelos, in “Revista de Direito e de Estudos Sociais”, apud J. M. Damião da Cunha no *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 375/377.

<sup>34</sup> Situação que ocorrerá, normalmente, no âmbito das *relações familiares* (ou mais restritivamente, em certos casos de *relações de confiança*), e que pese embora constitua uma violação das regras do contrato de emissão do cartão (que, por via de regra, estipulam que o mesmo é *pessoal e intransmissível*) não serão subsumíveis ao crime em apreço, pois que, de facto, não haverá abuso e muito menos prejuízo patrimonial, (pois que, em princípio e no que concerne ao cartão de crédito, o titular do cartão honrará o pagamento dos valores em causa); caso assim não suceda, ou seja, caso a pessoa em questão extravase os direitos correspondentes à posse daquele(s) cartão(ões), a solução tem de seguir as mesmas regras a que o respectivo titular se encontra sujeito.

utilizar o cartão – situação recorrente, por exemplo, quando do furto ou roubo do cartão – tal situação corresponderá, muitas vezes, à prática de um crime de burla, referindo a este propósito Damiano da Cunha que “... uma vez que a redacção típica do art. 225º é menos exigente que a do crime de burla (aliás, esta foi uma das razões para a sua criação) parece claro – a despeito da identidade do regime punitivo – que toda a conduta abusiva de utilização do cartões de crédito ou de garantia deve, em princípio, ser subsumida ao presente artigo que, neste sentido, constitui uma *lex specialis* em relação ao crime de burla”<sup>35</sup>.

Importa ainda realçar que, para que se verifique o crime aqui em apreço, é necessário que do abuso resulte um prejuízo – patrimonial – para a entidade emitente ou para um terceiro. Note-se que quando o abuso for cometido pelo legítimo titular do cartão, o prejuízo será, à partida, da respectiva entidade emitente (banco ou entidade financeira, na grande maioria dos casos). Todavia, quando a conduta típica for levada à prática por um terceiro, esse prejuízo tanto poderá ser da mesma entidade, como do comerciante perante o qual o cartão foi (abusivamente) utilizado, como do próprio titular do cartão, aqui sendo determinantes as próprias regras constantes do respectivo contrato de emissão (nomeadamente as respeitantes às obrigações de comunicação de extravio); a este propósito importa também referir que tendo já muitos cartões de crédito associados um seguro que garante os pagamentos efectuados nos casos, por exemplo, de extravio, furto ou roubo, bem pode acontecer que o prejuízo seja, afinal, suportado por uma outra entidade que as anteriormente referidas, isto é, pela seguradora respectiva – sublinhe-se que, ainda nestes casos e pese embora tais seguros sejam frequentemente efectuados por uma seguradora pertencente ao grupo financeiro em que se integra a entidade emitente do cartão, nítido é que a seguradora em questão constitui uma pessoa jurídica distinta e autónoma da entidade emitente do cartão.

Retenha-se finalmente que, conforme resulta do exposto, o crime em referência é um crime de resultado danoso.

## **10 – CRIME DE RECEPÇÃO E DE AUXÍLIO MATERIAL**

Estes crimes promovem uma tutela penal subsidiária relativamente a outros crimes, visando estabelecer uma contenção do circuitos dos materiais (*res*) obtidos por crimes assinalados.

Decisivo é que o produto dos crimes que se encontram na base, quer no caso da recepção quer no do auxílio material, diga respeito a crimes contra o património e não outros.

---

<sup>35</sup> Cfr. *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pag. 381.

No mais não conhecem especialidades inultrapassáveis, verificando-se os aspectos em geral assinalados acerca de outro crimes.

## 11 – CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

A Lei nº 11/2004, de 27 de Março<sup>36</sup>, estabelece o novo regime de prevenção e de repressão do branqueamento de capitais, cuja incriminação passa a constar do artigo 368º-A do Código Penal (revogando o artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, o D.L. 313/93, de 12 de Janeiro e o D.L. 325/95, de 2 de Dezembro).

Antes de mais, importa fazer uma breve alusão aos principais traços caracterizadores do fenómeno designado por branqueamento de capitais<sup>37</sup>.

Numa perspectiva meramente operativa, o branqueamento de capitais traduz-se no “*processo de ocultação de bens de origem delituosa* de forma a dar-lhes uma aparência final de legitimidade”, como bem refere Isidoro Blanco Cordero<sup>38</sup>, concluindo pela definição de que se trata de um “*processo através do qual os bens de origem delituosa se integram no sistema económico legal, com a aparência de terem sido obtidos de forma lícita*”<sup>39</sup>.

Em idêntico sentido pronuncia-se Juana Del Carpio Delgado<sup>40</sup>, para quem o branqueamento, lavagem ou reciclagem de bens, de capitais ou simplesmente de dinheiro, é “*todo o processo através do qual se procura ocultar a origem criminosa dos bens para poder incorporá-los na circulação ou tráfico económico*”.

Também Diego J. Gómez Iniesta<sup>41</sup> define o branqueamento de bens ou capitais como “*aquela operação através da qual o dinheiro, de origem sempre ilícita (procedente*

<sup>36</sup> Cfr. Diário da República, nº 74, Série I-A, Lei essa rectificada pela Decl. nº 45/2004 (DR nº 132, I Série-A, de 5 de Junho de 2004), e alterada pela Lei nº 27/2004, de 16 de Julho.

<sup>37</sup> Para uma melhor concretização deste fenómeno, vejam-se, entre outros, Jorge Dias Duarte, *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro e a normativa internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2002, Jorge Fernandes Godinho, *Do crime de «branqueamento de capitais. Introdução e tipicidade*, Almedina, Coimbra, 2001, assim como Nuno Brandão, *Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra Editora, 2002.

<sup>38</sup> *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997, pag. 99 a 101.

<sup>39</sup> À semelhança da definição adoptada em 1984 pela então Comissão Presidencial dos EUA sobre Criminalidade Organizada, segundo a qual o branqueamento é “o processo através do qual se esconde a existência, a fonte ilegal ou a utilização ilegal de proveitos, e depois se disfarçam esses proveitos de forma a dar-lhes a aparência de legítimos” – cfr. *President’s Commission on Organized Crime, “The Cash Connection: Organized Crime, Financial Institutions, and Money Laundering. Interim Report to the President and the Attorney General”*, Washington D.C., 1984.

<sup>40</sup> *El Delito de Blanqueo de Bienes en El Nuevo Código Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Tirant Monografias, 1997, pag. 24.

<sup>41</sup> *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Penal*, Barcelona, Cedecs, 1996, pag. 21.

de ilícitos que revestem especial gravidade), é investido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos económico-financeiros legais, incorporando-se em qualquer tipo de negócio como se tivesse sido obtido de forma lícita”, afirmando ainda que o objecto da acção do ilícito tanto é o dinheiro em espécie como os bens que tenham sido adquiridos com o mesmo, sejam móveis ou imóveis.

Assim, é de considerar que existe uma íntima ligação entre a prática de um crime – v.g. tráfico de estupefacentes – e a necessidade de dissimular ou ocultar a efectiva proveniência dos proveitos económicos com o mesmo obtidos, sendo que tal necessidade serve basicamente *dois fins*:

- “apagar o rasto” deixado pelo dinheiro<sup>42</sup> ou outros meios de fortuna gerados por esse crime, o qual poderia permitir fazer a ligação dos mesmos com o respectivo autor, e
- colocar o dinheiro e/ou bens “a salvo” das investidas das autoridades – judiciárias e/ou policiais – pois que os mesmos podem ser alvo de apreensão, assim se visando também manter meios que, no limite, serão novamente reinvestidos na actividade criminosa que inicialmente os gerou.

As Nações Unidas vêm corroborando a ideia de que o branqueamento de dinheiro é um processo *dinâmico*, constituído por *três etapas*, que supõe, primeiramente, a dissociação dos proveitos económicos da infracção de cuja prática resultam; em segundo lugar, o apagar do respectivo rasto para iludir as investigações; e, finalmente, a sua recuperação pelo criminoso, já após ter sido dissimulada a sua origem económica e geográfica.

Esta definição aproxima-se, assim, da que é adiantada pelo GAFI<sup>43</sup>, que distingue, no processo de branqueamento, as seguintes fases:

- *colocação*, (ou “placement state”), consistente na introdução de dinheiro líquido – capitais de proveniência criminosa – na actividade económica regular ou legal, ou na sua transferência para fora do país onde é gerado;

---

<sup>42</sup> Em particular, “dinheiro” por tal ser a primeira e a mais usual das vantagens obtidas com a prática das infracções criminais subjacentes ao branqueamento de capitais.

<sup>43</sup> Grupo de Acção Financeira Internacional instituído na “Cimeira de Paris dos Sete Países Mais Desenvolvidos”, reunida em Julho de 1989, e em que participaram os Chefes de Estado ou do Governo dos EUA, Japão, da então RFA, França, Inglaterra, Itália e Canadá e a Presidência da Comissão das Comunidades Europeias, e os quais, atentas as dimensões atingidas a nível mundial pelo fenómeno da droga, decidiram criar uma instituição encarregue de “reflectir sobre os meios de luta contra a reciclagem de capitais resultantes do tráfico de droga, inventariando os resultados da cooperação já existente na prevenção da utilização do sistema bancário e das instituições financeiras na reciclagem de capitais e estudando medidas a adoptar, de forma a melhorar e potenciar a ajuda judiciária mútua”, e que é também conhecido pela denominação *Financial Action Task Force*, a que corresponde a sigla *FATF*.

- *circulação*, também chamada por vezes de acumulação, (“*empillage*”), ou ainda “*estratificação*”, (“*layering stage*”), e que consistirá na dissociação dos fundos da respectiva origem, criando estruturas de cobertura mais ou menos complexas, isto é, recorrendo a sucessivas camadas (“*layers*”) de transacções financeiras para ocultar ou mesmo apagar o rasto da proveniência dos bens ou fundos, e
- *integração* (ou “*integration*”), que consiste na reintrodução dos fundos e capitais já “*branqueados*” nos circuitos económicos e financeiros normais, pois que aqueles aparentam já uma plena legalidade.

Densificando a noção subjacente a cada uma das fases indicadas, reitera-se que o objectivo da *colocação* é a introdução de elevadas somas em numerário no sistema bancário, nomeadamente através de depósitos bancários (aqui se destacando o chamado “*smurfing*”<sup>44-45</sup>), do contrabando de moeda, da aquisição de várias aplicações financeiras, nomeadamente em casas de câmbio, sociedades corretoras, ou na bolsa, serviços financeiros postais, investimentos em casinos, na mistura de negócios lícitos com negócios ilícitos (maxime, através da criação de uma sociedade regular “*de fachada*”, que oculta a actividade criminosa que lhe subjaz), e ainda da aquisição de diversos bens de consumo (v.g. veículos automóveis, barcos de recreio, aviões, artigos de ourivesaria e/ou de luxo), e ainda investimentos imobiliários. Assim, esta fase caracterizar-se-á pela recolha de uma determinada massa de dinheiro e/ou valores provenientes de crimes e da sua subsequente colocação junto das instituições ou intermediários financeiros tradicionais, de instituições ou intermediários financeiros não tradicionais, directamente no mercado, com a aquisição de bens diversos, ou ainda no estrangeiro.

Já a fase da *circulação* visa, como o próprio nome indica, movimentar o mais possível os proveitos obtidos com a prática do crime subjacente, de forma a “*afastá-los*” da respectiva origem criminosa e tornar o circuito mais opaco para a

---

<sup>44</sup> Actividade consistente em utilizar várias pessoas encarregadas de efectuar, todas elas, múltiplos depósitos de “pequeno montante”, sempre em numerário, em várias agências do mesmo banco ou em vários bancos, para que nenhum desses depósitos ultrapasse os limites que as autoridades supervisoras definam como de participação obrigatória às autoridades a quem compete investigar o branqueamento. Foi esta, aliás, a reacção dos traficantes nos EUA, quando os bancos começaram a participar transacções envolvendo elevadas somas em numerário, assim tendo passado a fraccionar depósitos em inúmeros depósitos, todos eles de valor inferior a 10.000 USD. Curiosa a denominação por ser inspirada nos irrequietos personagens de banda desenhada, os “*Strumpfes*”, ou em inglês “*Smurfs*”...

<sup>45</sup> Aponte-se o facto de terem sido já registadas situações de “*smurfing*” através do recurso a máquinas multibanco – ATM’s – nomeadamente depositando o dinheiro num país e levantando-o noutro; todavia, para além das limitações físicas de tais máquinas, normalmente apenas são permitidos levantamentos diários de pequeno montante o que torna esta alternativa pouco atractiva para grandes organizações...

investigação, com recurso a transferências electrónicas de fundos, nomeadamente entre contas numeradas, anónimas ou secretas, com sucessivas movimentações de fundos entre tais contas, de forma a tornar o mais denso possível o eventual acesso à respectiva origem. Nesta fase é também frequente o investimento em aplicações financeiras, e nomeadamente em fundos de investimento, aquisição de acções ou obrigações, investimentos em seguros, recurso a cartas de crédito, nomeadamente em bancos estrangeiros, com posterior revenda dos bens adquiridos<sup>46</sup>.

Finalmente, a fase da *integração* visa permitir que os proveitos criminosamente obtidos fiquem disponíveis, depois de “legitimados”, para os autores do(s) crime(s) subjacente(s), surgindo tais meios já com a aparência de terem sido legítima e legalmente obtidos, assim sendo frequente o recurso a empréstimos sob garantias<sup>47</sup>, créditos documentários, falsa facturação, realização de mais-valias mobiliárias e imobiliárias, etc.

Simplificando, o branqueamento de capitais, como processo dinâmico, compreende três *momentos* essenciais:

- a) o momento da entrada de numerário no sistema financeiro;
- b) momento do processamento dos fluxos ou das transferências internacionais de numerário,
- c) e o momento em que as transferências são processadas no interior do sistema financeiro (em que o “branqueador” terá maior dificuldade, se detectado, em explicar a finalidade de tais operações).

Em suma, o branqueamento de capitais caracteriza-se, essencialmente, por ser um “processo” não redutível a uma simples operação, traduzindo-se antes por uma

---

<sup>46</sup> Aponta-se como exemplo de operações financeiras normalmente associadas a esta fase “a conversão dos depósitos em cheques de viagem, cartas de crédito, acções ou obrigações ao portador ou a efectivação de transferências internacionais de capitais (de preferência por sistemas electrónicos de transmissão de ordens), utilizando muitas vezes como ponto de passagem os países com uma regulamentação bancária mais permissiva”, como sucederá actualmente com os países do antigo “Bloco de Leste” que, com a súbita abertura à economia de mercado e ao “sistema capitalista”, têm, na generalidade, um sistema financeiro e bancário extremamente débil, ao que acresce uma regulamentação e actividade de supervisão quase nulas.

<sup>47</sup> Como, por exemplo, a celebração de um contrato de mútuo em que se hipoteca um imóvel adquirido com os proveitos do tráfico de estupefacientes, e propositadamente não se liquida aquele empréstimo para que o banco execute a hipoteca, assim se tornando o mutuário “legítimo” titular da quantia mutuada, exercício este mais “requintado” quando efectuado, por exemplo, com cartas de crédito sobre o estrangeiro, o que aumenta a probabilidade de as autoridades nacionais não terem condições de acederem à efectiva origem dos bens dados como garantia, ou apenas lograrem fazê-lo numa ínfima parte dos casos e mesmo então já muito tardiamente...

multiplicidade de operações que visam legitimar os meios de riqueza obtidos com a prática dos crimes subjacentes. Acresce que na maior parte dos casos, são reinvestidos, pelo menos em parte, na actividade criminosa que os gerou, conduzindo a novos meios de fortuna que terão, novamente, de ser “branqueados”, num círculo infinito, já equiparado ao “ciclo da água”<sup>48</sup>.

Em sede de tutela penal, o artigo 368º-A do Código Penal dispõe que “para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas na Lei nº 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos, assim como os bens que com eles se obtenham”.

O legislador nacional explicita no nº 1 o que se entende por *vantagens*: “os bens provenientes, sob qualquer forma de comparticipação, da prática de factos ilícitos típicos” (ali indicadas). Do mesmo modo, o Ponto D do artigo 1º da Directiva 2001/97/CE, alude a “bens” os “activos de qualquer espécie, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, bem como os documentos legais ou outros instrumentos comprovativos da propriedade desses activos ou dos direitos a eles relativos”<sup>49-50</sup>.

Por sua vez, dispõe o nº 2 da mesma norma que “quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, por si ou terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante de qualquer das infracções

---

<sup>48</sup> Cfr Jorge Dias Duarte, in “O Novo Crime de Branqueamento de Capitais – art. 386-A do CP”, in *Revª MP*, nº 98, 2004, Lisboa.

<sup>49</sup> Cfr. também a alínea b) do artigo 1º da Convenção das Nações Unidas Contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (*Convenção de Viena* - Diário da República, Série I-A, nº 205, de 6 de Setembro de 1991).

<sup>50</sup> Na Convenção Sobre o Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime, do Conselho da Europa (*Convenção de Estrasburgo*), aberta à assinatura (e nessa data assinada por Portugal) em Estrasburgo em 8 de Novembro de 1990, o termo “produto designa qualquer vantagem económica resultante de infracções penais”, sendo que essa vantagem pode ser um “bem” – cfr. alínea a) do respectivo artigo 1º - enquanto o termo “bem compreende um bem de qualquer natureza, quer seja corpóreo ou incorpóreo, móvel ou imóvel, bem como os actos jurídicos ou documentos certificando um título ou um direito sobre o bem” – cfr. alínea b) do mesmo preceito .

referidas no respectivo nº 1 seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 12 anos”<sup>51</sup>.

Na economia da norma “o conceito de conversão englobará todas as operações de transformação dos bens gerados directamente pelo crime-base ou adquiridos em resultado da respectiva prática em bens de outra natureza ou tipo, enquanto as acções de transferência de bens compreenderão não só todas as operações destinadas ou aptas a mudar fisicamente (no sentido de mudança geográfica) esses bens, como também todas as operações através das quais é alterada a titularidade dos direitos sobre os bens, ou esses direitos são transmitidos (naquilo que se poderá designar por transferência jurídica) a outrem que não o agente do crime-base, que os adquiriu em resultado da prática do crime-base”<sup>52</sup>.

Saliente-se que se prevê, ainda, “um elemento de específica intenção a integrar o tipo – a finalidade de actuar para favorecimento real ou pessoal (dissimular a origem ilícita ou auxiliar uma pessoa a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos)”<sup>53</sup>.

Neste plano, a conduta aproxima-se do “favorecimento real” quando o agente actua sobre os bens em si mesmos, transformando-os ou transferindo-os, de forma a ocultar ou dissimular a sua origem ilícita, existindo uma aproximação ao tipo do favorecimento pessoal quando se exige que o agente vise, com a sua actuação, possibilitar que o agente do crime-base permaneça impune, ou seja, não seja criminalmente responsabilizado pela prática do crime que gerou os bens em questão<sup>54</sup>.

Por sua vez, o nº 3 do artigo 368º-A do Código Penal, dispõe que incorre também numa pena de 2 a 12 anos de prisão “quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens ou os direitos a ela relativos”.

---

<sup>51</sup> Refira-se a este propósito que a formulação seguida no nº 1 do artigo 2º do Projecto de Lei nº 174/IX, do Partido Socialista, era mais clara que a redacção adoptada, quer quanto ao elemento “conhecimento da proveniência” dos bens sobre os quais o agente do crime de branqueamento necessariamente actua, quer quanto à possibilidade de cometimento, em concurso efectivo, do crime de branqueamento pelo autor do crime-base, pois que ali se lia que “quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, por si próprio ou por terceiro, sob qualquer forma de comparticipação, de facto ilícito...”.

<sup>52</sup> Para uma análise mais detalhada destes conceitos, veja-se Jorge Dias Duarte, in *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 128 a 134.

<sup>53</sup> Cfr. António Henriques Gaspar, “Branqueamento de Capitais” em *Droga e Sociedade – O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1994, pag. 129.

<sup>54</sup> Neste sentido também Rodrigo Santiago, “O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime”, na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, pag. 537, 3º parágrafo.



De realce o facto de o nº 3 do artigo 368º-A do Código Penal não exigir que o agente actue com a intenção de ajudar o(s) autor(es) do crime-base a eximir(em)-se à responsabilidade dos respectivos actos criminosos, mas referindo-se aos casos em que o agente “apenas” actua sobre bens que sabe serem resultantes da prática de um determinado tipo de ilícitos criminais.

Nestas situações, o agente “limita-se” a ocultar os bens ou a dissimular a sua verdadeira natureza, a respectiva origem, o local onde os mesmos se encontram, ou ainda a criar “uma cortina” em relação aos efectivos poderes de disposição, movimentação ou propriedade desses bens ou produtos, ou dos direitos relativos aos mesmos, assim dificultando as actividades das autoridades – judiciárias e/ou policiais – na descoberta dos agentes da prática dos crimes-base ou os reais contornos da respectiva actividade criminosa, pese embora, repita-se, não se exija que actue com tal tipo de intenção, não obstante esse possa ser, (e será mesmo, as mais das vezes), um resultado da respectiva conduta<sup>55</sup>.

Em contexto paralelo (crime de branqueamento de capitais então previsto na alínea b) do nº 1 do artigo 23º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro), escrevia Rodrigo Santiago que “diferentemente do crime da alínea a), neste não releva de forma tão directa e impressiva a ideia do favorecimento pessoal, sobrelevando a do *favorecimento real*”, assim acrescentando que “de branqueamento, verdadeiramente, só no primeiro caso se pode falar, enquanto naquele agora em apreço se trata, tão só de um encobrimento. Neste segundo caso, o agente limita-se a esconder o dinheiro que continua sujo”<sup>56</sup>.

Apesar de o legislador nacional não refirir expressamente que é necessário que o agente tenha conhecimento da natureza ilícita dos bens sobre os quais actua, afigura-se necessária a exigibilidade do conhecimento.

Com efeito, “a exigência do conhecimento por parte do agente da proveniência criminosa dos bens ou produtos sobre os quais, ou em relação aos quais actua, deve ser entendida como abarcando o dolo típico em todas as suas formas, isto é, abarcando não só os casos em que o agente actua com dolo directo ou necessário, mas também os casos em que a conduta do agente se caracteriza pelo dolo eventual”<sup>57,58</sup>.

<sup>55</sup> Cfr. Jorge Dias Duarte, in *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pag. 135.

<sup>56</sup> “O “branqueamento” de capitais e outros produtos do crime”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa, pag. 541.

<sup>57</sup> Cfr. Jorge Dias Duarte in *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 145 a 153.

Em sentido divergente veja-se, todavia, Jorge A. Godinho, cuja posição “vai no sentido de não admitir o dolo eventual referido ao conhecimento da proveniência dos bens”, assim como Faria Costa, citado pelo mesmo autor<sup>59-60</sup>.

De todo o modo, fundamental é que o conhecimento da proveniência dos bens seja *actual* à data da prática dos factos, ou seja, para efeitos de incriminação de branqueamento não revelará o conhecimento posterior da efectiva proveniência dos bens.

Afastando-se da Directiva transposta – que contempla como conduta a punir “a aquisição, detenção ou utilização de bens, com conhecimento, aquando da sua recepção, de que provêm de uma actividade criminosa ou da participação numa actividade dessa natureza”<sup>61</sup> –, o legislador nacional não prevê agora tais modalidades de acção (anteriormente tipificadas na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e na alínea c) do artigo 2.º do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro). O mesmo é dizer, o tipo de crime consubstanciado no facto de o agente “adquirir ou receber os bens (provenientes ou obtidos com a prática do crime-base) a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar”, a que correspondia pena de 1 a 5 anos de prisão, foi suprimido.

Naturalmente que ressalvada fica a possibilidade de (pelo menos em certos casos) as condutas que anteriormente eram enquadráveis nos normativos acima indicados do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e/ou do D.L. 325/95, de 2 de Dezembro, serem agora enquadráveis no tipo do crime de receptação, da previsão do artigo 231.º do Código Penal.

---

<sup>58</sup> Em sentido idêntico, Blanco Cordero, quando afirma que “el blanqueo de capitales exige al menos dolo eventual, siendo suficiente, por tanto, el conocimiento eventual de que los hechos de los que proceden los bienes constituyen una infracción penal” – cfr. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Pamplona, Arazandi Editorial, 1997, fls. 393.

<sup>59</sup> *In Do crime de Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra Editora, 2002, pag. 215.

<sup>60</sup> Note-se, todavia, que ambos os autores citados se reportam, para além do mais, ao facto de o legislador nacional então se referir expressamente (quer no quer no D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, quer no D.L. 325/95, de 2 de Dezembro) ao elemento “conhecimento da proveniência dos bens”; realce-se, contudo, que, conforme se referiu, actualmente tal referência (embora se deva ter como implícita) não é reproduzida no “novo” crime de branqueamento.

<sup>61</sup> A este propósito importa relembrar que também o artigo 1.º da Directiva n.º 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho (transposta para a ordem jurídica interna através do D.L. 313/93, de 15 de Setembro) previa no seu artigo 1.º a punibilidade destas condutas em termos em tudo idênticos à da Directiva agora transposta, sendo que o já referido Projecto de Lei apresentado por deputados do Partido Socialista também a previa na alínea c) do respectivo artigo 2.º, estabelecendo para tais modalidades de acção uma pena de 1 a 5 anos de prisão.

Não obstante a proximidade entre os ilícitos acima indicados e o crime de receptação<sup>62</sup>, verifica-se que este último apenas pode ser aplicável em relação aos casos em que o agente actua sobre bens que foram obtidos “por outrem mediante a prática de facto ilícito típico contra o património”, para além de ser necessário, também, que o agente actue com a intenção de obter, para si ou para outra pessoa, uma vantagem patrimonial.

Posto o que existirão várias situações que, não integrando agora o crime de branqueamento, não serão, também, subsumíveis ao crime de receptação...

O nº 4 do artigo 368º-A do Código Penal dispõe que “a punição pelos crimes previstos nos nºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda quando se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores”.

Reconhece-se, assim, competência aos tribunais portugueses, mesmo nos casos em que os crimes-subjacentes tenham sido integralmente praticados fora do território nacional, desde que o processo de branqueamento tenha decorrido – total ou parcialmente – em território nacional<sup>63</sup>.

No que concerne à eventual dificuldade na produção da prova em tais casos, subscreve-se a posição de A. G. Lourenço Martins, quando afirma que “se já existe decisão de um tribunal, ainda que não revista nem confirmada em Portugal, parece poder ser invocada como meio de prova dessa infracção, nos termos do nº 3 do artigo 234º do CPP”, acrescentando o mesmo autor que «se não existe, então cair-se-á no domínio da suficiência do processo penal, bem acentuada na Reforma do CPP de 87 – “o processo penal é promovido independentemente de qualquer outro e nele se resolvem todas as questões que interessarem à decisão da causa” (nº 1 do artigo 7º)»<sup>64</sup>.

O nº 5 do artigo 368º-A do Código Penal dispõe que “o facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada, salvo se as vantagens foram provenientes dos factos ilícitos típicos previstos nos artigos 172º e 173º”.

---

<sup>62</sup> Cfr Jorge Dias Duarte in *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 135/136.

<sup>63</sup> Quanto à descrição das diversas fases do branqueamento cfr. também Jorge Dias Duarte in *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002, pp. 33/39.

<sup>64</sup> Cfr. *Droga e Direito – Legislação. Jurisprudência. Direito Comparado. Comentários*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1994, pag. 132.

A norma visa alcançar uma correspondência entre a não punibilidade dos agentes do crime de branqueamento e os agentes dos crimes subjacentes quando estes não possam ser criminalmente responsabilizados pela prática destes crimes.

Merece reserva a excepção relativa aos crimes previstos nos artigos 172º e 173º (abuso sexual de crianças e de abuso sexual de menores dependentes), cujo procedimento criminal depende de queixa (a menos que dos mesmos crimes “resulte suicídio ou morte da vítima” ou “quando o crime seja praticado contra menor de 14 anos e o agente tenha legitimidade para requerer procedimento criminal (art. 178º do Código Penal).

De facto, não se descortina qualquer razão para o crime de branqueamento ser sempre punível mesmo que estejam em causa os crimes previstos nos artigos 172º e 173º do CP. Tal solução é contraditória com o regime do próprio nº 5 do artigo 368º-A e pode conduzir a resultados de manifesta injustiça material<sup>65</sup>.

Nos termos do nº 6 do artigo 368º-A do Código Penal, “a pena prevista nos nºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual”.

Esta norma não tinha correspondência na legislação anterior relativa ao branqueamento de capitais, traduzindo uma solução que se aproxima do disposto na alínea e) do nº 2 do antigo artigo 297º do Código Penal, em que o crime de furto era qualificado quando o respectivo agente fosse pessoa que se dedicasse habitualmente a tal prática (ou dela fizesse modo de vida)<sup>66</sup>.

Para que a qualificativa em referência funcione é essencial que fique demonstrado no processo que o agente se dedica, com carácter de habitualidade, ao branqueamento de vantagens resultantes da prática de qualquer dos ilícitos referidos no nº 1 do artigo 368º-A, ainda que da mesma prática não faça o seu “modo de vida”.

A este propósito afirma o Professor Faria Costa que “... a noção de modo de vida deve ser olhada menos como categoria dogmática atinente ao direito e mais como noção indesmentivelmente ligada a um valor estritamente sociológico. Uma tal forma de apreciar este elemento faz com que afastemos qualquer ligação,

---

<sup>65</sup> Pense-se, por exemplo, num crime de abuso sexual de menor dependente, com 15 anos de idade, em que o seu concreto interesse, devidamente documentado nos autos, impõe o não exercício da acção penal por aquele crime, assim não sendo penalmente responsabilizável o respectivo agente; apesar de o agente que “branqueie” vantagens obtidas com a prática daquele mesmo crime ser sempre passível de procedimento criminal.

<sup>66</sup> Diferentemente, dispõe a alínea h) do nº 1 do actual artigo 204º do Código Penal que o crime de furto é qualificado quando o agente fizer “...da prática de furtos modo de vida”, resultando também do nº 4 do artigo 231º do mesmo diploma que o crime de receptação é agravado “se o agente fizer da receptação modo de vida...”.

materialmente fundada, entre modo de vida e habitualidade. Na verdade, se é certo que as duas noções têm, formalmente, um elemento comum, qual seja, uma séria reiterada de modelos de comportamento, é evidente que as representações sociais que se ligam ao modo de vida e à habitualidade são radicalmente diversas. Para o modo de vida temos uma representação de estabilidade ligada, sem margem para dúvidas, a um comportamento que, em princípio, se traduz em benefício pessoal e social enquanto a habitualidade se cristaliza, nas representações sociais, como uma forma de conduta reiterada *tout court*. Forma de conduta que, desde sempre, foi valorada pelo direito penal. Neste sentido, a habitualidade é uma categoria dogmático-penal conexionada com a perigosidade criminal enquanto contraponto a uma criminalidade meramente ocasional...<sup>67</sup>.

Também a este propósito importa lembrar, por manter plena actualidade, o entendimento assumido no Acórdão da Relação de Lisboa, de 2 de Dezembro de 1987, segundo o qual “a habitualidade .... só deve relevar se verificada já na altura do cometimento do ilícito em análise”<sup>68</sup>.

Quando, no respectivo processo, se fizer prova de que se dedica de forma habitual a tal prática criminosa, o agente do crime de branqueamento incorrerá numa pena fixada entre os 2 anos e 8 meses e os 16 anos de prisão.

Importa sublinhar que poderão existir situações em que a agravação em referência contenda com o limite fixado no nº 10 do artigo 368º-A, no sentido de o limite máximo da pena dela resultante ultrapassar as penas aplicáveis aos agentes dos crimes-base; se tal acontecer, afigura-se que a pena resultante da agravação efectuada em resultado da habitualidade do agente do crime de branqueamento, terá de ser reduzida, ou reconduzida, até ao “tecto” resultante da aplicação do critério fixado no nº 10º do artigo 368º-A do Código Penal, pois que o mesmo impõe, de forma taxativa, um limite inultrapassável.

Os nºs 7 e 8 do artigo 368º-A não tinham correspondência na legislação anterior, reportando-se ambos a situações de atenuação especial da pena.

Assim, dispõe o nº 7 do artigo em referência que “quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1ª instância, a pena é especialmente atenuada”, dispondo o nº 8 do mesmo artigo que “verificados os requisitos do número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial”.

---

<sup>67</sup> *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo II, Coimbra Editora, 1999, pp. 72/73.

<sup>68</sup> Cfr. *BMJ* nº 372, pag. 461.

Valendo aqui, naturalmente, os critérios de atenuação especial da pena consagrados no artigo 73º do Código Penal, impõe-se referir que as soluções consagradas nos dois normativos ora citados apenas fazem sentido em virtude da definição legislativa das infracções subjacentes ao crime de branqueamento de capitais.

Na verdade, atenta a criminalidade a que o branqueamento está “tradicionalmente” associado – como, por exemplo, o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas, ou de espécies protegidas – muitas vezes não haverá qualquer vítima individualmente considerada que possa ser objecto de reparação, pois não existirá qualquer pessoa que, concreta e individualmente, tenha sofrido um dano que possa ser quantificado, e, conseqüentemente, reparado.

Não obstante, a solução adoptada a este nível terá pelo menos o mérito de, embora com um âmbito que se afigura “residual”, poder levar ao equilíbrio da sanção imposta ao agente do crime do branqueamento relativamente à imposta ao agente do crime-base, pois que nos casos em que haja reparação (total ou parcial) da vítima do crime-subjacente, tal situação terá (cfr. nº 7) ou poderá ter (cfr. nº 8) também repercussão ao nível da reacção criminal imposta ao agente do crime de branqueamento.

Por sua vez, o nº 9 do artigo 368º-A dispõe que “a pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

Esta norma consagra um “direito premial” que assentará, essencialmente, em razões de ordem pragmática, atenta a consabida dificuldade em coligir elementos probatórios que permitam alcançar a identidade dos agentes dos crimes-base de que provêm as vantagens objecto do crime de branqueamento.

Todavia, é necessário que o agente do crime de branqueamento desempenhe um papel preponderante na descoberta da identidade ou na captura do(s) agente(s) do(s) crime(s)-base: na verdade, da formulação empregue pelo legislador resulta clara a exigência de que a actividade do “arrependido” seja determinante para o (bom) sucesso da investigação do(s) crime(s)-subjacente(s), exigindo-se o fornecimento de elementos probatórios que conduzam aos objectivos expressamente exigidos pelo legislador, donde resulta que apenas quando tal suceda poderá aquele agente beneficiar da atenuação especial da pena, a efectuar-se também nos termos do artigo 73º do Código Penal.

Importa, finalmente, referir que, nos termos do nº 10 do artigo 368º-A, “a pena aplicada nos termos do números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens”.

Esta norma visa alcançar um equilíbrio entre a pena aplicável ao agente do crime de branqueamento e a pena aplicável ao agente dos crimes-subjacentes, atenta a *relação estreita* existente entre estes ilícitos, pois que sem crime-base não pode, naturalmente, existir crime de branqueamento.





## Bibliografia

- ALEGRE, CARLOS, "Crimes contra o Património", in *Revista do Ministério Público*, 1988, Lisboa.
- BARREIROS, JOSÉ ANTÓNIO, *Crimes contra o Património*, Univ. Lusíada, 1996, Lisboa.
- CORDERO, BLANCO, *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Pamplona, Aranzadi Editorial, 1997.
- COSTA, A. M. ALMEIDA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 279.
- COSTA, J FARIA, *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, p. 72 e ss.
- CUNHA, J. M. DAMIÃO, in *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo II*, Coimbra Editora, 1999, pp. 375/377.
- DELGADO, JUANA DEL CARPIO, *El Delito de Blanqueo de Bienes en El Nuevo Codigo Penal*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Tirant Monografias, 1997.
- DIAS, J. FIGUEIREDO e ANDRADE, COSTA, "Sobre os Crimes de Fraude na Obtenção de Subsídio ou Subvenção e de Desvio de Subvenção, Subsídio ou Crédito Bonificado, in *Revª Portª de Cª Criminal*, Ano IV, Jul-Set, 1994, Coimbra Edtª; Ac. RC. de 1994-04-27
- DUARTE, JORGE DIAS, "o NOVO Crime de Branqueamento de Capitais – art. 386-A do CP", in *Revª MP*, nº 98, 2004, Lisboa; *Branqueamento de Capitais. O regime do D.L. 15/93, de 22 de Janeiro, e a Normativa Internacional*, Publicações Universidade Católica, Porto 2002.
- GASPAR, ANTÓNIO HENRIQUES in "Branqueamento de Capitais" em *Droga e Sociedade – O Novo Enquadramento Legal*, Gabinete de Planeamento e de Coordenação do Combate à Droga, Ministério da Justiça, Lisboa, 1994
- GODINHO, J. FERNANDO, *Do crime de Branqueamento de capitais: o sistema comunitário de prevenção*, Coimbra Editora, 2002.
- INIESTA, DIEGO J GÓMEZ, *El Delito de Blanqueo de Capitales en Derecho Penal*, Barcelona, Cedecs, 1996.
- MARTINS, a. g. LOURENÇO, in *Droga e Direito – Legislação. Jurisprudência. Direito Comparado. Comentários*, Lisboa, Aequitas, Editorial Notícias, 1994
- SANTOS, SIMAS E HENRIQUES, LEAL, in *Código Penal Anotado, 2º Volume*, Editora Rei dos Livros, 1996, pag. 423.
- SANTIAGO, RODRIGO, "O «branqueamento» de capitais e outros produtos do crime", na *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4, Fasc. 4, Outubro-Dezembro de 1994, Aequitas, Editorial Notícias, Lisboa.



*Parte 2*

**PRINCÍPIOS ENFORMADORES  
DO PROCESSO E DIREITOS  
FUNDAMENTAIS**

**Dr. Carlos Adérito Teixeira**



# Sub-índice

<b>I – PRINCÍPIOS ENFORMADORES DO PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS .....</b>	<b>55</b>
1 – Princípio da oficialidade, legalidade processual ou oficiosidade .....	55
2 – Princípio do contraditório .....	56
3 – Princípio da investigação ou da “verdade material” .....	58
4 – Princípio da livre apreciação da prova .....	59
5 – Princípio “in dubio pro reo” .....	60
<b>II – PROVA E DILIGÊNCIAS DE PROVA .....</b>	<b>65</b>
1 – Meios de obtenção de prova e meios de prova .....	65
2 – Buscas e apreensões .....	66
3 – Exames e Perícias .....	67
4 – Outros meios de obtenção de prova .....	68
5 – Prova testemunhal6. Declarações do arguido e depoimento de ouvir dizer ao arguido .	70
6 – Declarações do arguido e depoimento de ouvir dizer ao arguido .....	82
7 – Conhecimento do co-arguido .....	96



## **I – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO E DIREITOS FUNDAMENTAIS**

O Processo penal português actual rege-se por uma “estrutura basicamente acusatória, integrada por um princípio de investigação” como a Constituição da República Portuguesa (CRP) enuncia.

Enquanto direito constitucional aplicado, o processo penal conta entre as suas finalidades a da administração da justiça, busca da verdade material, restabelecimento da paz jurídica e tutela de direitos individuais. Entre esses direitos, constitucionalmente protegidos, contam-se o da dignidade da pessoa humana, inviolabilidade da reserva da vida privada, acesso ao direito e garantias de defesa, da presunção de inocência (até ao trânsito em julgado de sentença condenatória), os quais conformam as soluções legais da lei processual penal ordinária.

Na decorrência de tal quadro constitucional, podem sinalizar-se como princípios fundamentais do Processo Penal português, o princípio da legalidade processual (oficialidade), da estrutura acusatória e contraditório, da verdade material, da livre apreciação da prova e do *in dubio pro reo*.

### **1 – PRINCÍPIO DA OFICIALIDADE, LEGALIDADE PROCESSUAL OU OFICIOSIDADE**

A promoção processual dos crimes erigiu-se em tarefa fundamental dos Estados modernos. Pelo que o carácter público da acção penal e o monopólio estadual da perseguição dos agentes de infracções conduziu à ideia de que a notícia de um crime dá sempre lugar à abertura de um processo penal.

Tal reserva oficiosa do exercício da acção penal – normalmente a cargo do Ministério Público (MP), ainda que coadjuvado pelos órgãos de polícia criminal (OPC) – sofre algumas limitações, em atenção à existência de outros interesses (da vítima, da relativa danosidade social, etc.) que sugerem a exigência de verificação de certos pressupostos processuais (condições de procedibilidade). É o que sucede com os crimes semi-públicos e os crimes particulares, os quais demandam um impulso inicial do ofendido ou do lesado para que o MP esteja dotado de legitimidade para a abertura do processo penal e a respectiva promoção.

No mais, a actuação do MP, no quadro geral da instrução do processo, rege-se por critérios de vinculação à lei (e não oportunidade<sup>1</sup>) e objectividade, funcionando não como parte, mas como autoridade judiciária. Mesmo no momento do encerramento do inquérito, a apreciação da prova não se traduz num exercício arbitrário da faculdade que lhe assiste, antes necessita de observar um critério de alta probabilidade de condenação, para legitimar o exercício da acção penal (acusação).

Por sua vez, a *prova* em processo penal visa demonstrar a realidade dos factos. A *verdade processual* reconduz-se ao resultado da prova, equivalendo este à convicção de que certo enunciado de facto é justificada e racionalmente aceitável<sup>2</sup>. E, ainda, a *verdade material* corresponde a uma verdade processualmente válida e cujo escrutínio não reside, exclusivamente, na disponibilidade dos sujeitos processuais<sup>3</sup> mas também no poder-dever do tribunal de a prosseguir e esgrimir à luz da liberdade de apreciação e de certos parâmetros de mediação legal.

Apesar de a doutrina tradicional se dividir, a propósito da natureza do direito probatório, entre os que defendem a tese de que se trata de direito substantivo<sup>4</sup>, os que enfatizam uma concepção adjectiva<sup>5</sup> e os que o consideram um quadro normativo ou instituto da teoria geral do direito<sup>6</sup>, a verdade é que, no domínio endoprocessual do concreto e do particular, a prova, enquanto momento fenoménico do processo, deve obedecer a uma dupla condição: ser obtida *através* do processo e *para* o processo, com observância de princípios rectores.

## 2 – PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Um desses princípios é o do contraditório que se traduz, antes de mais, na diferenciação de órgãos que intervêm nas diferentes fases do processo penal, por forma a que o órgão que julga não seja o que acusa, o que acusa não seja o que prende (preventivamente), o que prende não seja o que investiga e o que investiga não seja o que julga.

Por outro lado, na sua essência, tal princípio importa uma tendencial igualdade de armas entre acusação e defesa.

---

<sup>1</sup> Excepto em momentos peculiares como seja na utilização de mecanismos de justiça consensual (suspensão provisória do processo e processo sumaríssimo)

<sup>2</sup> J. Castro Mendes chega à seguinte definição conclusiva (em processo civil): “*Prova é o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificadamente aceitável como fundamento da mesma decisão*” – in *Do Conceito de Prova em Processo Civil – “Diferentia Specifica”*, Ed Atica, p. 741.

<sup>3</sup> Competência de acção, sentido e valor probatório sugerido.

<sup>4</sup> V.g. Pothier, cujo pensamento inspirou o Código civil francês.

<sup>5</sup> V.g. J. Bentham; G. Chiovenda; Manuel de Andrade.

<sup>6</sup> V.g. F. Carnelutti; Castro Mendes.



Nesse quadro, Figueiredo Dias<sup>7</sup> associa o princípio do contraditório à “oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo”.

Por outra banda, o princípio do acusatório implica que ao arguido seja dar a conhecer as imputações que lhe são feitas, por forma a poder reagir às mesmas, defendendo-se, através da negação, refutação ou infirmação da versão da acusação ou através do oferecimento de provas<sup>8</sup>.

A esse propósito, Germano Marques da Silva<sup>9</sup> afirma que “a essência do contraditório é a dialéctica que se consubstancia no poder que é dado à acusação e à defesa de aduzir as suas razões de facto e de direito, de oferecer as suas provas, de controlar as provas por si oferecidas e de discutir o resultado de umas e outras. Este princípio só se realiza, pois, com a participação activa da acusação e da defesa na produção da prova, o que pressupõe a necessária presença do arguido na audiência.

O princípio do contraditório só se realiza eficazmente quando a acusação e a defesa tenham garantida a possibilidade de: a) conhecer as opiniões, argumentos e conclusões da outra “parte” e manifestar as suas próprias; b) indicar os elementos de facto e de direito que fundamentam as suas conclusões e produzir as provas que as atestam; c) exercer uma actividade impulsiva do processo.”

O princípio do contraditório, limitado nas fases iniciais do processo penal – onde ocorre em momentos específicos –, ganha enfoque e densificação a partir do exercício da acção penal e estende-se à fase de julgamento (art. 327º do CPP de 1987) quando se estipula: “os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido officiosamente produzidos pelo tribunal”.

É ainda este princípio que autoriza que acusação e defesa solicitem ao juiz que formule perguntas ao arguido ou interroguem as testemunhas por si indicadas e as indicadas pela parte contrária em moldes próprios do sistema da *cross examination* ou mesmo quando os meios de prova sejam officiosamente produzidos pelo tribunal haja audição prévia de ambas as partes.

E, em matéria de indemnização civil, decorrente da prática do crime, o princípio em apreço implica que a iniciativa caiba à parte com legitimidade e interesse em

---

<sup>7</sup> In *Direito Processual Penal I*, Coimbra Editora, Coimbra, 1981, pg. 153; Ou “Os princípios estruturantes do processo e a revisão de 1998 do Código de Processo Penal” in *Revista de Ciência Criminal Portuguesa*, Ano 8, Fasc. 2, 1998, p. 199 e ss.

<sup>8</sup> O que constitui, neste particular, o chamado “direito à prova”.

<sup>9</sup> In *Curso de Processo Penal III*, Verbo, Lisboa, 1984, pg 229.

agir (lesado) e não oficiosamente arbitrada pelo tribunal, excepto “quando particulares exigências de protecção da vítima o imponham” (art. 82-A CPP de 1987).

É ainda em homenagem ao princípio do contraditório (por não se ter verificado o mesmo) que se justificam – a par do princípio da imediação – as limitações a que está sujeita a leitura de declarações prestadas nas fases preliminares (transmitidas à fase de julgamento).

### **3 – PRINCÍPIO DA INVESTIGAÇÃO OU DA “VERDADE MATERIAL”**

Por sua vez, o princípio da investigação (também dito inquisitório) ou da “verdade material” contrapõe-se ao princípio dispositivo ou de contradicção.

Se este último princípio parte da concepção segundo a qual o processo se situa no âmbito da disponibilidade das partes, como um duelo entre partes sob a arbitragem do juiz, distante e passivo, a quem é indiferente o resultado do resultado, já o princípio da investigação ou da “verdade material” postula que o objecto do processo seja indisponível (logo, com impossibilidade de desistência da acusação pública ou transacção com a defesa).

Por outro lado, nos termos do princípio em apreço caberá ao tribunal investigar, independentemente das contribuições dadas pelas partes, o facto submetido a julgamento.

A estrutura acusatória conduz a que a instauração do processo e a delimitação do seu objecto não caiba ao tribunal mas não impede que vigore o princípio da investigação, ou (também) a iniciativa probatória caiba ao tribunal.

Significa também, em certa dimensão do princípio em apreço, que sobre as partes não impende qualquer ónus<sup>10</sup> de afirmar, contradizer e impugnar. Da sua inércia em relação a qualquer facto não decorre qualquer conclusão probatória.

De resto, em concretização do princípio da investigação, o artigo 340º, nº 1, do CPP/1987 estabelece que “o tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure útil à descoberta da verdade”, sem necessidade de estar sujeito aos termos definidos pelas partes, em matéria de prova, como sucede nos sistemas de acusatório puro.

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 9º do CPP de 1929: “o Ministério Público poderá requerer e o juiz poderá oficiosamente ordenar quaisquer diligências que se julguem indispensáveis para o descobrimento da verdade, mesmo quando a acção penal depender de acusação particular”.

Tal princípio permite suprir deficiências da acusação ou da defesa, não como direito das partes a que o tribunal estaria adstrito, mas em nome da busca da verdade material, que tem levado a uma prática judiciária, por exemplo, de inquirição de testemunhas indicadas pela defesa fora do prazo.

Divisa-se, ainda, na *ratio* do preceito do art. 129º do CPP, uma orientação para a “descoberta da verdade”, procurando acautelar os inerentes riscos que decorrem do testemunho de ouvir-dizer ao promover a *imedição* da prova e o controlo da *idoneidade e credibilidade* da prova testemunhal indirecta<sup>11</sup> e, reflexamente, da directa.

Não deixa de haver ali acolhimento do *princípio do contraditório*<sup>12</sup>, presente na produção de prova, em geral, embora o desenho literal da norma em apreço sugira uma solução enfaticamente decalcada no *princípio da investigação*, já que, por um lado, o preceito refere que “o juiz pode chamar ...” a depor a testemunha directa ou indagar pela comparência e exame da prova material fonte, inculcando uma ideia de prerrogativa do julgador<sup>13</sup>; por outro lado, focaliza a questão no plano do esclarecimento do tribunal segundo o escopo de pretensão à verdade imanente à actividade judiciária; finalmente, não reserva, expressamente, às partes a iniciativa de ouvir a fonte, como sucede em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. Consequentemente, tal entendimento autoriza a impugnação (pela defesa ou pela acusação, consoante os casos) de uma decisão por não ter sido utilizado certo depoimento indirecto, em virtude de não ter sido chamada a depor a testemunha-fonte, mais na base da violação do princípio da investigação do que por desrespeito do princípio do contraditório.

#### 4 – PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIACÃO DA PROVA

A apreciação da prova pode basear-se num conjunto de regras predeterminantes do valor a atribuir-lhe (sistema de *prova legal*) ou reger-se num método de livre convencimento do julgador (sistema de *prova livre*).

Este último sistema é o que enforma o regime positivo português do CPP/87 e já também o do CPP/29.

Como salienta J. Figueiredo Dias<sup>(14)</sup>, não pode confundir-se a livre convicção do juiz com uma convicção puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável.

<sup>11</sup> Numa terminologia de inspiração anglo-saxónica (*hearsay evidence*).

<sup>12</sup> Cujo lastro jurídico e cultural radica no artº 6º da Convenção Europeia de Direitos do Homem.

<sup>13</sup> Importante, de resto, na administração das provas, já que pode não se justificar, no caso concreto, a produção de prova directa.

<sup>14</sup> *In Op. Cit.*, pgs. 203 a 205.

Na verdade, se “a verdade que se procura é (...) uma verdade *prático-jurídica* e se, por outro lado, uma das funções primaciais de toda a sentença (*maxime*, da penal) é a de *convencer* os interessados do bom fundamento da decisão, a decisão do juiz há-de ser, é certo, uma convicção *pessoal* – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (*v. g.* a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais – mas, em todo o caso, também ela uma convicção *objectivável* e *motivável*, portanto capaz de impor-se aos outros”.

Tal princípio comporta excepções – verdadeiros critérios legais de prova – como sucede com os factos constantes de documentos autênticos ou autenticados que se consideram provados (art. 169º CPP/87)<sup>15</sup>

Acresce que, diferentemente da concepção tradicional de que o juiz é “perito dos peritos”, a prova pericial – o juízo científico, técnico ou artístico – escapa à livre apreciação do juiz, excepto na parte relativa aos dados de facto que servem de base ao parecer. Só por prova de valor equivalente<sup>16</sup> se pode vencer a força probatória da perícia, devendo a divergência ser motivada.

O princípio em análise implica um sistema de fundamentação das decisões em matéria de facto ao exigir-se uma “exposição tanto quanto possível completa, ainda que sucinta, dos motivos de facto e de direito que fundamentam a decisão, com a indicação e o exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”(art. 374º, nº 2, do CPP).

## 5 – PRINCÍPIO “IN DUBIO PRO REO”

Para que se estabeleça validamente uma dimensão consolidada de “prova suficiente” é necessário que, também na prossecução da actividade processual, se tenham verificado algumas condições básicas. Antes de mais, no plano da direcção do inquérito, é imperioso que o MP tenha levado a cabo um *domínio efectivo* (e não mero domínio virtual) do processo<sup>17</sup>; por outro lado, importa que se tenha procedido à realização *exaustiva da investigação* (diligências possíveis, úteis e

---

<sup>15</sup> E também, na vigência do CPP/29, os autos de notícia faziam fé em juízo até prova em contrário.

<sup>16</sup> Diferente é o valor da prova produzida por testemunhas com conhecimentos especializados, onde passa a vigorar a livre apreciação da prova.

<sup>17</sup> Sob pena de não se cumprir o mandamento constitucional da titularidade do inquérito e exercício da acção penal, ainda que por via de uma insuficiente delegação (porventura, “genérica”, como hoje é admissível a leitura da Directiva 6/2002 PGR) de competência, ou ainda de uma eventual falta de inquérito, não sendo caso da admissibilidade legal da “falta” dele como é o caso do proc. sumário e abreviado (cfr. art. 382.º nº 1 e 2 e art. 389.º nº 3; e ainda art. 391.º-A CPP)

suficientes) quer no sentido da verificação da imputação objectiva e subjectiva do delito quer no sentido da exclusão do crime ou da autoria do suspeito<sup>18</sup>; é ainda necessário que as diligências de prova e demais actos processuais tenham sido realizados com observância dos direitos fundamentais, dos princípios processuais, das regras e das proibições de prova, para que esteja garantida a *utilizabilidade* da prova, delimitando-se o “efeito dominó” das provas diferentes (mas derivadas de provas proibidas) face às provas independentes, sem conexão fáctica com as proibidas.

A convicção deve formar-se como resultado final de operações sequenciais de análise do *puzzle* indiciário: apreciação de cada elemento de prova, individualmente considerado; análise diferenciada dos diversos meios; ponderação global e compatibilização da prova coligida.

Pode, em todo o caso, emergir e afirmar-se a dúvida que afaste a convicção.

Este é, também, um outro critério de prossecução da verdade material, porventura, na fenomenologia do juízo, o último, que não o menos importante: o princípio do *in dubio pro reo*.

Posto que está arredado um sistema de prova legal que estabeleça um quadro de critérios de valoração da prova, o *in dubio* mostra-se intimamente associado ao princípio da *livre apreciação da prova*. Convicção e dúvida pressupõem a mesma liberdade<sup>19</sup> de juízo do julgador (para se convencer e para duvidar). De resto, num quadro aporético de prova, a relevância da dúvida pressupõe uma liberdade de apreciação relevante. Admitida esta, a relevância da dúvida constitui parâmetro jurídico de delimitação negativa da livre convicção.

Neste sentido – a par de critérios legais de prova de sentido “positivo”, de proibições de (valoração da) prova, da exclusão do conhecimento pessoal do julgador, ou do caso julgado –, aquele princípio está finalisticamente dirigido ao estabelecimento de uma racionalidade metodológica de ponderação da prova, não obstante o legislador não apresentar uma estruturada via de verificação suficiente da “dúvida”<sup>20</sup>, apontando apenas para a consequência que arrasta.

No plano do “fundamento” do *in dubio* existe uma grande variação doutrinal: desde o imperativo ético (Manzini), à componente do direito á presunção de

<sup>18</sup> A tanto obriga o dever de objectividade do MP que, estatutariamente e conteúdo funcional no proc.penal, está vinculado à descoberta da verdade e não interessado na acusação.

<sup>19</sup> E, naturalmente, a *independência* de juízo, como expressão mais significativa do magistrado.

<sup>20</sup> Não prevendo a lei norma expressa, a não ser enquanto decorrente do princípio da presunção de inocência.

inocência (Enrique Bacigalupo), ao reverso processual do princípio da culpa (Gomes Canotilho - Vital Moreira), à expressão de legitimidade de intervenção penal do Estado (C. Líbano Monteiro), até à contrapartida da função material de garantia da lei penal (J. Jescheck)<sup>21</sup>.

No plano do seu objecto, conquanto que se trate de um princípio de direito, tem como campo de relevância a prova dos factos e não a interpretação e aplicação do direito criminal<sup>22</sup>. Assim, enquanto princípio natural de prova não pode deixar de se aplicar<sup>23</sup> nas várias fases do processo – em sede de audiência de julgamento, de pronúncia, de acusação, de fixação de medida de coacção e de recurso – sempre que esteja em causa a apreciação da prova. Com efeito, o estigma que uma acusação naturalmente já comporta não pode fundar-se numa base indiciária duvidosa que equivaleria a afirmar que o arguido é uma pessoa “*duvidosamente* respeitadora das leis penais”<sup>24</sup>.

De resto, na *ratio* da sua recepção no sistema penal descortina-se a ideia de que se trata de um princípio correlativo do regime de repartição do ónus da prova no direito civil, em face da proibição do *non liquet* (art. 8º nº 1 do CC). Neste pormenor, uma absolvição não pode ser vista como decisão desfavorável<sup>25</sup> para o MP já que não vigora o chamado ónus de prova *formal* pois que cabe a este sujeito processual colaborar com o Tribunal para a descoberta da verdade (art. 53º do CPP) e existe o princípio da investigação pelo qual, no quadro temático e probatório suscitados pelos sujeitos processuais, o tribunal tem o dever de se esclarecer, admitindo-se, quando muito um ónus da prova *material* em vista do qual, beneficiando o arguido da presunção de inocência<sup>26</sup>, torna-se necessário (para o MP ou, em última análise, para o Tribunal) fazer prova que possa ilidir tal presunção para daí decorrer a condenação.

Na caracterização da “*dúvida*”, importa ainda salientar que só releva a *dúvida insanável* ou definitiva, no sentido de que não se pode ficar a dever a uma deficiente investigação ou produção de prova, já que “*dez mil dificuldades não*

---

<sup>21</sup> C. Líbano Monteiro, *Perigosidade...*, 1997, p. 54 e ss.; Jorge Gaspar, “Titularidade...”, 2001, p. 112-113 (nota 286); Cruz Bucho, *Notas sobre o princípio «in dubio pro reo»*, (policopiado), CEJ, 1998.

<sup>22</sup> A Castanheira Neves, *Sumários...*, 1968, p. 59; J. Figueiredo Dias, *Curso...*, 1984, p. 215; M. Pedrosa Machado, “O princípio *in dubio pro reo* e o novo CPP” in *ROA*, Ano 49 – Set.1989, Lisboa, p. 594 e ss.; no sentido de se aplicar à interpretação e aplicação da lei, cfr. Ac STJ de 11/02/99, in *CJ*, TI, 1999, p. 210 e ss.

<sup>23</sup> Embora contrariando uma pré-compreensão jurisprudencial com grande expressão.

<sup>24</sup> Na expressão de Jaime Vegas Torres, *apud* Cruz Bucho, p. 51.

<sup>25</sup> Nem favorável em caso de condenação.

<sup>26</sup> Cfr. Ac. 41/2004/Tconst, “DR” 20/02/2004, II, p. 2920, nos termos do qual se liga a presunção de inocência do arguido (intraprocesso) direitos inerentes à produção de prova e à utilização de meios processuais de defesa e de recurso.

constituem uma dúvida”<sup>27</sup>; além disso, precisa de ser *razoável*, o mesmo é dizer que não pode assentar num motivo leve (também dita dúvida “negativa”), logo, tem de ser coerente, aceitável, vigorosa e argumentada<sup>28</sup>; e ainda, tem de ser *objectivável* porquanto não se confunde com a dúvida subjectiva, a intuição ou conjecturas, devendo ser argumentada, motivada e que “se comunique e imponha aos outros”.

A afirmação da operatividade do princípio *in dubio* leva a que um *non liquet* em matéria da prova seja valorado em favor do arguido, quer considerando não indiciado – logo, não levado à acusação, nessa parte – o elemento típico ou as categorias de que depende a condenação (v.g. autoria e culpa), quer seja favorável ao arguido (circunstância dirimente).

Aporia diversa respeita à aplicação do princípio *in dubio* relativamente aos elementos subjectivos da infracção, tradicionalmente considerados indiciados ou provados, desde que se afirmasse a desse modo a materialidade do crime. No entanto, na esteira de Beleza dos Santos e de Figueiredo Dias, importa também relativamente àquele firmar um juízo de indiciação suficiente, o que não impede que seja através das regras da experiência ou juízos de normalidade.

Relativamente a elementos qualificadores e privilegiantes do tipo incriminador e relativamente a premissos processuais, ainda que mais controversos, creio ser a boa leitura que também aqui rege o *in dubio pro reo*, quer se trate v.g. de dúvida sobre o valor de objecto furtado do interior de habitação (cujo sentido deve ser de ser considerado de “valor diminuto”<sup>29</sup>) ou sobre a data do facto para efeitos de prescrição ou amnistia (que ainda é matéria de prova de facto).

Resta dizer que a verificação da “dúvida razoável” sobre determinado facto, equivale a dizer que o mesmo não está suficientemente indiciado ou provado e não pode ser objecto de acusação.

E na hipótese contrária, da irrelevância da dúvida, a afirmação da suficiência de indícios traduz um contexto de acusação que, em todo o caso, só deve ocorrer como última possibilidade de decisão. Com efeito, em razão do princípio da igualdade de cidadãos e da proibição do excesso, uma convicção de suficiência de indícios (e só esta, já que a insuficiência conduz ao arquivamento) deve, com carácter metódico e obrigatório, deve conduzir à verificação da decisão menos

<sup>27</sup> Newman, *apud* Cruz Bucho, p. 11.

<sup>28</sup> Só pode ser razoável se for “a doubt for wich reasons can be given”

<sup>29</sup> Ac STJ, 12/11/ 97 CJ (Ac STJ) V, T 3; Ac STJ, 13/01/1994, CJ, Acs STJ, T1, p, 200,

gravosa, seguindo uma linha gradativa: arquivamento por dispensa de pena; não sendo admissível, suspensão provisória do processo; ou ainda, a via do processo sumaríssimo preferir a de acusação em processo abreviado e, como derradeira alternativa, acusação em processo comum.



## II – PROVA E DILIGÊNCIAS DE PROVA

### 1 – MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA E MEIOS DE PROVA

Toda a investigação criminal visa responder a um conjunto básico de questões:

- a) quem (vítima / ofendido)?;
- b) o quê (crime / qual)?;
- c) como (*modus operandi*)?;
- d) quando (tempo)?;
- e) onde (lugar)?;
- f) porquê (móbil /razões)?.

A todas estas questões procura responder a actividade investigatória que procura recolher provas que demonstrem a existência do crime, identifiquem o seu autor e delimitem a sua responsabilidade. Através dessa actividade de aquisição da prova e do seu tratamento procede-se à instrução do processo criminal que, obrigatoriamente, perante a notícia de um crime (público) as autoridades terão de abrir.

Ora, para uma melhor compreensão, importa distinguir o que são meios de prova do que são meios de obtenção de prova. Com efeito, os primeiros são instrumentos de que se serve a investigação para recolher os meios de prova, enquanto estes visam demonstrar os factos que constituem o *thema decidendum*.

Assim, uma busca deve ser catalogado como meio de obtenção da prova ou fonte da prova, enquanto que os objectos, documentos, etc. apreendidos naquela diligência processual são meios de prova com incidência directa no convencimento da autoridade judiciária, juiz ou magistrado do Ministério Público. No que concerne a uma escuta telefónica, no momento da interceptação e gravação, é uma fonte de prova mas o resultado disso, ou seja, as conversas gravadas (registadas em áudio ou transcritas em papel) constituem meio de prova.

Os meios de obtenção de prova ocorrem, por regra, nas fases preliminares do processo, enquanto os meios de prova devem ser produzidos em audiência de julgamento (v.g. prova testemunhal) ou, se transmitidos a esta fase, devem ser examinados nesta altura, garantindo-se a concentração e imediação inerentes à produção e valoração da prova.

## 2 – BUSCAS E APREENSÕES

Em matéria de buscas, importa distinguir as domiciliárias ou equiparadas das não domiciliárias, já que o seu regime é diverso. Na verdade, enquanto as primeiras só podem ser autorizadas pelo juiz de instrução as segundas podem ser ordenadas pelo Ministério Público ou mesmo de iniciativa dos órgãos de polícia criminal; aquelas não podem ser levadas a cabo durante a noite e as restantes não apresentam a mesma restrição temporal.

No entanto, não é pacífico o conceito de *domicílio* (art. 32º nº 8 / 34º nº 2 CRP): se por certa corrente é tomado como espaço onde se surpreende a “vertente da intimidade da vida privada”(cfr jurisprudência do Trib Const<sup>30</sup>), para outros funciona como todo o espaço em que se projecte a personalidade do arguido<sup>(31)</sup>.

Daí que, consoante se siga um entendimento ou outro, a catalogação de certa busca e o seu regime serão diversos em inúmeros casos:

- a) sede de pessoa colectiva (sucursal; escritórios; arquivo; contabilidade /tesouraria; garagem, etc);
- b) domicílio profissional de trabalhador;
- c) repartição pública;
- d) quarto hotel;
- e) tenda / barraca / caravana
- f) cruzeiro / navio-hotel;
- g) igreja /capela;
- h) escola, etc.

As buscas devem obedecer a determinado formalismo, desde despacho fundamentado até à elaboração de auto e entrega de cópia ao visado.

Também as autoridades policiais podem fazer buscas em certos casos específicos:

- quando se trate de criminalidade organizada ou violenta e, no lugar reservado ao público (casa, armazém, etc.) a ser buscado, haja fundados indícios da prática de crime contra a vida e integridade física;
- quando o visado consinta, desde que tal consentimento fique documentado (embora se houver várias pessoas a viver na mesma casa, suscitam-se algumas questões de quem precisa de dar o consentimento);
- quando ocorra uma detenção em flagrante delito.

---

<sup>30</sup> Cfr. v.g. Ac TC 67/97, in ATC, Vol 36º, p. 247; Ac TC 452/89, in ATC, Vol 13º - T. I, p. 574; Ac TC 7/87, in ATC, Vol 9º, p. 31.

<sup>31</sup> Cfr. Gomes Canotilho e Vital Moreira, in CRP anotada.

Tenha-se, no entanto, presente que os actos dos OPCs não são originariamente processuais e que, destinando-se a sê-lo, terão de ser integrados através de acto da autoridade judiciária, quer por via de autorização prévia, quer por via de validação *a posteriori*. Sem prejuízo de haver actos das autoridades policiais que constituem medidas cautelares (neste plano, de prova).

Nessa senda, as apreensões realizadas no âmbito das buscas devem ser validadas no prazo de 72 horas (art. 178º do CPP).

### **3 – EXAMES E PERÍCIAS**

Os exames são levados a cabo nas pessoas, nos lugares ou nas coisas e visam recolher sinais ou vestígios do crime, elementos que respeitem aos elementos típicos do mesmo e das circunstâncias inerentes ao lugar, modo e motivação da prática do delito.

A recolha pressurosa dos indícios torna-se decisiva para o sucesso da investigação e para o desfecho do caso. Daí que a custódia da prova seja da maior importância. Por essa razão, as polícias dispõem de prerrogativas para poderem agir no sentido de acautelarem a preservação de indícios – impondo restrições de entrada e/ou saída de pessoas do local, se for necessário – e promoverem a manutenção e conservação da prova.

Muitas questões se levantam quanto a exames a pessoas.

Primeira, não podem os mesmos atentar contra o pudor do examinado, salvo situações relativas a assuntos (por exemplo, sexuais) que coincidem com o objecto da investigação.

Segunda, não podem, em qualquer caso, ultrapassar a dignidade da pessoa humana.

Terceira, importa, na generalidade dos casos que o examinado consinta ou colabore. Mas quando tal não acontece? Pode ser obrigado? Se é o arguido? Pode ser compelido? Mas o arguido é sujeito / objecto de prova?

Quarta, à luz de critérios de necessidade investigatória e de proporcionalidade, a demarcação das possibilidades de compelir alguém a exame das possibilidades de não o fazer passam pela ideia de saber se o exame é intrusivo ou não, consistindo os não intrusivos aquelas situações que radicam na recolha de elementos ou vestígios ao nível da superfície do corpo ou no exterior deste (recolha de urina, fezes, restos de pele, cabelos, saliva, etc.)<sup>(32)</sup>.

---

<sup>32</sup> Conforme tem sido a orientação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

#### 4 – OUTROS MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA

Podem ainda salientar-se outras fontes de prova, hoje, com cada vez mais expressão na investigação criminal, em face das novas formas complexas de prática do crime.

Entre elas importa referir as escutas telefónicas e demais interceptação de comunicações (v.g. correio electrónico, etc.), registos de voz e de imagem, entregas controladas, etc., matérias que não serão aqui tratadas por não constarem, de forma expressa do programa, sem prejuízo de nas sessões se fazer alusões quando se mostre oportuno<sup>33</sup>.

Não deixa de ser estranho que, numa nova era civilizacional, a da sociedade da informação e da comunicação, não se tenha encontrado soluções técnico-jurídicas e tecnológicas que superem ou dispensem os meios de prova tradicionais<sup>34</sup>. Até a ideia de que cabe às instâncias com responsabilidades na investigação (*maxime*, MP e OPC) estarem dotadas de meios e *know how* avançados para enfrentarem com eficácia a nova criminalidade e, bem assim, procederem a uma investigação eficiente em superação dos materiais probatórios tradicionais, não deixa de constituir uma subliminar panaceia já que os métodos de obtenção de prova que apelam ao domínio tecnológico são de utilização restrita e excepcional – perspectiva, naturalmente, correcta – e não de forma indiscriminada, sempre que interesse à investigação. Sobrelevam limitações dirigidas à produção e limitações à valoração da prova recolhida, desde a observância de catálogos, nem sempre coincidentes, para a interceptação telefónica, o registo de voz e de imagem ou das acções encobertas; aos requisitos formais e materiais que, em concreto, importa verificarem-se; até às reservas de admissibilidade dos conhecimentos fortuitos e de investigação, etc.

Uma área da investigação criminal, hoje muito importante, é a das acções encobertas, por definição, desenvolvidas “por funcionários de investigação criminal ou por terceiros actuando sob controlo da polícia judiciária para a prevenção e repressão dos crimes” (nº 2 do art. 1º da Lei nº 101/2001, de 25-08) indicados no “catálogo” desta lei, com ocultação da qualidade e identidade.

As especificidades desta matéria situam-se na questão dos informadores anónimos<sup>35</sup>; na falta de clareza legal sobre a natureza da figura do agente

---

<sup>33</sup> Apenas se procede, a título de exemplo, a referências a agente encoberto.

<sup>34</sup> A menos que se perspectivasse um novo “contrato social” que consentisse um sistema de “pan-videovigilância”, guardião de uma ordem pautada por um prisma securitário onde a liberdade individual se subalternizasse ao padrão do bem colectivo.

<sup>35</sup> Cfr. o conhecido caso alemão dos *V-Mann*, na óptica de admissibilidade de homens de confiança e confidentes – *in* M<sup>º</sup> I Velayos Martínez, *op. cit.*, p.499.

encoberto no tocante à matéria da aquisição da prova<sup>36</sup>; na elaboração (pela polícia) do relato da acção encoberta (nº 6 do art. 3º); e na eventual possibilidade de o agente encoberto ser chamado a depor no processo ou em audiência (art. 4º). O primeiro aspecto, conjugado com o segundo, conduz-nos para a questão das declarações prestadas, com observância das regras de protecção de testemunhas, em particular, de ocultação da identidade ou da utilização de identidade fictícia, sem que possa ser exercido em toda a sua plenitude o princípio do contraditório. No entanto, razões de combate à criminalidade grave, violenta e altamente organizada sugerem a adopção de medidas estatais de “menor lealdade” – até para tutela da integridade física e vida do agente encoberto que depõe qual testemunha –, o que combinada com a ideia de um procedimento autorizado e tutelado, em concreto, pelas autoridades judiciais a que se alia a rejeição de por si só não poder constituir “corpo de delito” para a condenação<sup>37</sup>, parece-me constituírem razões suficientes para concluir pela admissibilidade de princípio do mecanismo em causa, por se não revelar intolerável e desproporcionado à finalidade da sua utilização.

Acresce que o “relatório” elaborado pela polícia do desenvolvimento da acção encoberta, a ser junto ao processo, pode revelar-se uma prova com alguma importância.

Da mesma forma que o depoimento do próprio agente<sup>38</sup>, para além da parte em que depõe sobre o seu conhecimento *de vista*, se traduz em grande parte em depoimento indirecto (relato) do que ouviu aos arguidos e, eventualmente, a outras pessoas.

Sucedendo que sendo a polícia a fazer esse relato torna-se um depoimento indirecto de “segundo grau” cujo fundamento de admissibilidade reside na justificação do seu conhecimento, o mesmo é dizer, o estabelecimento da cadeia, o que significa “chamar” o próprio agente encoberto, ainda que a lei forneça como critério para a sua chamada – e em atenção a outras razões que não as de prova (à semelhança do que ocorre nos casos do art. 134º do CPP) – o da “indispensabilidade para a prova” (nº 4 do art. 4º da lei 101/2001).

---

<sup>36</sup> Que me leva a pensar tratar-se essencialmente de uma técnica de investigação, mais que de meio de obtenção de prova, sem relevar decisivamente a expressão do nº 1 do art. 3º “descoberta de material probatório”.

<sup>37</sup> Cfr. sobre este aspecto, sufragando a figura do agente encoberto, a decisão do TEDH de Van Mechelen *versus* Holanda de 23/4/1997.

<sup>38</sup> Cfr. em matéria que envolvem aspectos de valoração dos momentos de prova (relatório e depoimento) que a figura em apreço geram, Fátima Mata-Mouros, “O agente Infiltrado” in *RMP*, Ano 22, nº 85, Jan-Junho de 2001, p. 111 e ss; Isabel Oneto, *O Agente Infiltrado*, Coimbra Edtª, 2005, p. 198 e ss.; Manuel A Alves Meireis, *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*, Almedina, Coimbra, p. 189 e ss, 224 e ss, 233 e ss.

Mas o mesmo preceito, através da remissão para a Lei nº 93/99, sem restrição, fixa, por essa via, um valor para a prova, directa e indirecta: o de que a “decisão condenatória não pode fundar-se exclusivamente ou de modo decisivo no depoimento” daqueles cuja “identidade não foi revelada” (art. 19º nº 2 desta lei).

Daqui resultam, em minha conclusão, três corolários: Primeiro, o depoimento indirecto do agente encoberto, devidamente autorizado, é admitido expressamente por lei. Segundo, no plano da sua valoração, o relato não deixa de ter relevo, exigindo, porém, o legislador a sua corroboração por outras provas e /ou indícios para que se forme “prova plena”. Terceiro, não deixa de se registar uma contradição legal decorrente da produção de depoimento do agente encoberto por “indispensabilidade de prova” e, simultaneamente, negar-se um relevo de “valoração decisiva”, embora se compreenda esta restrição, do ponto de vista do contraditório.

## 5 – PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal não pode, por inúmeras razões, ser suprimida do quadro de meios probatórios em que o tribunal, as mais das vezes, há-de fundar a convicção que dará corpo à decisão.

A prova testemunhal continua a corresponder – na imagem de J. Bentham – aos olhos e ouvidos da justiça.

Com efeito, toda a prova pessoal, *maxime* testemunhal, integra um processo contínuo de selecção e deterioração da informação em vários estádios, quer no momento da percepção ou aquisição da informação, quer no da memorização ou retenção, quer no da recordação ou recuperação, quer no da manifestação, comunicação ou reprodução dos factos presenciados ou vividos.

Assim, a *percepção* dos acontecimentos não corresponde a um processo passivo de apreensão de conhecimento. O que significa que a testemunha – colocada na posição de “observadora” – não é absolutamente objectiva e neutral. A percepção é condicionada pelo contexto envolvente e por uma plêiade de factores internos ao próprio observador que o leva a “ver” as coisas pelo seu prisma, concluindo, porventura, de modo antagónico relativamente a outra pessoa que presencia o mesmo evento sob outra perspectiva e influenciada por outras circunstâncias pessoais e ambientais<sup>39</sup>. De facto, para qualquer observador, onde quer que se

---

<sup>39</sup> O que, por si só, explica muitos dos relatos antagónicos sobre o mesmo facto, v.g acidente de viação, bastando que cada testemunha tenha feito a sua observação do evento a partir de uma posição espacial ou de ângulo diverso para ter uma visão diferente da realidade dinâmica do caso, para além de todo o circunstancialismo pessoal (o veículo em que seguia, a relação de amizade com os intervenientes, a gravidade das consequências, a atenção no momento, a forma súbita e inopinada da ocorrência, etc.).

encontre, apenas a velocidade da luz é uma constante; tudo o mais sofre do “efeito de perspectiva”, incluindo o tempo e o espaço, grandezas nada despreciadas na precisão do registo histórico de certo evento. Além disso, a percepção tende a desprezar erros, as mais das vezes, preterindo aquilo que não é familiar ou aquilo que não compreende. Neste seu poder selectivo, apenas capta partes do fenómeno observado, do tempo útil da sua verificação, da sequência do acontecimento, do complexo de condicionantes e factores causais ou mesmo da realidade estática do evento<sup>40</sup>. O que equivale a reconhecer que a percepção não é a captação sequencial e ordenada de imagens, em jeito de filme, mas integra aquisições parcelares da sequência observada, pelo que a “composição” do evento, resulta também da integração lógica de hiatos factuais através do concurso de processos cognitivos, de emoções, de medos, de expectativas e de desejos.

Também ao nível da *retenção* ou do registo mnemónico do acontecimento observado continua a haver “perda da informação” já que não há memórias inesquecíveis, todas contribuindo para adensar o caudal de memórias, em que se associam algumas, se evocam reiteradamente outras e desvanecendo a generalidade delas. Por outro lado, aqui confluem factores de diversa índole quer sejam antecedentes, concomitantes ou subsequentes ao evento e que influenciam o seu registo. Acresce que “ter a certeza”<sup>41</sup> não é sinónimo de “ter boa memória”, significando apenas um maior grau de confiança nas capacidades mnemónicas. No mais, o papel do tempo na erosão da informação é incontornável. Por isso, as lacunas mnemónicas da informação – na testemunha directa – devem ser aceites com naturalidade<sup>42</sup>, tanto mais que nem todas as pessoas têm igual capacidade de memória periférica, ou imediata, ou de curto prazo ou de longo prazo.

Por sua vez, *recordar* é reconstruir, associando dados de origem diversa e integrando logicamente momentos descontínuos do facto, pretensamente, real. Do ponto de vista da psicologia judiciária, também parece ser mais fácil operar a desconstrução de uma versão sugestionada do que de uma história inventada (pela testemunha) e esta ainda mais fácil que uma história verdadeira. Mas, na fiabilidade da recuperação mnemónica e comunicação, tem também grande

---

<sup>40</sup> Paradoxalmente, por vezes, capta singularidades sem a menor relevância para o caso (v.g. a testemunha sabe que o arguido tinha uma tatuagem, mas não reparou de que veículo saiu ou conduzia).

<sup>41</sup> Expressão tão usada por certas testemunhas, correndo o risco de transmitir ao julgador incauto uma “imagem” de segurança e fiabilidade que, efectivamente, não existe, confundindo-se, tantas vezes, com uma repetida recordação do evento ou com a “preparação” do caso que cada testemunha, naturalmente, faz no período que antecede a sua inquirição em tribunal já que, como é comum dizer-se, “o interrogatório começa na véspera”.

<sup>42</sup> Daí que na apreciação da prova não se deve confundir o grau de fiabilidade de todo o depoimento ou da parte essencial do mesmo com incoerências marginais (desde que não invalidem, logicamente, a aceitação daquele).

influência a intervenção de quem conduz a inquirição<sup>43</sup>, havendo necessidade de observar técnicas de interrogatório (v.g. a adopção de uma linguagem neutra<sup>44</sup>), a fim de evitar um depoimento construído à medida do inquiridor que chega a forçar que a testemunha precise pormenores e escalpelize recordações, por vezes já vagos, o que conduzem a uma transmissão defeituosa ou errónea<sup>45</sup> face aos sistemas sensoriais da memória. É que quando a testemunha *diz que viu*, muitas vezes, apenas *pensa que viu* e, outras tantas, *pensa apenas*<sup>46</sup>.

Em suma, não há uma fórmula matemática ou um algoritmo da infalibilidade no apuramento da verdade. Há apenas aproximações e, no fim da linha, certezas subjectivas. Em todo o caso, é importante estabelecer a compatibilização do depoimento (directo ou indirecto) com os demais indícios materiais, elementos lógicos e sintomatologia de índole pessoal, porventura recorrendo a indicadores de veracidade<sup>47</sup> do relato. É que a crença no mundo sensitivo ou sensorial traduz um capital de confiança assente em dimensões de fé e álea sem grande sustentação objectiva.

Ora, toda a testemunha, quer seja apresentada pela acusação quer pela defesa, tem um conhecimento directo ou um conhecimento indirecto dos factos que constituem o crime que importa provar. Diz-se que tem conhecimento *directo* da ocorrência em apreço quando o mesmo resulta da percepção pessoal da testemunha – doravante, designada testemunha-fonte –, isto é, colhido através dos seus sentidos; e diz-se que tem conhecimento *indirecto* ou de ouvir-dizer quando o mesmo se formou por intermediação da percepção de outrem e transmitido através de uma representação oral, escrita ou mecânica.

Não raro, sucede que a testemunha tem conhecimento directo relativamente a alguns aspectos ou circunstâncias e, no tocante a outros, apenas tem conhecimento indirecto. Sobre a matéria do *depoimento indirecto*<sup>(48)</sup>, dispõe o n.º 1 do art. 129.º do CPP que “se o depoimento resultar do que se ouviu dizer a pessoas determinadas, o juiz

---

<sup>43</sup> Cujos perigos inerentes dão corpo á metáfora de Binet segundo a qual o interrogatório constitui uma “formidável máquina de sugestão”.

<sup>44</sup> Já que não é indiferente a utilização de certo verbo, em detrimento de outro, para exprimir a acção de um embate ou colisão de veículos (chocar, esmagar, bater, tocar ou, simplesmente, embater). De resto, quando o inquiridor questiona a testemunha não deve partir de princípio nenhum porque isso significaria, por certo, partir de preconceitos ou pre-compreensões.

<sup>45</sup> O que leva Stern a afirmar que um testemunho errado não é a excepção mas a regra!.

<sup>46</sup> Que até pode ser um pormenor decisivo v.g. saber se o veículo pisou o traço contínuo, avançou no sinal amarelo ou vermelho; ou pode ser o resultado de um puro raciocínio v.g. quando ouve um particular dizer ao funcionário (da câmara, do fisco, etc.) “peça o que quiser...” concluir que se trata de uma proposta de corrupção ou de pedido de documentação, sem conhecer o contexto da afirmação.

<sup>47</sup> Para o que há métodos e modelos de avaliação da credibilidade da testemunha e da veracidade do relato (v.g. indicadores Salter /1988; indicadores Steller e Koehnken /1989).

<sup>48</sup> Cfr. Carlos Adérito Teixeira, “Depoimento directo e arguido: admissibilidade e livre valoração *versus* proibição de prova” in *Rev.ª do CEJ*, n.º 2, 2005, p. 127-192.



pode chamar estas a depor. Se o não fizer, o depoimento produzido não pode, naquela parte, servir como meio de prova, salvo se a inquirição das pessoas indicadas não for possível por morte, anomalia psíquica superveniente ou impossibilidade de ser encontradas”.

Este dispositivo legal<sup>49</sup> vem, na sua essência, estabelecer as condições em que pode ser admitido e valorado o depoimento indirecto. Não parece veicular qualquer intencionalidade do legislador de impedir, em geral, a sua utilizabilidade. De resto, na linha de grande parte da doutrina germânica<sup>50</sup>, mais do que um problema de admissibilidade ou legitimidade, a matéria do depoimento indirecto suscita questões de valor probatório e inerente ponderação no quadro legal da prova produzida.

Deve notar-se que aquele dispositivo jurídico apresenta uma regulação incompleta da matéria.

Do ponto de vista dos modelos que o direito comparado oferece pode-se, em singela sinopse, catalogar os regimes jurídicos em três sistemas: o de (a.) *admissibilidade irrestrita*, para que tende a tradição francesa ao não impor regras apriorísticas sobre o grau de credibilidade da testemunha de referência ou sobre a indisponibilidade da testemunha directa ou sobre o valor do depoimento indirecto; o de (b.) *admissibilidade condicionada* em que podemos situar, em graus diversos, o sistema alemão<sup>51</sup>, o italiano<sup>52</sup>, o espanhol<sup>53</sup> e o português que postulam uma admissibilidade genérica com imposição de requisitos, além de o maior ou menor grau de imediação (objectiva ou subjectiva) se repercutir em diferente valoração do depoimento indirecto; e o sistema de (c) *proibição geral* em que se posicionam os regimes jurídicos da *common law* ou, em geral os regimes enformados pelo princípio acusatório, sistema este matizado por um vasto campo de excepções e regras específicas<sup>54</sup> que diferenciam o sistema inglês do americano (EUA) e estes de outros países da mesma família (Canadá, Austrália, Nova Zelândia, etc.)<sup>55</sup>.

<sup>49</sup> À semelhança do que sucede, por exemplo, com o art. 195º do CPP italiano.

<sup>50</sup> Designadamente, K. Tiedeman, Schlüchter, Gössel, como dá conta Costa Andrade, in *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1992, Coimbra Editora, 163, 164 e ss..

<sup>51</sup> Cfr. § 244. II e III.2 do StPO.

<sup>52</sup> Cfr. art. 195º do CPP italiano de 1988. Cfr. também Paolo Tonini, *A Prova no Direito Penal Italiano*, 2002, Edtª Revista dos Tribunais, São Paulo, pag. 116 e ss.

<sup>53</sup> Cfr. art. 710º (além de outros, v.g. 714º, 730º e 813º) da Ley de Enjuiciamiento Criminal espanhola.

<sup>54</sup> Designadamente, as regras de *exclusão* e de *inclusão* de prova logicamente probatória, cujo escrutínio se reserva para um campo de discricionariedade judicial.

<sup>55</sup> Um tratamento panorâmico dos regimes jurídicos no direito comparado – ainda que sem a preocupação de catalogação que apresento no texto – e alguma escalpelização do sistema americano pode colher-se em Mª Isabel Velayos Martínez, *El Testigo de Referencia en el Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valência, 1998, pags. 61 e ss, 259 e ss. 347 e ss., 500 e ss.; Gabriella di Paolo, *La Testimonianza “de Relato” nel Processo Penale – un ‘Indagine Comparata’*, Universidade W3C CSS, Trento, 2002, pag. 165 e ss.

Nem sequer será estranho a este estado de coisas, “proibicionista”, o vetusto recurso ao tribunal de júri, integrado por jurados sem formação jurídica, a respeito de quem se acredita que a adopção da *hearsay evidence rule*<sup>56</sup> constitui o sistema da “melhor prova” e assegura o princípio da estabilidade e aceitação social dos veredictos<sup>57</sup>.

No que concerne ao caso português, neste plano, a leitura que julgo poder fazer-se é a de que o parâmetro normativo em análise permite a utilizabilidade, em geral, do depoimento indirecto como meio de prova, embora condicionada a sua admissibilidade ao chamamento da fonte do conhecimento dos factos. Verificado o condicionamento imposto, estará franqueado o percurso hermenêutico e o quadro legal de valoração daquele testemunho, em consonância com as regras gerais que decorrem do art. 125º e 127º do CPP.

Também não parece que a matriz acusatória do processo que a CRP de 1976 consagrou implique um sistema de proibição de depoimento indirecto<sup>58</sup>, já que, por um lado, a densificação ou clarificação do nº 5 do art. 32º da CRP há-de passar pela ideia de “estrutura basicamente acusatória”<sup>59</sup>, integrada por um princípio de investigação, o que afasta o nosso sistema processual penal dos regimes jus-processuais de acusatório puro, logo compatível com a admissibilidade daquele meio de prova a partir de uma perspectiva integrada de todo o sistema legal interno; por outro lado, atendendo à diversidade de regimes concretos sobre a matéria (e panóplia de excepções à regra), no plano do direito estrangeiro, mesmo nos sistemas que melhor se arrumam no modelo acusatório<sup>60</sup>, é difícil sustentar uma solução dogmática coerente com os sistemas inspiradores.

Este modelo, de admissibilidade condicionada, parece corresponder melhor ao primado da “melhor prova disponível”, naturalmente, sob a égide do princípio da imediação e, bem assim, dos princípios da concentração, da oralidade e do contraditório. De resto, os sistemas da *common law* acabam, no estágio actual ou recente da sua evolução, por aceitar esta lógica através da chamada “cláusula” ou “excepção residual” que postula a admissão de *hearsay* quando se observem,

---

<sup>56</sup> O mesmo é dizer *hearsay is no evidence*.

<sup>57</sup> Cfr. a este propósito C. Nesson, “The evidence or the event? On judicial proof and the acceptability of verdicts” in *HLR*, Vol. 98, 1985, pp. 1357-1398.

<sup>58</sup> Como chegou a defender Costa Andrade em Parecer Jurídico, publ. in *Col. Jurisp*, Ano VI, 1981, T I, p. 11 e ss.

<sup>59</sup> Ideia reiteradamente presente no pensamento e escritos do Prof. J. Figueiredo Dias.

<sup>60</sup> Onde, manifestamente, melhor se compreende a *hearsay rule*, em virtude dos princípios que lhe andam associados, designadamente em matéria de “processo de partes” e juiz árbitro, exercício do contraditório e amplitude do dispositivo, igualdade de armas e direito à prova, disponibilidade do processo e do seu objecto, regras de valoração de prova, etc. etc.

basicamente, duas condições<sup>61</sup>: participação à outra parte da intenção de produzir prova testemunhal de ouvir-dizer e convocação do autor da afirmação reproduzida quando o mesmo esteja disponível.

O condicionamento para a admissibilidade e valoração do depoimento indirecto traduz-se, antes de mais, na exigência de a testemunha de ouvir dizer estar em condições de *indicar*, identificando ou individualizando<sup>62</sup>, a “testemunha-fonte” ou a fonte material do conhecimento. De resto, o nº 3 do art. 129º é peremptório em afastar a possibilidade de se valorar declarações de testemunha de ouvir-dizer que se recuse ou não esteja em condições de indicar a pessoa ou a fonte através das quais tomou conhecimento. E através deste requisito, o legislador exclui, em geral, a utilizabilidade de informações com origem em fontes anónimas<sup>63</sup> de conhecimento.

Esta condição de admissibilidade do depoimento indirecto – *indicar a fonte* – significa que se procura, por um lado, apurar junto da testemunha indirecta a sua razão de ciência e, por outro, a justificação da aquisição do conhecimento que diz ter dos factos, quando é certo que a testemunha directa é questionada, apenas, da sua razão de ciência.

Já no âmbito do CPP de 1929, o art. 233º impunha que às testemunhas fosse “perguntado o modo por que souberam o que depõem. Se disserem que sabem de vista [...]. Se disserem que sabem de ouvido, serão perguntadas a quem o ouviram, em que tempo e lugar, e se estavam aí outras pessoas [...]”. A inutilizabilidade da prova testemunhal de ouvir-dizer era contemplada no § único do mesmo preceito ao cominar-se que “o juiz não mandará escrever a resposta da testemunha que não dê razão alguma da ciência do que afirma”.

Por conseguinte, na obrigação de “indicar” a fonte reside um propósito de disponibilidade de acesso ao conhecimento originário. Tal escopo permite, desde

---

<sup>61</sup> Com naturais variantes, segundo os sistemas, mas de modo similar ao condicionamento português. Cfr. sobre a cláusula residual, A. S. Zuckermann, *The Principles of Criminal Evidence*, 1989, Oxford, p. 217 e ss.

<sup>62</sup> Não parece necessário que a testemunha de referência conheça todos os elementos de identificação (nome, apelido, morada, filiação, profissão, estado civil, etc. etc.). Isso seria destituído de senso e avesso à realidade das coisas, já que as pessoas não conhecem os dados nominativos todos e, por vezes, nem os dados fundamentais completos das demais pessoas, mesmo daqueles que integram o seu círculo de amizades. Bastará, por conseguinte, que forneça dados que inequivocamente identifiquem, individualizem e /ou localizem a pessoa, fonte de informação, por forma a permitir que o tribunal, designadamente através das forças de segurança, possa chegar até ela. Neste sentido, afirmar que se ouviu dizer a João do Carmo, segurança na discoteca X, pode ser suficiente, para se chegar à identificação completa e localização do mesmo.

<sup>63</sup> Esta asserção merece outro desenvolvimento em sede de agentes encobertos e de protecção de testemunhas (cfr. *infra*, ponto II).

logo, dissuadir relatos ou mesmo efabulações que não possam ser confirmados na fonte, seja porque a testemunha de ouvir-dizer não consegue identificar ou individualizar aquela, seja porque, conhecendo a fonte, não a quer identificar, ainda que por compreensíveis razões (v.g. alguém que teme represálias se vier a depor ou, simplesmente, não pretende sujeitar-se a incómodos); permite também aferir da credibilidade do testemunho indirecto (e do directo no confronto com aquele); permite, ainda, ao julgador chegar ao primeiro relato, o mesmo é dizer, contactar com quem presenciou ou por qualquer modo tomou conhecimento sensorial do facto criminoso.

Uma outra condição de admissibilidade do depoimento indirecto reside na necessidade de o tribunal<sup>64</sup> chamar a depor a testemunha-fonte, como forma de garantir a fiabilidade suficiente da prova em apreço. A utilização pelo legislador do verbo “pode”, não deixa de significar um poder-dever, inscrito no conteúdo da tarefa de prossecução da verdade material. Com efeito, a expressão básica da proibição de valoração do depoimento indirecto reside precisamente na circunstância de o julgador não “chamar” a testemunha-fonte<sup>65</sup>. Ainda assim, a formulação, em jeito de faculdade, explicita inequivocamente um poder não vinculado às pretensões das partes (não sendo *direito* destas), em consonância com a regra geral do art. 340º do CPP, além de assegurar a eventualidade de o tribunal evitar diligências dilatórias e descontinuidade da audiência, por estar suficientemente esclarecido com a restante prova, de modo a inexistir razão para a utilizabilidade do depoimento indirecto ou a produção do directo. De resto, não é inócuo o requisito de o tribunal chamar a testemunha-fonte a depor para estabelecer um efeito de dissuasão efectivo nas estratégias processuais de falar por interposta pessoa ou demarcando-se e desresponsabilizando-se do que se diz e, bem assim, evitar que se façam juízos na base do diz-que-disse.

A esta regra de condicionamento escapam, porém, os casos em que a inquirição da pessoa-fonte não se mostra possível por já ter morrido, de padecer de anomalia psíquica superveniente ou de ser impossível encontrá-la (parte final do nº 1 do art. 129º). Nestes casos, o julgador pode valorar o depoimento indirecto, legitimado por uma via “automática” de utilizabilidade.

---

<sup>64</sup> A norma em apreço, ainda que assuma plena afirmação no julgamento, desde logo, porque ali se fala em o “juiz pode chamar” a depor... e já que é nesta sede que se garante a plenitude do princípio da imediação e do exercício do contraditório, não deixa de ser aplicável nas fases anteriores do processo (Inquérito ou Instrução), como as normas adjacentes e complementares sugerem (v.g. o nº 2 do art. 131º do CPP fala em “autoridade judiciária” para aferição da aptidão e credibilidade das testemunhas, directas e indirectas).

<sup>65</sup> Foi com o fundamento de não ter sido chamada a “testemunha-fonte” que o STJ, em Ac de 8/01/2003 (CJ, nº 166, Ano XXVIII, T I, 9. 149 e ss.) considerou violado, logo gerador de invalidade, o art. 129º do CPP (Cfr. ainda Ac. De 10/01/2000, procº 2539/00 – 3ª Secção).

Ora, inúmeras questões se levantam a propósito desta excepção ao condicionamento da admissibilidade, no plano da economia do preceito.

Antes de mais, questiona-se a razão de ser do tratamento diferenciado daquelas situações e a resposta parece residir na natureza das próprias situações-limite que ali estão previstas (morte e anomalia psíquica), enquanto impedimentos absolutos de se alcançar a fonte da informação. Mas esta justificação não serve no que concerne aos casos, certamente os de maior expressão estatística, que integram a excepção da “impossibilidade de ser encontrada” a fonte do conhecimento, já que se trata de um impedimento relativo<sup>66</sup>. Nesta parte, o legislador atende a outras razões que escapam aos escopos lógico-normativos imediatos da norma – prossecução da verdade material e imediação, bem como de aferição de credibilidade do depoimento indirecto – designadamente, à de celeridade processual e à de continuidade da produção de prova (em particular, em audiência), autorizando a utilizabilidade do depoimento indirecto sem que a pessoa-fonte tenha podido ser inquirida, em virtude de, simplesmente, não ter sido encontrada mesmo estando identificada. Neste pormenor, o nível de exigência do legislador para permitir a valoração do depoimento indirecto como meio de prova, sem corroboração, parece ser, efectivamente, menor, não obstante o termo “impossibilidade” demandar uma indagação séria e realista de localização da fonte do conhecimento.

Questão conexas com a referida diz respeito ao âmbito da excepção. É que, partindo da ideia segundo a qual estamos, nesta parte, perante uma norma excepcional que não admite aplicação analógica, não se compreende que o legislador não tenha abarcado outras situações-limite cuja natureza do impedimento, em alguns casos, em nada difere, objectivamente, das anteriormente assinaladas, como sejam: *i*) os casos de a testemunha-fonte estar em estado comatoso (profundo e irreversível); *ii*) a testemunha-fonte estar em estado de saúde física que o impeça de depor (com paralisia de órgãos vitais, tetraplégico e com perda de voz, etc.); *iii*) a testemunha-fonte residir em país estrangeiro, persistindo a impossibilidade prática da sua comparência e inquirição<sup>67</sup>; *iv*) a

---

<sup>66</sup> Sem que o legislador defina o ponto em que se atinja a “impossibilidade” – cuja realização apela para uma ideia de razoabilidade, tempo útil e carácter decisivo do meio probatório em questão – deixando, todavia, para as contingências do caso concreto a determinação da sua verificação, sendo certo que para tal convergem o nível de eficácia das entidades cuja colaboração o tribunal solicitou e o grau de exigência (ou insistência ou experiência ou imaginação) colocado nas diligências de localização. A verdade é que o “chamamento” da fonte não pode constituir ónus da testemunha, já que não pode sobre ela incidir o dever de a fonte ser por ela “a apresentar”, sem prejuízo do dever de lealdade e colaboração devidas.

<sup>67</sup> É claro que a teleconferência pode resolver alguns dos casos de ausência no estrangeiro, mas é preciso que se conjuguem, entre o mais, duas coisas: que esteja estabelecida a possibilidade e articulação tecnológica (também para o continente africano, americano, etc.) e que haja adesão por parte da pessoa a ouvir, porquanto o quadro compulsório das testemunhas vigora no espaço português (e onde e na medida em que os acordos de cooperação judiciária internacional permitam alguma intervenção).

testemunha-fonte se recusar efectiva e injustificadamente a prestar declarações, não obstante as consequências penais que daí lhe possam advir; *v*) a testemunha-fonte ser particularmente vulnerável (v.g. criança de 2 ou 3 anos, vítima de abuso sexual), quando o ambiente judiciário não é, de todo, ambiente propício (de acolhimento e segurança) para a extrospecção de algo que assume contornos vivenciais dramáticos e que se perfila como de vitimização secundária<sup>68</sup>; *vi*) os casos de “impossibilidade jurídica” de prestação de depoimento decorrente de certa faculdade legalmente reconhecida como sucede com a recusa de familiares do arguido ao abrigo do art. 134º do CPP; bem como os casos em que a testemunha-fonte está vinculada pelo segredo religioso, pelo segredo de Estado ou pelo segredo profissional em geral<sup>69</sup>; e ainda as situações em que a testemunha-fonte recusa prestar declarações perante perguntas cuja resposta implicaria a sua responsabilização criminal ou *privilege against self-incrimination* (nº 2 do art. 132º do CPP).

Note-se que o legislador no nº 4 do art. 356º parece ter sido sensível a este estado de coisas que integram uma multiplicidade de situações concretas, parecendo mais providente ao substituir a expressão “impossibilidade de ser encontrada” do elenco da excepção – que, no mais, se mantém igual – por “impossibilidade duradoira”, permitindo, assim, abranger não só os casos de impossibilidade de ser encontrada mas também as impossibilidades “naturalísticas” (casos *i*, *ii*, e *iii*) atrás referenciadas.

Por conseguinte, o nosso sistema de “admissibilidade condicionada” do depoimento indirecto, moldado por influências continentais mas também do sistema da *common-law*, verdadeiramente, acaba por ter quatro grelhas de casos:

Uma primeira grelha de casos, de *inadmissibilidade* do depoimento indirecto, quando a testemunha de referência não está em condições de “indicar” a fonte da informação, na decorrência do nº 3 do art. 129º do CPP.

Uma segunda grelha diz respeito às situações de verdadeira *admissibilidade condicionada* – decerto a de maior expressão estatística – quando se faz depender e se operacionaliza o “chamar” (a notificação) da testemunha directa que, comparecendo e prestando declarações, abre um amplo caleidoscópio de níveis de valoração de cada depoimento.

---

<sup>68</sup> De resto, a combinação de algumas normas da Decisão-Quadro 2004/68/JAI do Conselho, de 22-12-2003 (v.g. art. 9º) com outras da 2001/220/JAI do Conselho, de 15/03/2001 (v.g. arts. 2º e 8º) e a Lei nº 93/99, de 14-07, apontam para um tratamento procedimental diferenciado, consoante o estágio de desenvolvimento e idade que, no limite, o legislador nacional deve reflectir sobre a admissibilidade de depoimento indirecto, designadamente, nos crimes sexuais e de lenocínio.

<sup>69</sup> Não obstante, neste caso, existir o mecanismo do art. 135º do CPP, que pode não resolver a questão se não for obrigada a prestar depoimento e ainda se, mesmo sendo obrigada, a testemunha continuar a não prestar declarações.

A terceira grelha contempla as exceções a este condicionamento<sup>70</sup>, integradas pelas situações previstas na parte final do nº 1 do art. 129º do CPP, cuja *admissibilidade* se pode configurar como automática.

A quarta grelha integra um vasto campo de *exceções “atípicas”* ao condicionamento, basicamente, de três ordens: *i)* os casos de impossibilidade “naturalística” (estado de coma; amnésia total ou bloqueio comprovado; problema físico incapacitante; ausência no estrangeiro sem haver possibilidade de fazer comparecer, etc.) cujo impedimento da fonte apresenta uma natureza equivalente ao das situações ressalvadas na previsão legal<sup>71</sup>; *ii)* os casos de “impossibilidade jurídica” de a testemunha fonte prestar declarações (decorrente do privilégio da não auto-incriminação; direito de recusa, atenta a relação de parentesco ou afinidade com o arguido; dever de reserva em razão de sigilo profissional ou outro com acolhimento legal); *iii)* os casos de “indisponibilidade”, voluntária ou não<sup>72</sup>, da testemunha-fonte em prestar depoimento.

Ora, se relativamente às três primeiras grelhas de casos parece poder haver mais fácil consenso em torno da admissibilidade ou não do depoimento indirecto, já quanto aos casos da quarta grelha a questão mostra-se mais controvertida no quadro jurídico português.

Escalpelizando a questão e na decorrência do panorama enunciado, importa saber se também é requisito de admissibilidade do depoimento indirecto haver necessidade de a testemunha-fonte – para além de ter sido identificada e chamada a depor – *comparecer*, bem como *prestar declarações* e, ainda, *confirmar*, total ou parcialmente, o depoimento da testemunha de referência.

O legislador não se refere explicitamente a estes aspectos.

Se o legislador pretendesse impedir a utilizabilidade do depoimento indirecto ou restringir, drasticamente, o seu âmbito e valor deveria fazer depender o mesmo – para além das condições procedimentais expressas na lei (indicação da

---

<sup>70</sup> Considera-se excepção ao condicionamento da regra da admissibilidade geral do depoimento indirecto e não na perspectiva de excepção à regra da proibição, própria dos regimes jurídicos onde pontifica a regra da *hearsay evidence*.

<sup>71</sup> Já relativamente a uma prova material (documento, etc.) parece não se suscitar com a mesma premência tantos problemas na doutrina e jurisprudência para valorar o depoimento indirecto que baseia naquela a origem do seu conhecimento.

<sup>72</sup> Para além dos casos de pura recusa, variadas situações existem de pânico, tensão psicológica, etc. que levam a testemunha-fonte a não prestar declarações (v.g. menor de tenra idade; ou toxicodependente que actua como informador da polícia, colocado perante o traficante que ele denunciou; testemunha de crime grave, ameaçada ou coagida).

testemunha-fonte e seu chamamento a depor) – de três condições adicionais<sup>73</sup> que ali não constam: primeira, exigir a *efectividade de prestação de depoimento directo*, requisito que implicaria a irrelevância dos depoimentos indirectos cujas testemunhas-fonte não comparecessem ou, comparecendo, se recusassem, legítima ou ilegítimamente, a depor, não podendo o tribunal socorrer-se, por coerência, do mecanismo previsto no art. 135<sup>o</sup><sup>74</sup> do CPP; segunda, exigir a *confirmação pela testemunha-fonte da existência de conversa com a testemunha indirecta* ou reconhecimento de que prestara (perante esta ou por forma que esta pudesse ter ouvido) as declarações cuja autoria lhe é atribuída, havendo muitas situações reais em que a testemunha-fonte não se recorda ou não está em condições de garantir ter feito o relato à testemunha indirecta; terceira, exigir a *confirmação pela testemunha-fonte do conteúdo do depoimento indirecto* no sentido de se tornar necessário estabelecer uma sobreposição coerente e perfeita entre ambos os depoimentos, sendo certo que, as mais das vezes, ocorrerão imprecisões, incoerências e contradições entre aqueles.

A ausência de especificação regulamentar consente diferentes leituras sobre a valoração da prova testemunhal (maxime, de ouvir-dizer). De um lado, a tese da *subsidiariedade* do depoimento indirecto conduz ao aproveitamento deste apenas quando ocorra alguma das excepções previstas na parte final do n<sup>o</sup> 1 daquele preceito legal e à inutilizabilidade daquele depoimento nos restantes casos, designadamente, quando se disponha de depoimento directo (reconduzindo a utilidade daquele a estabelecer a ponte para a testemunha directa, logo, indutor de imediação). Por outro lado, admissível é também o entendimento de *subalternidade* valorativa do depoimento indirecto face ao directo<sup>75</sup>, atenta a idiosincrasia imanente àquele, quando sejam ambos prestados e, por coerência, reconhecendo ao mesmo um reduzido valor quando se mostre impossível a obtenção do depoimento directo. Acresce a via da *equiparação relativa* de valoração de qualquer dos depoimentos segundo o princípio da livre convicção e das regras da experiência, reconhecendo, *a priori*, um eficaz alcance probatório de qualquer dos depoimentos, prestados – o que significa que se podem corroborar, equivaler ou qualquer um deles prevalecer –, persistindo a relatividade de valor do depoimento indirecto, quando prestado isoladamente, mesmo nos casos da sua “automática” admissão legal.

---

<sup>73</sup> Que J. Bentham resumia na necessidade de averiguar quem “se supõe que existe, se supõe que conversou e se supõe que disse o que outro afirma”, in *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Ed. Comares, 2001 (original de 1823), p. 341.

<sup>74</sup> No que seria um verdadeira inversão de lógica das coisa: ser a circunstância de se tratar de um depoimento indirecto (que importava avalizar) a causa de obstaculização de um expediente processual (art. 135<sup>o</sup> CPP) consagrado, não obstante a dimensão coerciva, como via necessária e importante para alcançar a verdade.

<sup>75</sup> J. Bentham defendia que o testemunho de ouvir-dizer tinha, muitas vezes, valor inferior ao depoimento directo, ressalvando, no entanto, a sua admissibilidade, excepto para os casos em que se tivesse produzido prova superior – cfr. *Tratado ...*, v.g. p. 343 e ss.



Outra questão prende-se com o grau de convicção que pode induzir o depoimento indirecto: pode fazer prova plena, semi-plena, ou apenas princípio de prova? Ou, dito de outro modo, tem virtualidade para formar, por si só, uma convicção (*maxime*, de condenação) ou apenas serve para exprimir certos níveis de probabilidade e verosimilhança?

No plano da corroboração – quer perspectivando a prova numa linha de “frequência absoluta”, quer de “denominador comum”, quer de “puzzle integrador” –, o depoimento indirecto pode revestir importância, de sentido inverso, já que as testemunhas de ouvir-dizer, na expressão de Gollwitzer, “sempre oferecerão tópicos preciosos para avaliar do valor probatório dos depoimentos de testemunhas mais próximas do facto”<sup>76</sup>.

Significa isso também que um depoimento indirecto isolado<sup>77</sup>, ou mesmo a prova baseada exclusivamente em testemunhos de ouvir-dizer, sem suficiente corroboração, não podem, em princípio, constituir prova bastante para elidir a presunção de inocência de que o arguido beneficia, mesmo nos casos de admissibilidade automática da testemunha de referência<sup>78</sup>.

Importará, porém, ressaltar hipóteses extremadas de certos crimes (v.g. homicídio), em que a testemunha principal seria a própria vítima, quando os depoimentos indirectos (v.g. sobre a informação ouvida telefonicamente por elementos do serviço de urgências, chamados pela própria vítima, e médicos do INEM a quem esta, em agonia, indica o autor dos factos) nos momentos imediatos à prática do crime ou, porventura, relativos a conversas travadas, em momento anterior ao crime<sup>79</sup>, entre a vítima e pessoas da sua confiança (v.g. sobre o móbil, circunstancialismo propício, ameaças e descrições do *modus operandi*), quando a

<sup>76</sup> Citado por Karl-Heinz Gössel, “As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Jul-Set/1992, p. 418, Aequitas e Editorial Notícias, Lisboa. De resto, no direito alemão, admite-se qualquer meio de prova na busca da verdade desde que o tribunal procure que se torne possível a comparação da testemunha-fonte e desde que não se confira valor suficiente ao depoimento indirecto que permita, por si só, condenar alguém sem ser corroborado por outro meio de prova com maior valor (§ 244. II e III. 2).

<sup>77</sup> Antonio Dellepiani alude à “imperfeição inerente a todo o testemunho isolado por mais imparcial que seja a testemunha” para reconhecer “força de prova plena à pluralidade de testemunhas contraditadas tal como com o concurso de vários indícios (que isolados não fazem prova e reunidos a produzem)” – in *Nova Teoria da Prova*, 1958, Rio de Janeiro, J Konfino, 2ª edª, p. 144).

<sup>78</sup> Existem decisões jurisprudenciais, de vários quadrantes, que admitem a aptidão do depoimento indirecto para servir de base a uma condenação (cfr. v.g. decisão do Trib. Supremo espanhol 79/1994, de 14 de Março ou a 35/1995, de 6 de Fevereiro, entre muitas outras e não obstante variações e desenvolvimentos de perspectiva).

<sup>79</sup> Situações cuja admissibilidade integram a excepção *dying declarations* do sistema norte-americano. Cfr. Costa Andrade in *Proibições...*, op. cit., p. 162.

credibilidade não suscite reservas; ou ainda nos casos de criminalidade violenta e altamente organizada que dificilmente se compadece com depoimentos directos sem pôr em risco a integridade física das testemunhas<sup>80</sup> que os proferem.

## 6 – DECLARAÇÕES DO ARGUIDO E DEPOIMENTO DE OUVIR DIZER AO ARGUIDO

As declarações do arguido – em interrogatório – constituem, na sua pura essência, um concreto e adequado espaço<sup>81</sup> do *exercício de defesa*. Nesse acto, o arguido toma conhecimento das imputações que pendem sobre ele, pode pronunciar-se, refutar, reagir, juntar prova, requerer a realização de diligências ou de produção de outras provas, além de ter acesso às provas que fundamentam<sup>82</sup> a decisão emergente. É pelo facto de não serem prova que se pode defender que o reconhecimento da autoria dos factos, em inquérito, sem qualquer outro elemento probatório<sup>83</sup>, não constitui indicição suficiente para efeitos de ser formulada uma acusação, mostrando-se apenas previstos, em sede de audiência de julgamento, certos efeitos decorrentes da confissão da prática dos factos, levada a cabo em liberdade e responsabilidade. Ou seja, o arguido *não é sujeito de prova*<sup>84</sup>.

Ora, a linha hermenêutica anteriormente esboçada, no quadro dos princípios e da geografia dos institutos do CPP, sugere dois postulados básicos cuja densidade de conteúdo e corolários importa apreciar no âmbito do depoimento indirecto referenciado ao arguido: primeiro, a figura do depoimento indirecto constitui um *momento de prova* em que se promove a imediação para acautelar riscos na

---

<sup>80</sup> Que a jurisprudência americana admite com dispensa da revelação da identidade, em face de um *reasonable fear* de atentado contra a integridade física ou mesmo a vida.

<sup>81</sup> Entre outros actos, naturalmente.

<sup>82</sup> Mesmo em sede de primeiro interrogatório, e perante a medida de coacção de prisão preventiva ou equiparada, sob arbítrio do juiz de liberdades, tendo em conta a ponderação casuística que haverá a fazer dos interesses em causa a fim de evitar que o acesso ao processo ou a sua negação conduza à postergação dos outros valores que não são tutelados pelo sentido da decisão.

<sup>83</sup> Quadro esse inusitado, ou mesmo inexistente, já que sempre haverá algum(s) elemento(s). Ainda assim, uma confissão em inquérito não se transmite ao julgamento (como determinadas provas), já que bastará o silêncio ou nova versão para aquela confissão perder *actualidade* e *vigor jurídico*, enquanto das demais provas é expectável a sua reprodução, designadamente em face do dever de verdade da testemunha e das consequências penais para a sua inobservância.

<sup>84</sup> Não obstante, se prever a admissibilidade da confissão – que tendencialmente o beneficiará já que seria “contra-natura” a confissão de alguém, em caso de manifesta falta ou insuficiência de prova (cfr. Guilherme Souza Nucci, *in O Valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal*, Edt<sup>a</sup> Rev<sup>a</sup> dos Tribunais, São Paulo, 1997) – e a admissibilidade da acareação, como momentos de prova, a verdade é que o arguido, não pretendendo esclarecer o que quer que seja ou simplesmente não pretendendo incomodar-se, usa do seu direito ao silêncio, não podendo ser coagido a fazê-lo (no que constitui a vertente negativa da liberdade de declaração – *nemo tenetur se ipsum accusare*).

prossecução da verdade; e, segundo, consagra-se naquela norma um (raro) *momento do princípio da investigação* tendo em vista operacionalizar o desígnio da “melhor prova disponível” para atingir a verdade processual<sup>85</sup>.

No contexto do primeiro parâmetro enunciado – depoimento indirecto como *momento de prova* –, cabe perguntar como pode o arguido ser “testemunha-fonte” ou, por outras palavras, como pode o arguido intervir enquanto pessoa a quem a testemunha de referência ouviu dizer para que se cumpra o condicionamento do nº 1 do art. 129º (“chamar” a fonte)?

É verdade que a letra do preceito não fala em testemunha-fonte mas antes em “pessoa determinada”; pelo que, não se restringindo à categoria de testemunha, poderia admitir-se que o arguido integraria a figura de “pessoa determinada”<sup>86</sup>. Mas esta via literal mostra-se curta. Por um lado, a inserção sistemática – “Da Prova Testemunhal” – não parece acompanhar, sem incoerência, aquele sentido literal; por outro, a expressão “pessoa determinada”<sup>87</sup> justifica-se porque sucede com frequência que a pessoa indicada como “fonte” não é (ainda) participante processual, já que nunca ali interveio, o que não impede de vir a ser testemunha na sequência da sua convocação; além disso, não se exclui que a expressão abranja as figuras do assistente e das partes civis<sup>88</sup> cujas declarações seguem o regime da prova testemunhal (*ex vi* art. 145º, nº 3, do CPP), podendo estas, de modo congruente, aparecer naquela qualidade.

Para além de a utilidade da expressão “pessoa determinada” não estar justificada por uma abrangência conceptual que permita abarcar o arguido, a verdade é que, na lógica procedimental da norma, essa fonte de informação terá de ser chamada a *depor*, conceito este que o legislador reserva para a produção de prova testemunhal<sup>89</sup> e jamais para a *prestação de declarações* do arguido, podendo mesmo

<sup>85</sup> Naturalmente, recepcionando ainda a *contraditoriedade* da prova que deve efectivar-se, em sentido bi-direccional, relativamente a toda a produção de prova.

<sup>86</sup> Como está subentendido nas alegações do MP junto do Trib. Constitucional, no Acº TC 213/94, de 2/3/1994.

<sup>87</sup> Valendo idênticas razões para efeito de conceptualização da expressão “pessoa diversa” constante do nº 2 do art. 129º.

<sup>88</sup> Contrariamente ao que parece defender J. Damião da Cunha “O Regime Processual de Leitura de Declarações na Audiência de Julgamento (arts. 356º e 357º do CPP)” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 1997, Fascº 3º, Coimbra Edtª, p. 403-443, baseando-se no argumento de que assistente e partes civis assumem um estatuto de sujeitos processuais. Ainda assim, em face da aplicabilidade do regime da prova testemunhal, designadamente o dever de verdade, e da identidade de interesse e do grau de probabilidade de responder com verdade quer o ofendido preste declarações na qualidade de assistente quer de testemunha, para o caso em apreço, não vejo impedimento em que aqueles participantes possam prestar declarações na veste de “pessoa determinada”.

<sup>89</sup> Do mesmo modo que distingue as noções de “inquirição” de testemunha de “interrogatório” de arguido.

afirmar-se que o arguido está impedido de depor<sup>90</sup> como testemunha enquanto mantiver aquela qualidade no processo em causa<sup>91</sup>.

Acima de tudo, pesa o argumento de que a posição processual do arguido é irremediavelmente *incompatível* com a qualidade de “testemunha”<sup>92</sup>, na mesma pessoa e no mesmo processo, como decorre do confronto das normas – com interesse para o cerne deste debate – previstas no art. 61º, nº 1 al. c), art. 140º nº 3 e art. 343º nº 1 com as normas do art. 131º, nº 1 e 2, art. 132º, nº 1 als. b), c) e d) e art. 145º nº 2 (com a inerente responsabilidade penal cominada nos arts. 359º, nº 2, e 348º do CP).

De resto, a propósito do mesmo crime no mesmo processo, o arguido nunca pode, a um só tempo, deter essa qualidade e ser também testemunha (contra si próprio ou contra outros arguidos)<sup>93</sup>. E se é assim, sempre, no processo em que seja arguido, também em sede de produção de depoimento indirecto não se pode ficcionar que passaria a ser testemunha(-fonte).

Além disso, para efeitos da aplicação do art. 129º, nº 1, do CPP, o arguido, “transmutado” em pessoa-fonte do conhecimento, jamais poderia assegurar o procedimento, legal e dogmático, que constitui a condição de admissibilidade e valoração do depoimento indirecto.

Com efeito, começa por não fazer sentido “chamar” a depor quem já ali se encontra ou sempre esteve; do mesmo modo que, estando presente o arguido (mas remetido ao silêncio) ou estando ausente, será um contra-senso “chamá-lo” para se pronunciar sobre o depoimento indirecto, quando tal não sucede relativamente à prova directa mesmo que julgado na ausência (v.g. art. 334º do CPP)<sup>94</sup>.

---

<sup>90</sup> Tal circunstância é, na óptica do Ac. STJ de 22/10/1998, *in proc.* 710/98, suficiente para arredar a aplicabilidade da norma quando o arguido seja a fonte de conhecimento das declarações da testemunha indirecta.

<sup>91</sup> Cfr. ponto III, a propósito do art. 133º, nº 2, do CPP.

<sup>92</sup> Ou de assistente ou de parte civil, no mesmo específico litígio processual penal. Cfr. Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre as Declarações do Arguido como Meio de Prova no CPP de 1987” *in RPCC*, Ano 4, Jan-Março, 1994, p. 61 e ss.. Atente-se ainda no caso de ofensas à integridade física recíprocas em que o “dano corporal” de cada um, naturalmente singular, é que determina a esfera do seu interesse em agir e direito ao procedimento, enquanto que o provocado, também singular, originará a respectiva imputação, assim se diferenciando duas posições processuais.

<sup>93</sup> Cfr. *infra*, ponto 4, a propósito do art. 132º nº 1 e 2 do CPP.

<sup>94</sup> A não ser que se verificasse o condicionalismo do nº 3 do art. 334º, o que seria deveras estranho ser “absolutamente indispensável” a presença do arguido em face de um depoimento indirecto e não o fosse relativamente à prova directa.

Além do mais, ainda que esteja presente o arguido ou compareça<sup>95</sup>, este não tem – como sucede com as “pessoas determinadas” (testemunhas, assistentes ou partes civis) – o dever de *prestar declarações* (de “depor”). De resto, o arguido não tem o dever de colaboração com o tribunal para a descoberta da verdade porquanto não é “objecto de prova” que imponha a sua sujeição a todo e qualquer acto de prova, nem é “meio de prova” que consinta a dupla qualidade de arguido-testemunha.

Argumentar-se-á que pode o arguido dispor-se a prestar declarações.

E tem, obviamente, esse direito, que integra a vertente positiva da liberdade de declaração. O problema, agora, é que ele não está vinculado pelo *dever de verdade*, como as ditas “pessoas determinadas” e como as testemunhas de referência estão, falindo de novo a base procedimental que a generalidade da doutrina e jurisprudência tomam como corolário implícito da norma (e que muitas vezes, na prática, ocorrerá como, de resto, é desejável). Nem, tão-pouco, o arguido presta juramento<sup>96</sup>. Do mesmo modo que a falsidade das suas declarações sobre os factos não tem consequências penais.<sup>97</sup>

Mas faz toda a diferença, para o desígnio da norma prevista no art. 129º poder estabelecer-se a perspectiva procedimental (ser chamado, ser obrigado a comparecer, ser obrigado a prestar declarações e estar sujeito ao dever de verdade) por onde passa o sentido útil do preceito. Não havendo a possibilidade de cumprir o procedimento – por inolvidável respeito da pauta de garantias do arguido – a aplicação “adaptada” daquela norma não passa de uma (“simpática”) ficção jurídica.

Acresce uma outra questão no plano da valoração das declarações que o arguido, dispondo-se a tal, preste: que valor reconhecer às mesmas?

Como “pessoa-fonte”, o seu depoimento tenderia a ter um valor determinante ou, segundo outros entendimentos, de supremacia; mas, obviamente, isso seria logicamente incongruente com a óptica do seu interesse na formação da convicção

---

<sup>95</sup> E, em meu juízo, estaria cumprido o condicionamento “obrigatório” do nº 1 do art. 129º – naturalmente que a questão se coloca em termos diversos quando a fonte seja o arguido porquanto ele pode pronunciar-se, contraditando ou reiterando, já está na sua disponibilidade fazê-lo ou não – pelo que, doravante, poderia valorar-se o depoimento indirecto, sem prejuízo de ao julgador também interessar aas versão *do e enquanto* arguido.

<sup>96</sup> Embora este aspecto, a meu ver, tenha relevância aleatória.

<sup>97</sup> A menos que se entendesse que, na veste de “testemunha-fonte” o arguido não poderia mentir (e já agora deveria prestar juramento) e lhe fosse aplicável o art. 360º do CP, o que seria uma ilógica confusão de papéis e regimes.

e sentido da decisão do julgador. De resto, a posição processual do arguido também não oferece garantias para avaliar a credibilidade da testemunha de referência já que tal constituiria um inefável “acto de fé”, fazendo repousar a fragilidade de uma prova em algo de aleatório e efémero (pois nada garante que o arguido mantenha uma versão coerente ao longo do acto, quanto mais do processo)<sup>98</sup>.

Dos considerandos expostos, afigura-se-me surtir a consequência de que em face do estatuto de arguido não é expectável que este sirva de “garante” (quer preste declarações quer se remeta ao silêncio) no que concerne à razão de ciência e credibilidade da testemunha de lhe ouvir-dizer; nem que se estabeleça uma imediação efectiva da prova (já que aquele não é meio de prova nem é desinteressado); nem que se observe (sem fazer-de-conta) o princípio do contraditório.

Por conseguinte, entendo que o disposto no art. 129º do CPP se revela inaplicável, quer sob o ponto de vista jurídico quer sob o ponto de vista operativo, à admissibilidade de o arguido funcionar como “pessoa-fonte” relativamente a quem alguém diz ter ouvido certas afirmações. O que jamais quer dizer que o arguido esteja impedido de se pronunciar, enquanto tal, que sempre o poderá fazer (sobretudo, como acto de defesa).

Sendo inaplicável, de duas uma: ou fica precluída a possibilidade de se utilizarem os depoimentos indirectos que reproduzam conversas com o arguido (*via de exclusão*); ou são os mesmos admitidos e valorados com fundamento diverso do art. 129º do CPP (*via de inclusão*).

Esta via convoca princípios e regras gerais, sufragada pela admissibilidade do meio indirecto de prova com a disposição do art. 125º sobre a *legalidade /liberdade* de prova, uma vez que não se vê que o mesmo resulte proibido se a norma de condicionamento legal é inaplicável, sediando a valoração do mesmo no plano da *livre apreciação* da prova consagrada no art. 127º do CPP. Na verdade, julgo valer para os casos de conversas “informais”, em geral, com o arguido, a posição adoptada pelo Tribunal Constitucional, expressa no Ac. 440/99<sup>99</sup>, nos termos da qual “o tribunal pode valorar livremente os depoimentos indirectos de testemunhas, que relatem conversas tidas com um co-arguido”.

---

<sup>98</sup> E mesmo que proclame dizer a verdade, caberá à livre apreciação do julgador aferir se tais declarações que presta são verosímeis ou não, tanto no que concerne à confirmação ou negação da existência da conversa informal como à cerca da correspondência do conteúdo das afirmações com a realidade dos factos probandos.

<sup>99</sup> Datado de 8/07/1999, in *BMJ* 489, p. 5 e ss.

Finalmente, se a abordagem que antecede aponta para a inaplicabilidade do nº 1 do art. 129º do CPP, por impossibilidade de observância do condicionamento de que a norma faz depender a utilizabilidade do testemunho de ouvir-dizer, a mesma lógica de inaplicabilidade vale, *mutatis mutandis*, para a questão do nº 2 do art. 129º do CPP. E, colocando-se a hipótese de o arguido ter usado do seu direito ao silêncio, ainda assim, não fica prejudicada a produção de outros elementos de prova – v.g. exame grafológico ou depoimentos directos sobre a autoria (redacção, remetente, destinatário, etc.) – que corroborem o depoimento indirecto.

E resulta também à saciedade que o nº 3 do mesmo preceito não tem aplicação quanto ao arguido porque “não estar em condições de indicar a fonte” equivaleria a não identificar ou “não reconhecer” aquele por parte da testemunha de referência. Assim como não pode ter aplicabilidade a excepção ao condicionamento, constante da parte final do nº 1 – quando o arguido tiver morrido ou padecer de anomalia psíquica... – por óbvias razões.

Pareceria, porém, já ter sentido útil a prestação de depoimento indirecto, valendo “automaticamente” por força do último segmento do nº 1 do mesmo dispositivo legal, quando o arguido estivesse ausente e fosse impossível encontrá-lo, em particular estando a ser julgado na ausência (cfr. art. 334º, nº 1, do CPP). No entanto, qualquer que seja a solução que se adopte, a mesma deve ser unitária e coerente, não sendo legítimo recusar-se a admissibilidade do depoimento indirecto (por atendíveis razões) e chegar a este ponto e ter de aceitar, “automaticamente”, uma componente da ressalva da norma; da mesma forma que, na perspectiva da admissibilidade geral do depoimento por inaplicabilidade do art. 129º, com fundamento legal nos art. 125º e 127º pretender, quanto ao ponto agora em apreço, invocar a norma cuja aplicação se afastou para as demais situações.

Não obstante a perspectiva procedimental fornecer subsídios para a resolução do problema da (in)utilizabilidade do depoimento indirecto na relação testemunha de referência *versus* arguido, a verdade é que assistem a este direitos e garantias que, obviamente, não podem ser postergados, entre os quais o *direito ao silêncio* e o *princípio do contraditório* cujo relevo, nesta temática, merecem outros desenvolvimentos que se procura fazer de seguida.

Nos termos do art. 343º, nº 1, do CPP, o arguido tem o direito a prestar declarações mas a tal não está obrigado e *sem que o seu silêncio o possa desfavorecer*.

Esta regra mostra-se justificadíssima no quadro do processo equitativo e dos direitos e garantias que assistem ao arguido, merecendo, ainda assim, perceber o seu alcance e significado.

Como é óbvio, o silêncio do arguido<sup>100</sup> jamais pode significar uma confissão tácita ou uma presunção de culpa. Paralelamente, também não traduz qualquer demonstração de inocência<sup>101</sup>. O que vale por dizer que, perante o libelo acusatório, o silêncio do arguido não significa nem “sim” nem “não” nem “talvez”. Não significa “nada”; significa «apenas» que aquele não toma posição ou que não apresenta uma versão sobre os factos em apreço.

Portanto, em face da atitude de silêncio do arguido, a prova da matéria em análise passará, exclusivamente, por vias diversas das declarações daquele, ainda que estas o pudessem beneficiar. Este ponto de vista radica na ideia de que não deve a acusação (o Estado) contar com a colaboração do arguido no sentido de se auto-incriminar – não obstante, o poder fazer de forma livre e responsável – para obter a condenação do mesmo e, menos ainda, promover uma auto-incriminação “coerciva”<sup>102</sup> ou “enganosa”.

Ora, se é verdade que a confissão do arguido tem, em princípio, por efeito inibir a produção de prova – dispensa da prova ainda a produzir –, o silêncio do arguido não tem, nem poderia ter, esse efeito processual, ainda que se pretendesse argumentar que a não dispensa de prova, perante o silêncio, tenderia a desfavorecê-lo. O mesmo é dizer que a proibição de desfavorecimento do arguido que optou pelo silêncio, reside na proibição de interpretação dessa sua atitude, em particular, para prevenir interpretação de sentido desfavorável. Posto o que, perante o silêncio do arguido, não deixa de haver produção de prova testemunhal ou outra, mesmo que esta o prejudique; da mesma forma que, perante a produção de prova, o arguido se pode remeter livremente ao silêncio, sem que tal atitude o desfavoreça e (também) sem prejuízo do resultado da prova produzida ou examinada.

A questão que, então, se coloca é a de saber se, tratando-se de prova testemunhal de ouvir-dizer ao arguido, ainda se pode valorar, por apelo ao disposto no art. 129º do CPP, o depoimento daquela, em face do silêncio deste.

---

<sup>100</sup> Cfr, M<sup>o</sup> João Antunes, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, in *Sub Judice*, 1992, n<sup>o</sup> 4 p. 25 e ss.

<sup>101</sup> A inocência também não precisa de ser provada uma vez que é objecto ou já beneficia de uma *presunção*.

<sup>102</sup> É claro que a proibição da auto-incriminação “coerciva” vale, com inteira pertinência, qual princípio processual constitucional (não escrito) ainda que em situações, designadamente, de estado de necessidade investigatório ou probatório qualificado haja que conjugar com a carta de deveres do arguido, designadamente, o de “se sujeitar a diligências de prova” (art. 61º n<sup>o</sup> 3 al. c) do CPP. A esta luz pode questionar-se a obrigação de se (não) sujeitar a reconhecimento presencial, a exames médicos, à reconstituição do crime, etc., uma vez salvaguardada a dignidade da pessoa humana e a proporcionalidade da “sujeição” com o fim que se prossegue (v.g. o simples acto de cortar a barba ou pintar o cabelo, para que corresponda ao *retrato-robot* do suspeito do crime, afigura-se-me, indigno; já a recolha de sangue para despistagem de grupo sanguíneo ou do perfil de ADN no quadro de uma investigação de violação e homicídio não me parece indigno ou desproporcionada).



De certo ponto de vista, não suscitará escolhos a valoração do depoimento da testemunha de ouvir-dizer ao arguido – qualquer que seja a seu resultado probatório na formação da convicção do julgador – desde que este preste declarações e, *maxime*, corrobore a versão daquela, mesmo não significando uma confissão integral e sem reservas. De igual modo, mesmo que a confirmação do arguido não seja completa mas significativa, não deixará de se conferir relevância probatória ao testemunho indirecto, segundo creio, tal como às declarações do arguido segundo a livre apreciação.

Também não parece defensável proibir a valoração do depoimento indirecto, qualquer que seja a relevância que o julgador lhe atribua (nenhuma, pouca ou muita), quando o arguido – confrontado com o mesmo<sup>103</sup> – presta declarações mas contraria as afirmações que a testemunha assegura terem sido proferidas por este, ou então justifica tê-las feito numa base de afirmações não sérias ou, porventura, para encobrir alguém, etc.. No caso presente, em meu juízo, devem ser valoradas quer as declarações do arguido quer as da testemunha, prevalecendo, em toda a linha umas ou outras declarações ou em certos pontos umas e noutros pontos outras. Mas sempre no pressuposto que o arguido é ouvido enquanto tal e jamais como testemunha (efectiva ou ficcionada).

Resta, então, a possibilidade de o arguido se remeter ao silêncio (não corroborando, no todo ou em parte, nem contrariando) as declarações apresentadas pela testemunha de referência sobre afirmações suas.

Não subsistirá qualquer dúvida que, tratando-se de prova testemunhal directa, o silêncio do arguido não preclui a produção nem a valoração desta nem a de qualquer outro meio de prova.

Supondo, por exemplo, que o arguido é convocado para uma acareação com uma testemunha directa, pode aquele solucionar a questão, não prestando declarações, o que é legítimo. Mas não deixa de ser legítimo ao tribunal continuar a valorar as declarações da testemunha. Porque não sucede o mesmo no caso da testemunha indirecta? A questão prende-se com a dimensão “indirecta” deste meio de prova. Mas, as conversas telefónicas do arguido, transcritas, em que ele admita ter praticado o crime sob investigação, não deixam de ter esse cunho de meio indirecto<sup>104</sup> – sendo também declarações informais, prestadas fora do

<sup>103</sup> Já vimos que o arguido não pode depor como testemunha na veste de “pessoa determinada”.

<sup>104</sup> Excepto quando a oralidade das suas palavras constitua, em si mesma, elemento típico do crime, por exemplo, quando faz uma proposta de corrupção, quando injuria outrem, quando coage alguém, etc. sendo, nesse caso, meio directo de prova.

tribunal (audiência), numa altura em que ainda nem detinha a qualidade de arguido nem de testemunha – e não deixam de ser valoradas<sup>105</sup>. O mesmo vale relativamente às reproduções mecânicas, licitamente produzidas<sup>106</sup>.

Efectivamente, no panorama processual penal, as proibições de valoração da prova, em geral, não têm por fundamento das mesmas o silêncio do arguido<sup>107</sup>, em audiência.

Ainda assim, a admissibilidade e a valoração de depoimento indirecto perante o silêncio do arguido, afigura-se de maior melindre já que, ao contrário do que sucede em presença de um depoimento directo em que vigora a regra da ampla admissibilidade de tal meio de prova, o pressuposto de que se parte, perante uma testemunha de referência, é o da admissibilidade condicionada<sup>108</sup> (art. 129º) cuja falta de verificação do condicionamento configura a inutilizabilidade do depoimento indirecto.

Ora, porque o arguido é interessado no desfecho do “caso”, contrariamente à testemunha que, por definição, não o é<sup>109</sup>, pode, por conseguinte, gerir as contingências da prova – falando ou calando-se – consoante a tendência da prova sem, tão pouco, se lhe pedir coerência de versão, lealdade ou dever de descoberta da verdade. Sabendo o arguido que está inocente e desejando, por isso mesmo, que se alcance a verdade, humanamente é difícil conceber uma hipótese em que aquele “deixe correr o marfim”, sem intervir, sem procurar esclarecer o tribunal da desfaçatez da imputação... Mais frequente a situação de o arguido, sabendo da sua responsabilidade criminal (e é inequívoco que ele é que verdadeiramente sabe), é natural que a sua postura e interesse sejam opostos à prossecução da verdade e, bem assim, à produção da “melhor prova disponível”. E como a melhor prova disponível seria a sua audição, enquanto “pessoa-fonte” de declarações

---

<sup>105</sup> A menos que se pretenda acabar, de todo, com as intercepções telefónicas porque esse seria, certamente, um meio eficaz para o conseguir (não poderem ser valoradas as suas declarações telefónicas quando o arguido se remetesse ao silêncio), já que perderiam utilidade perante a solução mágica do silêncio que tudo apaga.

<sup>106</sup> Quando autorizadas, consentidas ou realizadas pelo próprio.

<sup>107</sup> Com uma *nuance* em matéria de declarações de co-arguido quando um deles – porventura, de forma desleal – prestar declarações incriminatórias relativamente a outro arguido e, de seguida, se remete ao silêncio, cerceando o estabelecimento do contraditório (mas também a plenitude da imediação). Logo, o fundamento da proibição de valoração não é verdadeiramente o silêncio mas a prestação de declarações (ou a combinação de ambas as situações).

<sup>108</sup> Mesmo para quem entenda que se trata de uma proibição-regra, o resultado não se alterará muito.

<sup>109</sup> Apesar de quando a testemunha é ofendida ou esta se constituiu assistente não pode deixar de se reconhecer que tem interesse num certo desenlace, muito embora não tenha direito à pena (quando muito vê nela uma satisfação moral) e, regra geral, o que aquelas pretendem é a reparação dos seus danos o que coloca o respectivo interesse num plano civilístico.

pretensamente incriminatórias que alguém diz ter ele proferido, manda o seu interesse<sup>110</sup> que não fale e, assim, o seu silêncio teria por virtualidade inibir a utilizabilidade da prova indirecta e por eventual consequência a formação de uma verdade, naturalmente formal, as mais das vezes contrária á convicção do julgador.

Em suma, erigir a contingência do exercício do direito ao silêncio como critério de validade e eficácia do depoimento indirecto parece-me ilógico (assim como não é do directo), além de constituir um entorce do escopo básico que preside à norma em apreço; de resto, a norma do art. 129º que tutela a fiabilidade da prova para a prossecução da verdade, não elege como escopo *garantir a liberdade de declaração*.

Consequentemente, acompanhando o sentido do Ac. 440/99 do TC <sup>111</sup>, considero que são objecto de livre apreciação o depoimento de ouvir-dizer a “um co-arguido que, chamado a depor, se recuse a fazê-lo no exercício do seu direito ao silêncio” sem que isso atinja “de forma intolerável, desproporcionada ou manifestamente opressiva o direito de defesa do arguido”.

O princípio do contraditório, consagrado no nº 5 do art. 32º da CRP, na vertente respeitante ao arguido, implica “intervir no processo, pronunciar-se e contradizer todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo”<sup>112</sup>. A este propósito tecem-se duas posições doutrinárias sobre o âmbito e limites do aludido princípio, uma restritiva, que se satisfaria com o *direito de audiência* e outra, alargada, traduzido na *ampla contraditoriedade* que estenderia a todas as questões com relevância para a decisão da acção penal<sup>113</sup>. De facto, “a contraditoriedade tanto se pode transformar num contraditório sobre a prova (e, acrescente-se, tanto sobre o tema da acusação como sobre concretos temas do objecto do processo) [...], como numa «convergência» (total ou parcial) entre sujeitos processuais”<sup>114</sup>. E nem, por isso, neste caso, se pode

<sup>110</sup> Mas não a imediação, a busca da verdade material e já agora a *cross-examination* (no que concerne à acusação, pública ou privada)

<sup>111</sup> De 8/07/1999, in *BMJ*, p. 5 e ss. que, versando sobre conversas entre testemunha e co-arguido, por maioria de razão, serve o fundamento para o caso de arguido *tout court* já que tal significa haver menos um elo na cadeia de prova indirecta.

<sup>112</sup> Gomes Canotilho e Vital Moreira, in *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, Coimbra, 3ª ed., p. 206.

<sup>113</sup> Cfr. Frederico Costa Pinto, in *Direito Processual Penal*, AAFDUL, 1998, p. 226 e ss.; Joaquim Malafaia, “O acusatório e o Contraditório nas Declarações Prestadas nos Actos de Instrução e nas Declarações para Memória Futura” in *RPCC*, Ano 14, nº 4, Out.-Dez. 2004, p. 516 e ss.

<sup>114</sup> - J. Damião da Cunha, in *O Caso Julgado Parcial, Questão da Culpabilidade e Questão da Sanção num Processo de estrutura Acusatória*, Porto, 2002, Pub. Univ. Católica, p. 381.

deixar de entender que estamos perante uma “participação constitutiva na declaração do direito do caso”<sup>115</sup> por parte do arguido.

Ora, na sua inquirição, a testemunha de referência é submetida ao contraditório; se o arguido não contradiz ou se o advogado não exerce o contra-interrogatório daquela, já é mera opção da defesa.

É certo que a questão da inobservância daquele princípio ganha especial ênfase no que concerne à não *presença*<sup>116</sup> da testemunha-fonte. Em todo o caso, a norma do art. 129º faz depender a validade do depoimento indirecto da “indicação” e “chamada” da testemunha directa – para que se estabeleça a imediação, a oralidade, o contraditório e o esclarecimento do tribunal –, só dispensando tal procedimento em situações de “impossibilidade”. Por conseguinte, através do cumprimento do condicionalismo imposto, ou através da sua dispensa em limitados casos-padrão, atinge-se uma base de racionalidade de prova que não afecta de forma intolerável e desproporcionada o princípio do contraditório<sup>117</sup>.

De outro ponto de vista, pode não ser indiferente ser atendida e, eventualmente, vir a integrar a matéria de facto provada, sobretudo, quando reiterado por outras testemunhas de ouvir-dizer, determinada afirmação imputada à fonte<sup>118</sup> uma vez que as testemunhas de referência tiveram conhecimento directo e foi exercido o contraditório, enquanto “instrumento de conhecimento judiciário”<sup>119</sup>.

Mas questão da afirmação plena do exercício do contraditório ganha outra acuidade, no pressuposto da sua exigibilidade como desígnio do instituto probatório em apreço, quando se apela ao disposto no art. 6º nº 3 al. *d*) da Declaração Europeia do Direitos do Homem e das Liberdade Fundamentais (1950) e do art. 14.3, al. *e*), do Pacto Internacional do Direitos Cívicos e Políticos. Reza aquela disposição que (nº 3) “todo o acusado tem, no mínimo, os seguintes direitos: (*d*) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas que deponham contra

---

<sup>115</sup> J. Figueiredo Dias, “Os Princípios Estruturantes do Processo Penal e a Revisão de 1998 do CPP”, *RPCC*, Ano 8, nº 2, p. 203.

<sup>116</sup> Cfr. sobre vias de compromisso entre o princípio do contraditório e a não presença física de testemunha (em sede de protecção de testemunhas), Anabela Miranda Rodrigues “A Defesa do Arguido: uma Garantia Constitucional em Perigo no «Admirável Mundo Novo»” in *RCCP*, Ano 12, nº 4, Out-Dez. 2002, p. 549 e ss.

<sup>117</sup> Neste sentido, Acº TC nº 213/94, in *DR*, II s, de 23/8/1994.

<sup>118</sup> Do género de “B vangloriou-se de ter sido ele a «comer» a filha de Z, contando aos presentes (R,S,T) no café Y os pormenores do seu feito”, em processo em que B era julgado por crime de violação.

<sup>119</sup> Cfr. Germano M. Silva *Curso de Processo Penal*, III vol., Ed Verbo, Lisboa, p. 247-250; Também Donatela Curtoti Napi, “L’uso dei collegamenti audiovisivi nel processo penale tra necessità di efficienza del processo rispetto dei principi garantistici” in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura penale*, 2, 1999, p. 502 e ss.

ele [...]”, além de ver inquiridas, em iguais condições, as testemunhas que deponham em seu favor.

Vários enfoques podem ser identificados na hermenêutica deste preceito, com incidência na compreensão do modelo de admissibilidade do depoimento indirecto vigente em Portugal.

Desde logo, importa saber o *modo* de operar o contraditório, em particular através da densificação da expressão “interrogar ou fazer interrogar”, parecendo aquele instrumento jurídico abranger qualquer método procedimental, desde o interrogatório directo pela parte que apresenta a testemunha e contra-interrogatório pela outra (*cross-examination*), típico do sistema da *common law*; bem como o interrogatório pelo julgador ainda que com sugestões e pedidos de esclarecimento pelas partes, à semelhança do que ocorre em França e Alemanha; e bem assim os métodos combinados daqueles dois modelos (isto é, quer as partes quer o julgador poderem inquirir a testemunha), como sucede em Portugal e Espanha. Por conseguinte, deste ponto de vista não derivam reservas de monta ao regime português já que o que está em causa é o da impossibilidade de todos os sujeitos processuais inquirirem a instância sua (ou, comparecendo, se assegurar o contraditório).

Numa perspectiva complementar, importa determinar o *momento* em que deve ser exercido o contraditório, no intuito de garantir efectivamente o direito à defesa e o direito a um processo justo (sobre que dispõe o n.º 1 do mesmo art. 6.º), tendo o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem começado por postular uma preferência pelo interrogatório “contemporâneo” da decisão, orientação, entretanto, inflectida no sentido de não considerar cerceado o direito à defesa nas situações de testemunha ausente, desde que tenha havido em outra altura a possibilidade de contraditar ou contestar o seu teor<sup>120</sup>. Também, neste aspecto, o regime jurídico português não se mostra incompatível, atendendo, designadamente ao disposto no art. 355.º do CPP que impede a valoração de provas não *produzidas* ou *examinadas* em audiência e a leitura admissível de declarações nos casos de morte, anomalia e impossibilidade duradoura (art. 356.º n.º 4 CPP).

Uma outra dimensão, ainda referenciada ao direito de defesa, é a que se prende com a utilizabilidade de depoimento indirecto, cuja fonte jamais foi submetida a contraditório, como prova suficiente para sustentar uma convicção, em particular de condenação. Sobre este ponto o TEDH também encetou a doutrina da insuficiência probatória da testemunha indirecta para fundamentar uma

---

<sup>120</sup> V.g. decisão Pullar *versus* Reino Unido de 10-06-1996 ou Doorson *versus* Holanda de 26-03-1996 (ambas reportadas a testemunhas directas anónimas).

condenação<sup>121</sup>, mas, em diversas decisões, flexibilizou tal entendimento, admitindo a utilizabilidade do testemunho de referência em face da inexistência ou impossibilidade de apresentação de prova directa e desde que seja possível estabelecer a corroboração daquele depoimento na demonstração da responsabilidade penal<sup>122</sup>. Também este ponto tem acolhimento no quadro legal português, através da restrição veiculada pelo nº 3 do art. 129º do CPP, bem como do condicionamento do nº 1 e das regras que devem presidir à livre apreciação da prova.

Sendo de inegável importância para o estabelecimento da imediação, em boa verdade, o princípio do acusatório, na sua mais pura expressão, não vincula o tribunal a, para formar a sua convicção, ter de averiguar e produzir indefinidamente o grau mais elevado de imediação objectiva; não obstante isso, a consecução da verdade material através de um convencimento esclarecido continua a dispor de amparo e justificação no plano do princípio da investigação.

Mas quando a produção de certo meio de prova é impossível, impossível também há-de ser o estabelecimento do princípio do contraditório (tal com a satisfação do princípio da imediação, da oralidade, etc.).

Além disso, quando a fonte ou “pessoa determinada” é o próprio arguido como pode ele exercer o contraditório? Prescinde do mesmo, remetendo-se ao silêncio? Dir-se-ia que se trata de uma impossibilidade<sup>123</sup> de se contraditar a si próprio<sup>124</sup>. Mas pode contraditar as declarações da testemunha indirecta, da mesma forma que uma testemunha-fonte toma posição sobre a existência da afirmação em discussão e sobre a correspondência da mesma com a realidade de que tem conhecimento directo. De igual modo, não poderá satisfazer-se o direito a contra-interrogar da acusação pública ou do assistente, quando o arguido se remete ao silêncio. E sendo a testemunha de ouvir-dizer ao arguido apresentada pela defesa<sup>125</sup>, remetendo-se este ao silêncio, não seria essa a forma eficaz de inibir o contra-interrogatório? Em lógica semelhante, não pode a defesa que livremente não interrogou uma testemunha (directa ou indirecta) vir, depois, dizer que não se estabeleceu o contraditório.

---

<sup>121</sup> Cfr. v.g. decisão Saïdi *versus* França de 20-9-1993. Também a decisão Windish *versus* Austria de 15-06-1992 permitindo que em investigação sejam utilizados esses meios de prova mas não já em sede de condenação numa lógica cujo fundamento é, deveras, discutível, designadamente á luz da doutrina do efeito à distância da prova ilícita [pag 41 - nota]

<sup>122</sup> V.g. decisão Bricmont *versus* Bélgica de 7-07-1989 e decisão Edwards *versus* Reino Unido de 16/12/1992 [polícia que não quis identificar a fonte- p. 42]

<sup>123</sup> Do mesmo modo que ninguém pode ser, a um só tempo, observador e observado.

<sup>124</sup> J Damião da Cunha, “O Regime Processual de Leitura de Declarações...”, op. cit. p. 430.

<sup>125</sup> Sendo certo que boa parte do depoimento de muitas testemunhas abonatórias configura um saber de ouvir ao arguido e não um saber de percepção visual e, ainda assim, lá vão valendo... (mesmo em aspectos que não são despidiendos).

O argumento de que um sujeito processual – enquanto sujeito de prova ou titular do direito à prova (ao contraditório) – não pode ser, simultaneamente, objecto de prova<sup>126</sup>, parece-me ser de índole formal e não decisivo para o debate, num sistema processual de acusatório mitigado e em que não se estruturam os sujeitos processuais como verdadeiras “partes”, à maneira civilística. Na verdade, também o assistente é sujeito processual e com direito à produção de prova (art. 69º n.º 2 al. a)) incluindo a sua audição, e, não deixa de se lhe aplicar o regime da prova testemunhal, na generalidade dos aspectos previstos v.g. nos arts. 128º, 130º, 131º, 134º, 135º, 136º, 137º, 138º e 139º, *ex vi* 145º, n.º 3, e 133º, n.º 1, al. b)). Além disso, não se descortina obstáculo intransponível para, nas suas declarações, não poder aparecer, relativamente a alguns pontos, tanto na veste de pessoa de referência como de “pessoa determinada” (fonte)<sup>127</sup>. Por outro lado, a diferença de posição – no plano da efectividade de imediação, de contraditoriedade<sup>128</sup>, de idoneidade, de credibilidade e fiabilidade da declaração (e até de interesse) – entre as declarações de uma vítima na qualidade de assistente ou na qualidade de testemunha é praticamente inócua<sup>129</sup>.

Em suma, julgo que, para satisfação do princípio do contraditório, este deve efectivamente ocorrer, não em todos os planos potenciais de produção de prova, mas em todos os actos e diligências de produção efectiva que integrem a “melhor prova disponível”. Assim, na relação testemunha indirecta - testemunha directa, mostrando-se impossível ouvir e contraditar esta, o exercício do contraditório efectiva-se na inquirição da testemunha de referência pela parte que não a arrolou; da mesma forma, quando a fonte de conhecimento seja o próprio arguido, o uso da prerrogativa do silêncio não pode constituir fundamento para uma alegada falta de contraditório já que, no que toca à fonte da informação originária, era o próprio e a ele caberá o risco (favorável e desfavorável) da opção do silêncio. No mais, a questão transfigura-se, com maior acuidade, em problema de imediação e valoração de prova, sendo curial que a um tal cenário suceda um “não provado”, caso a credibilidade da “prova produzida” não seja suficiente para debelar a “dúvida razoável” do julgador.

---

<sup>126</sup> J Damião da Cunha, “O Regime Processual de Leitura de Declarações...”, op. cit. p. 402 e ss.

<sup>127</sup> Até porque o art. 129º, apenas no n.º 2 utiliza o vocábulo “testemunha”.

<sup>128</sup> Já que o art. 346º não posterga o contraditório e a prática judiciária vem concedendo abertura.

<sup>129</sup> De outro modo, o gesto magnânimo do legislador de fortalecer a “participação constitutiva” do ofendido no processo, através da figura do assistente, resultaria num logro em matéria (de prova) fulcral para o desfecho do processo, ao ver a relevância da sua intervenção substancialmente diminuída.

## 7 – CONHECIMENTO DO CO-ARGUIDO

A questão de o arguido funcionar, na prática judiciária, com o estatuto de “fonte” tanto respeita ao relato que faz a partir do seu conhecimento *de vista* como do seu conhecimento *de ouvido* a outro arguido, sendo que é esta dimensão que mais se coaduna com o tema em apreço.

Naturalmente, no que respeita a este plano, da *co-arguição indirecta*, a questão da admissibilidade do arguido “declarante” tanto pode ser analisada pela perspectiva de “declarante-de-referência” como de “declarante-fonte” e esta enquanto fonte de afirmações que conduzem à sua própria incriminação ou ilibação ou enquanto fonte da incriminação ou ilibação de outrem (co-arguido).

É verdade que também nesse plano se levantam as várias configurações fácticas que é possível fazer: relação entre “arguido-de-referência” e “arguido-fonte”<sup>130</sup>, em processos distintos cujos objectos não têm qualquer aproximação; ou aquela relação em processos separados<sup>131</sup> cujo objecto de cada qual se reconduz ao mesmo crime ou crimes conexos; ou ainda a mesma relação em processos entretanto apensados<sup>132</sup> em resultado de conexão processual; finalmente, a aludida relação em processo de crime único (em que a co-arguição opera, as mais das vezes, num contexto de comparticipação).

Relativamente a estas configurações, ainda que especialmente focalizadas na vertente da “declaração *directa*”, merece-me acolhimento, de princípio, o tratamento tendencialmente confluyente que a doutrina<sup>133</sup> e boa parte da jurisprudência<sup>134</sup> vem cogitando sobre o assunto.

---

<sup>130</sup> Nesta hipótese, alguém que seja arguido num processo pode depor como testemunha noutro processo cujo objecto nada tenha a ver com o daquele.

<sup>131</sup> Em que se exigirá ou não o consentimento para depor como testemunha, consoante o processo separado em que é arguido esteja ainda em curso, circunstância em que mantém a sua condição de arguido (sendo em função da sua liberdade de declaração como arguido que a exigência se mantém e não em prol das garantias de defesa do co-arguido visado) ou o procedimento criminal já se extinguiu, cessando, por isso, a sua qualidade de arguido (cfr. Ac TC 181/2005, de 5/4/2005, proc. 923/04, *in site* tribunalconstitucional).

<sup>132</sup> É esta, segundo julgo, o alcance da expressão legal “processos conexos” da al. a) do n.º 1 do art. 133.º do CPP, que origina “um” só processo, com uma tramitação subsequente unitária, um só julgamento e uma só decisão. De resto, não faria sentido admitir-se dupla condição de arguido e testemunha num cenário em que teria a mesma pessoa, enquanto testemunha, de permanecer fora da sala de audiência, e enquanto arguido, ter de lhe ser relatado o que, entretanto, se passara na ausência.

<sup>133</sup> Em particular, A Medina de Seíça, *in Do Conhecimento Probatório do Arguido*, Boletim da Fac, Direito de Coimbra – Stvdia Juridica 42, 1999, Coimbra Editora.

<sup>134</sup> Cfr., entre muitos, Acs TC 304/2004, 5/5/2004, *in DR*, II s, de 20/7/2004.



Pelo que é possível assentar em algumas ideias basilares, a esse propósito. Desde logo, a de que a lei (art. 133º do CPP) parece combinar e operar a regulação da matéria em função de dois parâmetros essenciais: antes de mais, a ideia que pontifica neste plano é a da *liberdade de declaração* do arguido, quer numa dimensão positiva quer negativa, enquanto conservar essa qualidade no processo em que presta declarações, mostrando-se impedido de depor como testemunha<sup>135</sup>; depois, a de adesão à razão prática das vicissitudes judiciais e necessidade probatória, desviando-se da regra assinalada, em caso de *separação de processos*<sup>136</sup>, por concessão à ideia de que dois processos separados têm “autonomia” e “vida própria” (tramitação, intervenientes, prova, prazos, contingências e decisões diversas).

Na vereda do primeiro parâmetro, ganha ênfase a justificação do regime através do *carácter unitário* do estatuto de arguido<sup>137</sup> e da inconveniência (ou mesmo impedimento) de desdobramento de qualidades, ora arguido ora testemunha, no mesmo processo e enquanto mantiver aquela qualidade – sem prejuízo de prestar as declarações que entender<sup>138</sup> – e, bem assim, não estar sujeito à obrigação de falar verdade (com as inerentes consequências penais para o desvio desse dever e, no limite, o arguido ter de prestar julgamento relativamente à parte em que passaria a depor como “testemunha”).

Emergem, todavia, dois problemas específicos em sede de co-arguição indirecta: o da *contraditoriedade* inter-co-arguidos (*cross-examination*); e ainda o do relativo ou “*frágil*” valor das declarações de arguido<sup>139</sup>, enquanto “eco” e também enquanto “fonte” de conhecimento (quer para servir de aval à credibilidade do “arguido-de-referência” quer para emprestar garantia de fiabilidade ao conteúdo probando da declaração deste).

<sup>135</sup> Mesmo no momento em que presta declarações relativamente a um crime de que não está acusado ou já foi ilibado (v.g. por ter sido arquivado o inquérito quanto a ele, por esse crime; ou ter sido absolvido e, na sequência de recurso, estar a julgar-se outros pelos demais crimes), apesar de haver decisões dos tribunais superiores em sentido diverso (v.g. Ac STJ 9/7/1998, in proc 390/98) de cuja orientação discordo.

<sup>136</sup> Quer se esteja em presença de uma separação *ab initio* quer efectivada no *curso* do procedimento, já que me parecem valer razões de similitude..

<sup>137</sup> Em matéria de estatuto de arguido e respectivas declarações, cfr. J. Figueiredo Dias, “Os Sujeitos Processuais no Novo CPP” in *Jornadas de Direito Processual Penal*, Almedina / CEJ, 1988, p. 27 e ss.

<sup>138</sup> E as mesmas serem valoradas livremente mas com base na cautela de que constituem “prova particularmente frágil” (cfr. Teresa P. Bezeza, “Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no Processo Penal Português”, in *Revista do Ministério Público*, nº 74, 1998, Lisboa, p. 39 e ss, 48 e ss e 58).

<sup>139</sup> Em sentido de que a declaração de co-arguido constitui prova, dentro de certos condicionalismos de credibilidade (a ser aferida) e preferencialmente havendo corroboração de outras provas, a ser ponderada à luz da livre apreciação do julgador cfr. M<sup>a</sup> Paula Díaz Pita, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, 2000, Valência, p. 417 e ss, 472 e ss.

De facto, constitui problema da maior acuidade o relato de um arguido, no mesmo processo, sobre o que ouviu dizer a um co-arguido (v.g. confissão do crime), sendo certo que a dificuldade reside, não tanto no facto de se tratar de “declaração indirecta”, em sede da qual o legislador admite a valoração, sem *cross-examination* da fonte, de afirmações produzidas extra-processualmente por pessoa em situação de impossibilidade de depor, para se centrar, sobretudo, na perspectiva de se não estabelecer o contraditório co-respectivo entre arguidos – designadamente, o “contraditório argumentativo”<sup>140</sup> – nem a “igualdade de armas”<sup>141</sup> e de oportunidades, na medida em que não esteja garantido o direito de os defensores dos co-arguidos<sup>142</sup> poderem pedir esclarecimentos ao arguido que declare algo de incriminatório para eles ou o mesmo, após a declaração, se remeta ao silêncio. Posto o que, na linha do defendido no Ac<sup>o</sup> TC 524/97<sup>143</sup>, em face do silêncio do arguido que acabara de incriminar outro, tal direito é incontestável, mas não pode deixar de se inibir de relevância probatória a declaração contra o co-arguido por postergação dos demais interesses em presença.

Este problema da declaração, indirecta ou directa, em situações de co-arguição, mantém-se com contornos semelhantes, ao nível da *cross-examination* inter-arguidos e de igualdade de armas e oportunidades, nos interrogatórios de resposta intermitente, isto é, quando o arguido que presta declarações recusa responder a “algumas perguntas” ou esclarecimentos, qualquer que seja o sujeito processual que os formulou.

Da mesma forma que quando um juiz é mais rigoroso na disciplina e condução da audiência, logo, menos tolerante com certo defensor cuja atitude acutilante, agressiva e desdenhosa ou desrespeitadora para com os demais participantes processuais que não sejam o seu constituinte, dir-se-á que cerceou o contraditório<sup>144</sup>.

De resto, não se pode ignorar que certas manifestações concretas do exercício do contraditório visam – sem hipocrisia – escamotear a busca da verdade.

---

<sup>140</sup> Quer se esteja perante o que um arguido *ouviu-dizer* quer do que *viu fazer* a outro arguido.

<sup>141</sup> Em situação de “recíproca e simétrica paridade”, cfr. D Curtoti Nappi, “L’uso...”, op. cit, p. 515. Já no que concerne, à acusação, J. Damião da Cunha defende mais do que uma paridade, em presença do julgador, uma “prioridade” do arguido, in *O caso Julgado Parcial...*, op. cit., p. 381.

<sup>142</sup> Rodrigo Santiago, “Reflexões sobre «Declarações de Arguido»...”, op. cit. p. 61.

<sup>143</sup> DR, II s, de 27/11/1997, p. 1462.

<sup>144</sup> Numa concepção que defende que a valia gnoseológica do contraditório e inerente contributo para a verdade está na “pressão, acutilância e eficácia” (cfr. D Curtoti Nappi, “L’uso...”, op. cit, p. 505). Tenho as maiores dúvidas que, sob o ponto de vista das várias correntes da psicologia judiciária (não comprometidas com qualquer lado, da acusação ou da defesa) considerem tal postura a via mais adequada para o acesso à verdade material ou mesmo a desmontagem de um testemunho falso.

Quanto ao valor das declarações, a mesma terá de ser feita, sempre, segundo a óptica de “declarações de arguido” e enquanto tal, o que exige a clarividência cautelar necessária para perceber, entre o mais, o que é que se enquadra num registo de *defesa* e o que pode ser valorado como *prova*<sup>145</sup> – e, neste caso, sob o ângulo de “valor frágil” já que devem ser essencialmente tomadas como “prova crítica” – relativamente à sua própria incriminação e /ou à incriminação de outrem (co-arguido), quer porque a atendibilidade das suas afirmações conduzam a ilibar ambos, a incriminar ambos<sup>146</sup> ou a ilibar-se a si e a incriminar o co-arguido<sup>147</sup> ou mesmo a incriminar-se a si e a ilibar<sup>148</sup> o outro arguido, além de outras variantes e idênticas combinações na relação com cada um de uma pluralidade de co-arguidos.

Acresce a esta vertente de valoração de declarações de arguido o percurso hermenêutico, anteriormente traçado, nos termos do qual, ao que julgo, a perspectiva procedimental e a *ratio* do preceito do art. 129º do CPP – no plano de prova – não se coadunam com as declarações de arguido, quer este surja no papel de “eco” quer de “fonte”, em particular quando corrobora afirmações que outrem (testemunha ou um co-arguido) lhe atribui, de teor incriminatório para outro co-arguido.

Daqui resulta, ao que penso, por coerência lógica, que tendo falecido um arguido, e sendo ele declarante-fonte para a incriminação de co-arguido, não pode aceitar-se a validade das suas declarações (prestadas nas fases preliminares) com fundamento na excepção da parte final do nº 1 do art. 129º do CPP, da mesma forma que, sendo um elo da cadeia de declarante-eco, a sua morte não pode levar a considerar estabelecida a correia de transmissão de prova indirecta, já que os efeitos da ressalva do falecimento de alguém só respeita à fonte; da mesma sorte que não me parece legítima a invocação do nº 4 do art. 356º do CPP<sup>149</sup> como fundamento de valoração das mesmas – nem como declarações de arguido – já que o preceito se reporta a autos e declarações probatórias de testemunhas, assistentes, partes civis ou peritos e não do arguido (cujo lugar próprio, em matéria de leitura de declarações anteriormente prestadas<sup>150</sup> é o art. 357º); pelo que

---

<sup>145</sup> Muñoz Conde chega a questionar como pode valorar-se como prova a declaração de alguém que não tem a obrigação de o fazer e que se o faz falsamente não tem qualquer risco de ser condenado (*in* “Prólogo” da monografia de M<sup>ª</sup> Paula Díaz Pita, *El coimputado*, Tirant lo Blanch, 2000, Valência, p. 20.

<sup>146</sup> Porventura, até numa lógica de quem “já que vou, não quero ir sozinho”, num quadro de *sub-culturas* com outros parâmetros classificação do êxito, os protagonistas e estrelas e de consideração social..

<sup>147</sup> Hipótese mais frequente.

<sup>148</sup> Não é despendiçanda, sobretudo num esquema de ponderação de “o que eu perco não é comparável ao que o outro perderia” (vg. crime de um *versus* crime do outro e suas agravantes qualificativas, alinhamento de antecedentes criminais, pendência de pena de prisão suspensa na sua execução, liberdade condicional revogável), bem como o poder do *dinheiro* que tudo compra.

<sup>149</sup> Como fez o STJ em Ac. de 30/11/2000, BMJ 501, p. 209 e ss.

<sup>150</sup> - Cfr. M<sup>ª</sup> João Antunes sobre “direito ao silêncio” ..., op cit.

nem a equívoca expressão “declarantes” daquele nº 4 nem a interpretação alargada ao arguido do nº 3 do art. 356º me parecem ter virtualidade para fazer convergir a separação de águas<sup>151</sup> desencadeada pelo legislador, pelo que, não tendo sido produzidas as declarações em audiência e não sendo permitida a sua leitura, não devem as mesmas ser valoradas, qualquer que seja o sentido e teor da peça processual em causa; e sendo prestadas em momento processual anterior e, na audiência, o arguido usar do direito ao silêncio é ainda a falta de contraditoriedade, recíproca e em paridade, que impede a sua valoração se a sua produção não havia sido objecto de contraditório.

À luz do exposto, também não me parece que seja possível a utilização, em certo processo, de declarações prestadas, em qualquer fase processual, por alguém na qualidade de arguido, num processo cuja separação ocorreu em momento posterior (art. 30º CPP), para servir de prova “testemunhal” com fundamento em que as aludidas declarações só “não podem ser utilizadas como prova contra ela” (art. 58º, *in fine*), e já não contra outrem, porquanto tem de ser conjugado e restringido tal segmento legal aos casos de co-arguição em que rege o disposto no nº 1 al. a) do art. 133º, nuns casos, ou a prestação expressa e para o respectivo efeito do consentimento previsto no nº 2 deste preceito, assim se cumprindo o requisito associado à *liberdade de declaração*.

E é a diferença estatutária do arguido, face à testemunha, com todo o rol de disparidades que gera, bem como o direito daquele de frustrar o contraditório e imediação, de modo absoluto e incontornável, além de dispor de posição “privilegiada” em sede de declaração sua sobre os “seus pares”, por suggestionar “saber demais”, sem aferição, que torna o depoimento de co-arguido sem relevância probatória face a co-arguido.

---

<sup>151</sup> E bem se compreende que assim seja, já que de uma testemunha, assistente ou parte civil (que morreu) ainda se pode conjecturar – num plano de racionalidade jurídica – que em audiência se sucederia uma réplica do depoimento por ela prestado em fase anterior, porquanto esse era o cenário expectável em face da obrigação de comparecer, de prestar declarações e de o fazer com verdade (em audiência e nas demais fases), sob cominação de efeitos penais, mas já não é essa a expectativa e liberdade de declaração que anda associada ao arguido.

*Parte 3*

**DAS MEDIDAS DE COACÇÃO  
E DE GARANTIA PATRIMONIAL**

**Dr. Jorge Gonçalves**



# Sub-índice

<b>I – QUESTÕES GERAIS</b> .....	105
<b>1 – Noção de medidas de coacção e de garantia patrimonial</b> .....	105
<b>2 – As medidas de coacção e de garantia patrimonial e o princípio da presunção de inocência...</b>	108
<b>3 – As medidas de coacção e de garantia patrimonial e o princípio da legalidade</b> .....	111
<b>4 – As condições gerais de aplicação das medidas de coacção e de garantia patrimonial.</b>	111
4.1 – A prévia constituição como arguido e a existência de um processo criminal previamente instaurado .....	111
4.2 – A exigência de <i>fumus comissi delicti</i> .....	113
4.2.0 – A inexistência de causas de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento .....	115
4.3 – Os <i>pericula libertatis</i> .....	116
4.3.1 – Os <i>pericula libertatis</i> que constituem pressupostos das medidas de coacção ....	116
4.3.1.1 – Fuga ou perigo de fuga.....	118
4.3.1.2 – Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, o perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova .....	120
4.3.1.3 – Perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa .....	122
4.3.2 – Os <i>pericula libertatis</i> que constituem pressupostos das medidas .....	125
<b>5 – Os princípios da adequação e da proporcionalidade</b> .....	125
<b>6 – O princípio da precariedade</b> .....	127
<b>7 – O princípio da judicialização das medidas de coacção e de garantia Patrimonial</b> .....	127
<b>8 – A determinação da pena aplicável para efeitos de aplicação das medidas</b> .....	128
<b>9 – O despacho de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial</b> .....	129
9.1 – Competência para a aplicação das medidas e intervenção do M.P. ....	129
9.2 – O princípio do contraditório e da prévia audição do arguido.....	133
9.3 – O despacho de aplicação de medida de coacção ou de garantia Patrimonial .....	135
<b>II – AS MEDIDAS DE COACÇÃO EM ESPECIAL</b> .....	139
<b>1 – Medidas de coacção admissíveis e condições da sua aplicação</b> .....	139
1.1 – No Código de Processo Penal de 1929 .....	139
1.2 – No Código de Processo Penal de 1987 .....	140
1.2.1 – Termo de identidade e residência (T.I.R.) .....	140
1.2.2 – Caução.....	142

1.2.3 – Obrigação de apresentação periódica .....	144
1.2.4 – Suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos .....	145
1.2.5 – Proibição de permanência, de ausência e de contactos .....	146
1.2.6 – Obrigação de permanência na habitação .....	147
1.2.7 – Prisão preventiva.....	149
1.2.7.1 – Conceito e pressupostos específicos de aplicação .....	149
1.2.7.2 – Desconto na pena e suspensão da execução da prisão preventiva .....	150
<b>2 – Suspensão, revogação, alteração e extinção das medidas de coacção .....</b>	<b>151</b>
<b>3 – Impugnação das medidas de coacção .....</b>	<b>153</b>
<b>III – AS MEDIDAS DE GARANTIA PATRIMONIAL .....</b>	<b>157</b>
<b>As medidas de garantia patrimonial admissíveis, seus sujeitos, modalidades e forma de impugnação .....</b>	<b>157</b>



## I – QUESTÕES GERAIS

### 1 – NOÇÃO DE MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL

As medidas de coacção e de garantia patrimonial “são meios processuais de limitação da liberdade pessoal ou patrimonial dos arguidos e outros eventuais responsáveis por prestações patrimoniais, que têm por fim acautelar a eficácia do procedimento, quer quanto ao seu desenvolvimento, quer quanto à execução das decisões condenatórias”<sup>1</sup>.

Dispõe o artigo 191.º, n.º1, do Código de Processo Penal (CPP)<sup>2</sup>:

*“A liberdade das pessoas só pode ser limitada, total ou parcialmente, em função de exigências processuais de natureza cautelar, pelas medidas de coacção e de garantia patrimonial previstas na lei”.*

Nos termos legais, as medidas de coacção, tal como as medidas de garantia patrimonial, são medidas intraprocessuais que consistem em modos de limitação da liberdade pessoal com uma natureza instrumental relativamente às finalidades intrínsecas do processo penal.

José António Barreiros afirma que a liberdade pessoal, no que ao processo penal respeita, pode ser de dois tipos, em função do seu objecto:

- *Liberdade ambulatória* – que tem a ver com a disponibilidade de livre movimentação e deslocação;
- *Liberdade económica* – que tem a ver com a possibilidade de se dispor dos bens patrimoniais segundo a vontade do respectivo titular.

As medidas de coacção incidem, em princípio, sobre a primeira modalidade da liberdade, enquanto as medidas de garantia patrimonial restringem essencialmente a liberdade económica<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, 2.ª edição, Verbo, Lisboa, 1999, p. 231.

<sup>2</sup> Pertencem ao Código de Processo Penal vigente em Portugal todos os artigos mencionados sem indicação de proveniência e que, por razões de facilidade, passará a ser indicado como CPP. O Código de Processo Penal Português de 1929 será indicado como CPP de 1929.

<sup>3</sup> Veja-se José António Barreiros, *As medidas de coacção e de garantia patrimonial no novo Código de Processo Penal*, B.M.J. 371 (1987), p. 6. Como este autor salienta, a dicotomia entre medidas de coacção e de

Tanto as medidas de coacção como as de garantia patrimonial visam responder a necessidades processuais de natureza cautelar, tendo em vista a existência de determinados *perigos*, em ordem a assegurar o bom andamento do processo e o efeito útil da decisão.

No que concerne às medidas de coacção, as suas finalidades decorrem do artigo 204.º, quando prescreve que nenhuma medida pode ser aplicada, ressalvado o termo de identidade e residência, se em concreto se não verificar; *a)* Fuga ou perigo de fuga; *b)* Perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; *c)* Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa. Assim, as necessidades processuais de natureza cautelar a que as medidas de coacção podem dar resposta são apenas as que resultarem da concreta verificação dos perigos ou de alguns dos perigos referidos nas três alíneas do artigo 204.º

Quanto às medidas de garantia patrimonial, são outras as suas finalidades, em função dos perigos que visam prevenir e que estão enunciados nos artigos 227.º e 228.º do CPP: *receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime; receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime.*

Importa salientar que as medidas de coacção e de garantia patrimonial, sendo de índole processual e tendo natureza meramente cautelar, não visam satisfazer as finalidades (retributivas e/ou preventivas) das penas ou das medidas de segurança. Com frequência as finalidades das medidas de coacção, mormente da medida de prisão preventiva, são confundidas com as finalidades das penas. As medidas de coacção não são penas antecipadas e não visam satisfazer necessidades de natureza substantiva. Os tribunais devem manter-se imunes a algumas reacções emocionais veiculadas pela comunicação social, perante a não aplicação da medida de prisão preventiva em alguns casos de crimes considerados

---

garantia patrimonial em função da modalidade de liberdade afectada tem de ser encarada como meramente indicativa, já que, por exemplo, a medida a que se refere o artigo 199.º (suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos) dificilmente se compreenderá como reportando-se à liberdade ambulatoria. A caução, por seu lado, sendo uma medida de coacção, significa um encargo com dimensão económica, distinguindo-se, no entanto, em função dos seus fins, da *caução económica* que constitui uma medida de garantia patrimonial.

Veja-se, igualmente, Rodrigo Santiago, “As medidas de garantia patrimonial no Código de Processo Penal de 1987”, *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, p. 1523, nota 4, que coloca algumas reservas ao conceito de *liberdade* apresentado por José António Barreiros.

graves. É necessário compreender e fazer entender à opinião pública que uma medida de coacção é uma medida intraprocessual de natureza cautelar, aplicada a quem ainda se presume inocente e justificada apenas pelas razões expressamente previstas na lei. Não corresponde à decisão final do processo e não pode ser entendida como uma forma de antecipaçaõ da pena ou como uma medida de segurança.

A natureza cautelar processual destas medidas é assinalada no Código de Processo Penal de Cabo Verde, no artigo 259.º, que distingue: a) A detençãõ; b) As medidas de coacçãõ pessoal; c) As medidas de garantia patrimonial. Com muitas similitudes com o regime do CPP português, distingue-se deste pela inclusãõ, numa categoria comum de *medidas cautelares processuais*, da *detençãõ* juntamente com as medidas de coacçãõ e de garantia patrimonial<sup>4</sup>.

O artigo 148.º, n.º2, do Código de Processo Penal da Guiné-Bissau, prescreve, igualmente, de forma muito clara, que as medidas de coacçãõ e de garantia patrimonial *só poderão ser aplicadas para satisfazer as exigências processuais de natureza cautelar*, assinalando as finalidades das medidas em termos muito próximos dos que constam dos supra citados artigos 204.º e 227.º do CPP português<sup>5</sup>.

Manuel Cavaleiro de Ferreira, em 1955, a propósito do regime do Código de Processo Penal de 1929 (CPP de 1929), ainda antes das alterações de 1972, que estabeleceram um regime mais restritivo quanto a medidas de coacçãõ, afirma:

«A sujeiçãõ do arguido ao tribunal para averiguaçãõ da verdade tem ainda em vista a segurança das provas: o arguido não é, porém, apenas sujeito de prova, mas sujeito processual, e precisamente o sujeito sobre que incide a actuaçãõ da jurisdiçãõ, aquele que suporta os efeitos da decisãõ final. A sentença condenatõria só é exequível, normalmente, no próprio arguido, pela privaçãõ de direitos pessoais, pois que a maioria das penas é restritiva da liberdade. Ao lado da segurança das provas, a possibilidade de disposiçãõ sobre o arguido tem assim em vista a segurança do fim do próprio processo, da exequibilidade da sentença.

“Estes fins, segurança da prova e exequibilidade da decisãõ, justificam o poder de disposiçãõ pessoal, que ao tribunal é atribuído.

<sup>4</sup> No CPP vigente em Portugal, importa distinguir a *detençãõ* com fins processuais, indicados nas als. a) e b) do artigo 254.º, da *detençãõ como medida de polícia* que tem por finalidade a identificaçãõ coactiva de suspeitos, prevista no artigo 250.º, n.º6. A *detençãõ* indicada em primeiro lugar, sendo uma medida cautelar que consiste numa *privaçãõ precária da liberdade*, não se confunde com a prisãõ preventiva, não constituindo a *detençãõ*, nem pelas suas finalidades, nem pelo seu regime jurídico, uma medida de coacçãõ.

<sup>5</sup> São Tomé e Príncipe tem legislaçãõ própria sobre “detençãõ, medidas de coacçãõ e de garantia patrimonial”. Infelizmente, não foi possível ter acesso, em tempo útil para a elaboraçãõ deste trabalho, ao texto legislativo em causa.

“A manutenção coerciva do arguido à disposição do tribunal é a razão de ser da prisão preventiva. Tem, por conseguinte, fins processuais”<sup>6</sup>.

Neste trecho, Cavaleiro de Ferreira assinala, com clareza, as finalidades estritamente processuais da prisão preventiva, tendo em vista a segurança da prova e a exequibilidade futura da sentença que venha a ser proferida.

Prossegue o mesmo autor:

“A faculdade de privar os cidadãos, independentemente de condenação penal transitada em julgado, da sua liberdade, não pode deixar de considerar-se um gravame ou ónus que só motivos ponderosos explicam. Esses motivos consubstanciam-se na necessidade de assegurar os fins processuais a que se aludiu”.

E mais adiante, ainda a propósito da prisão preventiva e salientando que esta, como meio de conseguir fins de natureza processual, é um mal, mas um mal necessário, dentro de certos limites, afirma:

“O fim da prisão preventiva é essencialmente de natureza processual: garantia de execução da decisão final do processo e garantia duma eficiente elaboração do próprio processo”<sup>7</sup>.

Em conclusão, podemos afirmar que as medidas de coacção e de garantia patrimonial são meios processuais de limitação da liberdade que correspondem a necessidades processuais de natureza cautelar resultantes da existência de *perigos* previstos na lei, tendo como função assegurar a boa prossecução do processo e acautelar o efeito útil da decisão.

## **2 – AS MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL E O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

O princípio da *presunção de inocência*, proclamado em 1789, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, é um dos princípios fundamentais do processo penal do Estado de Direito. Está consagrado nos mais importantes textos internacionais relativos aos direitos humanos, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (art. 11.º), na Convenção Europeia dos Direitos do Homem (art. 6.º, n.º2) e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14.º, n.º2).

---

<sup>6</sup> *Curso de Processo Penal*, lições proferidas no ano lectivo 1954-1955, reimpressão da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1981, pp. 382-383.

<sup>7</sup> *Ob. cit.*, p. 417.

A Constituição da República Portuguesa (CRP) consagra a presunção de inocência no artigo 32.º, n.º2, com a seguinte formulação:

*“Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”.*

Encontramos formulações idênticas nas constituições dos PALOP. O artigo 42.º, n.º2, da Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB) reproduz, palavra a palavra, o citado art. 32.º, n.º2, da CRP, o mesmo acontecendo no artigo 40.º, n.º2, da Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe (CRDSP). O artigo 34.º, n.º1, da Constituição da República de Cabo Verde (CRCV), no essencial, segue a mesma fórmula<sup>8</sup>. A Constituição da República de Moçambique (CRM), no seu artigo 59.º, n.º2, proclama que “os arguidos gozam da presunção de inocência até decisão judicial definitiva”, enquanto a Lei Constitucional de Angola<sup>9</sup>, no seu artigo 36.º, n.º5, consagra o mesmo princípio.

O legislador constitucional português, ao dar assento constitucional à presunção de inocência, inscreveu-a entre os direitos fundamentais, no título dedicado aos *direitos, liberdades e garantias*, com a consequente aplicação do regime especial dos artigos 17.º e 18.º da Constituição da República: os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são *directamente aplicáveis*, vinculando as entidades públicas e privadas; a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos<sup>10</sup>.

A este propósito, afirma Alexandra Vilela:

*“Concluindo, a presunção de inocência, ao ser constitucionalizada do jeito que foi, para lá de norma que encerra em si um direito fundamental, que não carece da mediação do legislador ordinário para a sua aplicação, vê as suas*

---

<sup>8</sup> O Código de Processo Penal de Cabo Verde abre com a indicação dos princípios fundamentais e garantias do processo penal, proclamando no art. 1.º o direito fundamental à presunção de inocência e a sua expressão, em termos probatórios, no princípio *in dubio pro reo*. Sobre a questão e aplaudindo a opção do legislador de Cabo Verde, veja-se o texto de Rui Patrício, “O direito fundamental à presunção de inocência – revisitado a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde”, *Revista do Ministério Público*, Ano 26, Out-Dez 2005, Número 104, pp. 119 e seguintes.

<sup>9</sup> Lei n.º 23/92, de 16 de Setembro.

<sup>10</sup> A CRCV, nos artigos 17.º e 18.º, estabelece um regime especial para os *direitos, liberdades e garantias*, no essencial similar ao regime dos artigos 17.º e 18.º da CRP. A aplicabilidade directa dos preceitos referentes aos *direitos, liberdades e garantias*, a vinculação de entidades públicas e privadas e o facto de a sua restrição só ser legítima em razão da salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos, na obediência ao princípio da proibição do excesso, constituem traços dos regimes dos *direitos, liberdades e garantias* consagrados na CRM (art. 56.º) e da CRGB (art. 30.º).

restrições apertadas ao limite, dado que se assume beneficiária do regime dos direitos, liberdades e garantias e constitui, em última análise, uma garantia constitucional substantiva tendente à protecção judicial dos direitos do acusado, assumindo-se muito para lá de um mero princípio programático”<sup>11</sup>.

Seguindo as palavras de Germano Marques da Silva, podemos dizer que o princípio da *presunção de inocência* não tem incidência apenas num ou noutro instituto processual, “mas há-de projectar-se no processo penal em geral e também no direito penitenciário e tem importância muito particular no domínio das medidas de coacção, impondo que não sejam aplicadas senão nos estritos limites das necessidades processuais, que têm por função satisfazer, e que sejam adequadas às exigências cautelares que o caso requerer. Qualquer desvio na utilização dessas medidas, nomeadamente como antecipação da pena ou para coagir o arguido a colaborar na investigação, é incompatível com o princípio da *presunção de inocência*”<sup>12</sup>.

A circunstância de se aplicarem medidas de coacção e de garantia patrimonial ao arguido presumivelmente inocente encerra uma aparente contradição com o princípio proclamado na Constituição.

No entanto, a Lei Fundamental, referindo-se à mais gravosa das medidas de coacção, a prisão preventiva, admite-a expressamente. Ensina, a este respeito, Germano Marques da Silva:

“Há-de ser a estrita necessidade das medidas de coacção que legitimará em cada caso a limitação do princípio da *presunção de inocência*. O mesmo princípio impõe que de entre as medidas admissíveis e adequadas no caso concreto seja aplicada sempre a menos gravosa”.

A pelo menos aparente contradição entre o princípio de que todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença condenatória e a sujeição a medidas de coacção antes da sua condenação apela a um critério de concordância prática que, segundo Castro e Sousa, significará que o recurso aos meios de coacção em processo penal deve respeitar os princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima. Estes princípios “nada mais são do que emanação do princípio constitucional da *presunção de inocência* do

---

<sup>11</sup> Alexandra Vilela, *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*, Coimbra Editora, 2000, pp. 23 e 24.

<sup>12</sup> Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, pp. 235 e 236.

arguido que impõe que qualquer limitação à liberdade do arguido anterior à condenação com trânsito em julgado deva não só ser socialmente necessária mas também suportável”<sup>13</sup>.

### **3 – AS MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE**

O *princípio da legalidade* das medidas de coacção e de garantia patrimonial significa que apenas se admitem como passíveis de aplicação as medidas previstas na lei. Dominam, nesta matéria, a *tipicidade* e o carácter *taxativo* do catálogo de medidas legalmente admitidas.

Ainda que o juiz julgue mais adequada, tendo em vista as exigências cautelares impostas pelo caso concreto, a aplicação de uma medida não prevista na lei, o princípio da legalidade impedirá a adopção de tal medida.

Este princípio está claramente consagrado no artigo 191.º, n.º1, e tem expressa correspondência nos artigos 259.º, n.º1 e 148.º, n.º2, dos CPP de Cabo Verde e da Guiné-Bissau, respectivamente.

### **4 – CONDIÇÕES GERAIS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL**

#### **4.1 – A prévia constituição como arguido e a existência de um processo criminal previamente instaurado**

O artigo 192.º, relativo às condições gerais de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial, estabelece no seu n.º1:

*“A aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial depende da prévia constituição como arguido, nos termos do artigo 58.º, da pessoa que delas for objecto”.*

O artigo 58.º, n.º1, alínea b), por sua vez, impõe como obrigatória a constituição de arguido logo que tenha de ser aplicada a qualquer pessoa uma medida de coacção ou de garantia patrimonial.

---

<sup>13</sup> João Castro e Sousa, “Os meios de coacção no novo código de processo penal”, *Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 150.  
A presunção de inocência, nas suas diversas expressões, é também uma regra de tratamento do arguido ao longo do processo, pelo que as medidas restritivas de direitos têm de ser reduzidas ao mínimo.

O citado n.º1 do artigo 192.º, quando faz depender a aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial “da prévia constituição como arguido, nos termos do artigo 58º, da pessoa que delas for objecto”, carece de cuidadosa interpretação, já que as medidas de garantia patrimonial são também aplicáveis aos responsáveis meramente civis. Interpretada literalmente, a disposição legal determinaria a constituição como arguido do responsável meramente civil como condição prévia da aplicação de uma medida de garantia patrimonial a esse responsável, o que, como é evidente, não é aceitável.

As medidas de coacção só são aplicáveis aos arguidos, mas tratando-se de medida de garantia patrimonial, tanto o arguido como o responsável civil podem ser sujeitos à sua aplicação.

Por isso, como ensina Germano Marques da Silva, a exigência de prévia constituição como arguido deve ser interpretada como referindo-se apenas ao eventual agente da infracção e não também a quem for simplesmente responsável civil<sup>14</sup>.

O CPP de Cabo Verde (CPPCV), no seu artigo 261.º, não coloca o problema interpretativo suscitado no CPP português. Realmente, estabelecido no n.º1 o *princípio da prévia constituição como arguido* como condição geral de aplicação das medidas cautelares (excepto a *detenção*, que impõe a imediata constituição do detido como arguido – constituição que ocorre “*a posteriori*” e não previamente), o n.º4 esclarece que tal princípio não exclui a aplicação ao responsável meramente civil de medida cautelar de natureza patrimonial.

O CPP da Guiné-Bissau (CPPGB), que consagra o termo “suspeito” com o significado que o CPP português confere ao conceito de “arguido”, estabelece, no artigo 148.º, que *só o suspeito pode ser sujeito a medidas de coacção. As medidas de garantia patrimonial podem ser aplicadas tanto ao suspeito como ao responsável civil.*

Quer isto dizer que o *princípio da prévia constituição como suspeito* (utilizando a terminologia legal do CPPGB) refere-se apenas ao eventual agente do crime a quem se pretendam aplicar aquelas medidas e não ao responsável meramente civil a quem sejam aplicadas medidas de garantia patrimonial.

As medidas de coacção e de garantia patrimonial, como medidas processuais de natureza cautelar, são aplicáveis no decurso do processo. Assim, é condição geral da sua aplicação a existência de um processo criminal já instaurado<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> *Ob. cit.*, pp. 238 e 239.

Saliente-se que a aplicação de uma medida de coacção sem a prévia constituição como arguido da pessoa que dela é objecto determina a sua inexistência jurídica.



## 4.2 – A exigência de *fumus comissi delicti*

Relativamente à aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial (com a excepção do *termo de identidade e residência*) é sempre necessário que seja possível formular um juízo de indicição da prática de certo crime (*fumus comissi delicti*). É o que resulta do disposto nos artigos 192.º, n.º2, 193.º, 197.º, n.º1, 198.º e 199.º (todos exigem a *imputação*), bem como nos artigos 200.º, n.º1, 201.º e 202.º (que exigem a verificação de *fortes indícios*).

Como é evidente, não se exige o grau de certeza próprio de uma condenação. Ensina Germano Marques da Silva, a este propósito, que a indicição necessária significa *probatio levior*, ou seja, a convicção (objectivável) da existência dos pressupostos de que depende a aplicação ao agente de uma pena ou medida de segurança criminais, mas em grau inferior ao exigido para a condenação<sup>16</sup>.

No entanto, não podemos ignorar que a aplicação das medidas de coacção, e especialmente da mais gravosa de entre elas, a prisão preventiva, envolve um risco, pois os indícios da prática de crime que justificaram a sua imposição poderão não ser confirmados na decisão final, o que significará a absolvição de quem, entretanto, foi privado, de forma irreversível, da sua liberdade.

Justifica-se, pois, que em relação a algumas medidas de coacção (a prisão preventiva, a obrigação de permanência na habitação e a proibição de permanência, de ausência e de contactos), o CPP português exija a verificação de *fortes indícios* da prática do crime em questão.

O CPP não define *fortes indícios*. No entanto, utiliza a expressão *indícios suficientes* para definir um dos pressupostos essenciais para a dedução de acusação e para a prolação do despacho de pronúncia, como resulta dos artigos 283.º, n.º1 e 308.º, n.º1. O artigo 283.º, no seu n.º2, estipula que “consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”. O artigo 322.º do CPPCV reproduz a mesma definição legal.

<sup>15</sup> Nisso se distinguem das medidas cautelares e de polícia, cuja aplicação não pressupõe, necessariamente, a existência de um processo criminal já instaurado.

Saliente-se que, no sistema processual penal português, as medidas de coacção ou de garantia patrimonial exigem a existência de um *processo criminal*, mas não necessariamente a existência, no mínimo, de um inquérito. Em processo sumário (em que não existe *inquérito*), o juiz de julgamento pode aplicar medidas de coacção ou de garantia patrimonial, a requerimento do Ministério Público, quando a audiência não tiver lugar em acto seguido à detenção e apresentação ao MP, mas o processo puder ainda manter a forma sumária, nos termos previstos na alínea a) do artigo 387.º, n.º1.

<sup>16</sup> *Ob. cit.*, p. 240.

A propósito da expressão *indícios suficientes* têm sido apresentadas diversas teses, conforme o significado atribuído a *possibilidade razoável* de condenação, bastando-se alguns com uma mera possibilidade de futura condenação em julgamento, exigindo outros que se verifique uma maior probabilidade de condenação do que de absolvição e, finalmente, havendo quem defenda ser necessária uma possibilidade particularmente qualificada de futura condenação<sup>17</sup>.

Questiona-se se a avaliação indiciária que permite a afirmação da existência de *fortes indícios*, para efeito da aplicação de uma medida de coacção que os exija como pressuposto específico, terá um conteúdo mais ou menos exigentes do que a contida no conceito de *indícios suficientes*.

Afirma Germano Marques da Silva, referindo-se aos *fortes indícios*: “(...) embora não seja ainda de exigir a comprovação categórica, sem qualquer dúvida razoável, é pelo menos necessário que face aos elementos de prova disponíveis seja possível formar a convicção sobre a maior probabilidade de condenação do que de absolvição”<sup>18</sup>.

Tal como refere Fernanda Palma, julgo que os indícios de que resulta uma *possibilidade razoável* de condenação e que por isso são *suficientes*, na avaliação efectuada no final do inquérito e da instrução, não poderão deixar de ser graves ou fortes, “no sentido de serem factos que permitem uma inferência de tipo probabilístico da prática do crime (enquanto facto) de elevada intensidade, permitindo estabelecer uma conexão com aquela prática altamente provável”<sup>19</sup>. Os *fortes indícios*, por sua vez, caracterizam-se por uma qualificação de *intensidade*, mas a sua avaliação, para aplicação de uma medida de coacção, poderá ocorrer em qualquer altura do processo, com base nos elementos probatórios então disponíveis. Parece-me, pois, que a existência de *fortes indícios* poderá ser constatada numa altura em que o inquérito ainda não permita a dedução de acusação por existirem outras diligências a realizar. No entanto, os indícios até então recolhidos, para serem avaliados como *fortes*, terão de ser já muito intensos, para que, com base neles e na representação dos factos que suscitam, o juiz possa formular um juízo (provisório) de elevada probabilidade.

---

<sup>17</sup> Jorge Noronha e Silveira, “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Almedina, 2004, pp. 155 e seguintes. Com interesse, veja-se o texto de Carlos Adérito Teixeira, “Indícios suficientes: parâmetro de racionalidade e instância de legitimação concreta do poder-dever de acusar”, *Revista do CEJ*, 2.º semestre 2004, n.º1, pp. 151 e seguintes.

<sup>18</sup> *Ob.cit.*, p. 240.

<sup>19</sup> Fernanda Palma, “Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva”, *I Congresso de Processo Penal – Memórias*, Almedina, 2005, p.122.

Idêntica exigência de *fortes indícios*, para a aplicação da medida de prisão preventiva, consta dos CPP de Cabo Verde (art. 290.º) e da Guiné-Bissau (art. 160.º).

Saliente-se que quanto às medidas de coacção (excepto o *termo de identidade e residência*) não basta a possibilidade de um juízo de indicição de certo crime, mas ainda que a este seja aplicável uma certa pena ou medida de pena, como se infere da leitura de cada um dos preceitos que estabelecem os pressupostos específicos de aplicação de cada uma das medidas. Em relação à prisão preventiva, por exemplo, o artigo 202.º, n.º 1, alínea a), do CPP, não exige, apenas, a existência de *fortes indícios* da prática de crime, mas também que este seja punível com pena de prisão *superior* a três anos.

#### 4.2.0 – A inexistência de causas de isenção da responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal

Estipula-se no n.º2 do artigo 192.º que não deve ser aplicada qualquer medida de coacção ou garantia patrimonial sempre que existam fundados motivos para crer na existência de causas de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento. Quer isto dizer que, ainda que existam indícios da prática de crime, a inexistência de causas de isenção de responsabilidade ou de extinção do procedimento criminal é uma *condição negativa* para a aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial.

O artigo 261.º, n.º3, do CPPCV, consagra o mesmo princípio, nos seguintes termos:

*“Nenhuma medida cautelar processual será aplicada quando houver fundadas razões para crer que o facto punível foi cometido ao abrigo de uma causa de exclusão da ilicitude, ou que existe causa de desculpa, de isenção ou dispensa da pena ou de extinção da responsabilidade criminal, nos termos da lei penal”.*

A propósito do sistema processual penal português, Germano Marques da Silva ensina que a expressão *causas de isenção de responsabilidade* é usada, no citado artigo 192.º, n.º2, num sentido amplo, abrangendo todos os casos de afastamento da responsabilidade penal, nomeadamente as causas de justificação e de exculpação, de extinção da responsabilidade e do procedimento criminal e as causas de isenção da pena; “em suma, deve tomar-se em conta toda a espécie de situações em razão das quais o agente não será punido”<sup>20</sup>.

<sup>20</sup> Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p. 239.

Sobre este princípio veja-se José António Barreiros, *ob. cit.*, p. 12.

É duvidoso que o artigo 192.º, n.º2, seja aplicável ao termo de identidade e residência previsto no artigo 196.º do CPP português, já que este deve ser aplicado pela autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal sempre que alguém haja sido constituído arguido e que o processo deva continuar, independentemente da verificação de quaisquer outras condições<sup>21/22</sup>.

### 4.3 – Os *pericula libertatis*

Como já se disse, as medidas de coacção e de garantia patrimonial são meios processuais de limitação da liberdade que correspondem a necessidades processuais de natureza cautelar resultantes da existência dos *perigos* previstos na lei (e só desses perigos), tendo como função assegurar a boa prossecução do processo e acautelar o efeito útil da decisão.

Não bastam, pois, os indícios da prática do crime (*fumus commissi delicti*), exigindo-se, ainda, a verificação de algum dos perigos que a lei pretende prevenir através das referidas medidas cautelares (*pericula libertatis*).

Para a análise desta matéria, importa tratar separadamente as medidas de coacção e as medidas de garantia patrimonial.

#### 4.3.1 – Os *pericula libertatis que constituem pressupostos das medidas de coacção*

O CPP de 1929, após a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 34 564, de 2 de Maio de 1945, estabelecia no seu artigo 254.º, § 1.º, n.º2, o seguinte: “É autorizada a prisão sem culpa formada (...): Por infracções a que corresponda pena de prisão

---

<sup>21</sup> No CPP de Cabo Verde, o artigo 282.º, n.º1, determina que, se findo o primeiro interrogatório, o processo dever continuar, a autoridade judiciária sujeitará o arguido a termo de identidade e residência lavrado no processo.

<sup>22</sup> No que concerne ao disposto no artigo 192.º, n.º2, pode ser discutível se o princípio aí consagrado será aplicável às medidas de garantia patrimonial.

Diz David Catana, reportando-se ao princípio da adesão do pedido civil ao processo penal: “Tendo as medidas de garantia patrimonial idêntica função à das Providências Cautelares, previstas nos artºs 381.º e seguintes do Código de Processo Civil, isto é, acautelarem o efeito útil da acção no que diz respeito à condenação em indemnização civil, pode-se levantar o seguinte problema prático: não obstante ser previsível a exclusão da responsabilidade penal, a responsabilidade meramente civil pode por sua vez subsistir. Não admitir a aplicação de medidas de garantia patrimonial nestes casos e impossibilitar, em virtude do Princípio da Adesão, o ofendido de interpor Providência Cautelar no competente Tribunal Cível, criará um lapso de tempo, que medeia entre o início do processo e o seu arquivamento, em que o arguido ou o responsável civil poderá dissipar os seus bens, já que, nem por um lado será possível impor-lhe uma medida de garantia patrimonial, pois é previsível o arquivamento, nem pode ser requerida uma Providência Cautelar em face do Princípio de Adesão e da Incompetência que este gera no Tribunal Cível. No entanto, o artº 192.º n.º2 parece intransponível” (*Apontamentos de Direito Processual Penal*, II volume, AAFDL, 1993, pp. 91 e 92).

por mais de seis meses, se for de recear que os infractores se subtraíam à acção da justiça, procurem, por qualquer modo, perturbar a instrução do processo ou tentem cometer novas infracções.”

Com a reforma de 1972<sup>23</sup>, o § 3.º do artigo 291.º (artigo relativo à *prisão preventiva fora de flagrante delicto*), passou a dispor: “Não são suficientes as medidas de liberdade provisória: a) Quando haja comprovado receio de fuga; b) Quando haja comprovado perigo de perturbação da instrução do processo mantendo-se o arguido em liberdade; c) Quando, em razão da natureza e circunstâncias do crime, ou da personalidade do delinquente, haja receio fundado de perturbação da ordem ou de continuação da actividade criminosa.” Este texto passou a integrar, com ligeiras alterações de pormenor, o § 2.º do artigo 291.º, na redacção que foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro.

Os mencionados requisitos, que no CPP de 1929 constituíam pressupostos de aplicação da prisão preventiva, valem hoje como condições gerais de aplicação de todas as medidas de coacção, com excepção do termo de identidade e residência. Reza assim o artigo 204.º do CPP:

*“Nenhuma medida de coacção prevista no capítulo anterior, à excepção da que se contém no artigo 196.º, pode ser aplicada se em concreto se não verificar:*

- a) Fuga ou perigo de fuga;*
- b) Perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova;*
- c) Perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa.”*

Assim, qualquer medida de coacção (com excepção do termo de identidade e residência) e não apenas a prisão preventiva depende da verificação de algum dos pressupostos indicados no artigo 204.º, que correspondem, no essencial, aos requisitos gerais previstos nos artigos 276.º do CPPCV e 150.º do CPPGB<sup>24</sup>.

Vejamos cada um desses requisitos ou pressupostos gerais.

<sup>23</sup> Reforma introduzida pelo Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio.

<sup>24</sup> Sobre o triplice objectivo das medidas de coacção refere-se Maria Chiavario, a propósito do artigo 274.º do *Codice de Procedura Penale* italiano, na *tridimensionalidade funcional* das medidas cautelares (*Commento al nuovo codice di procedura penale*, III, UTET, 1990, pp. 38 e seguintes).

#### 4.3.1.1. Os *pericula libertatis*: fuga ou perigo de fuga (al. a) do artigo 204.º)

Não oferece particular dificuldade a justificação da aplicação de uma medida de coacção quando se verificou a fuga (o que pressupõe o perigo de a mesma se repetir) ou se verifica o perigo de fuga, já que entre as finalidades das medidas de coacção conta-se a de assegurar a sujeição do arguido ao procedimento e o cumprimento das eventuais reacções criminais que, no termo do processo, lhe venham a ser impostas.

Quando se fala em *fuga ou perigo de fuga*, pretende-se assinalar que as medidas de coacção poderão funcionar *ex post*, perante a constatação de uma fuga já realizada e em ordem a evitar o perigo de uma nova fuga, ou *ex ante*, prevenindo uma eventual fuga futura.

Afirma Germano Marques da Silva, a respeito deste perigo, que a lei «não presume o perigo de fuga, exige que o perigo seja *concreto*, o que significa que não basta a mera probabilidade de fuga deduzida de abstractas e genéricas presunções, *vg.*, da gravidade do crime, mas que se deve fundamentar sobre elementos de facto que indiciem concretamente aquele perigo, nomeadamente porque revelam preparação para a fuga».<sup>25</sup>

No âmbito do CPP de 1929, ensinava Cavaleiro de Ferreira:

“Não é de exagerar, ampliando-o, o perigo de fuga. É um perigo real, mas relativo, pode o arguido ausentar-se para o estrangeiro ou esconder-se em território nacional. Mas a cooperação internacional da repressão criminal e o instituto da extradição tornam menos seguro um meio de fuga, que, aliás, não está à disposição de todos. Por outro lado, a vida secreta do arguido que se oculta da justiça por crimes menos graves acarreta normalmente um castigo maior do que a própria pena, e dificilmente, por isso, será incentivo eficaz para a fuga”<sup>26</sup>.

E mais adiante, acrescentava o ilustre catedrático, com palavras sobre a prisão preventiva que, volvido meio século, mantêm a sua actualidade:

“Não obstante todas estas precauções destinadas a reduzir ao mínimo os inconvenientes e injustiças da prisão preventiva, a praxe, em Portugal, utiliza-a para além do necessário. Raramente se procura justificar de maneira positiva

---

<sup>25</sup> *Ob. cit.*, p. 243.

<sup>26</sup> *Ob. cit.*, p. 419.

os motivos de receio de que a lei faz, em alguns casos, depender a captura ou a sua manutenção”<sup>27</sup>.

Por *fuga* devemos entender a ausência ou não comparência do arguido, no local onde era suposto ser encontrado, ou então era suposto estar, com a intencionalidade de se subtrair à acção da Justiça<sup>28</sup>.

Poderão indiciar o perigo de fuga a verificação de uma fuga anterior; a incerteza relativamente ao modo de vida e paradeiro do arguido ou a circunstância de, no momento da detenção, se encontrar no país esporadicamente e sem residência fixa; o facto de o arguido ter na sua posse, no momento da detenção, um bilhete de avião com passagem para um país estrangeiro marcada para dias depois; o facto de ter estado no processo em questão, ou noutros processos, na situação de contumácia (segundo o regime do C.P.P. português). Em qualquer caso, impõe-se sempre justificar, concretamente, a existência do perigo cuja efectivação se pretende prevenir através da medida de coacção.

Atente-se na circunstância de a simples probabilidade de ao arguido vir a ser aplicada uma pena de prisão de duração significativa, devido à gravidade do crime, não indiciar, de modo automático, a existência de perigo de fuga. Veja-se, a este propósito, o seguinte sumário do acórdão da Relação de Lisboa de 9 de Dezembro de 1999, no Boletim do Ministério da Justiça (B.M.J.) 492 (2000), p. 479:

*“Para que se diga que existe perigo de fuga não-de avançar-se razões concretas, válidas, plausíveis, relativas à pessoa que vai ter cerceada a sua liberdade. A moldura penal não é por si um elemento que constitua fundado motivo para crer na fuga do recorrente”.*

Questiona-se a aplicação da prisão preventiva nas situações em que o arguido, até então sujeito a medida compatível com a liberdade (*liberdade provisória*, na terminologia do CPP de 1929), é objecto de uma condenação em pena de prisão efectiva, em 1.<sup>a</sup> instância, e interpõe recurso da sentença condenatória. Será que a condenação não transitada permite, de certo modo, inferir a existência de perigo de fuga?

Reza assim, na parte que importa, o sumário do acórdão da Relação de Évora, de 28 de Janeiro de 1997, no B.M.J. 463, p. 661:

<sup>27</sup> *Ob. cit.*, pg. 419.

<sup>28</sup> Frederico Isasca, *A prisão preventiva e as restantes medidas de coacção*, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 13, N.º3, Julho-Setembro de 2003, p. 376.

*“Condenado em prisão efectiva por tribunal colectivo e tendo o arguido interposto recurso dessa decisão para o Supremo Tribunal de Justiça, nada impede que se lhe imponha a medida de prisão preventiva.*

*Na verdade, aquela condenação permite, dada a natureza do crime em causa e o facto de haver grande probabilidade de ser confirmada pelo Supremo Tribunal de Justiça, concluir que existe o perigo de fuga e ainda o de continuação da actividade criminosa.”*

No mesmo sentido, podemos ler no sumário do acórdão da Relação de Coimbra, de 14 de Maio de 1997, B.M.J. 467, p. 644:

*“A condenação (em pena de cinco anos de prisão) altera substancialmente a situação do arguido, uma vez que se passa de um juízo de probabilidade para um juízo de certeza sobre a prática de um crime, mesmo que tal juízo seja provisório por não ter transitado em julgado a respectiva sentença; esta alteração e o conhecimento da pena que terá de cumprir provocam no arguido uma alteração do seu estado de espírito, passando a ser maior a sua apetência para a fuga”.*

Analisando criticamente esta jurisprudência, julgo não ser aceitável qualquer posição de que decorra, por efeito automático ou funcionamento de uma presunção, a necessidade de alterar a medida de coacção imposta anteriormente pela mera circunstância de o arguido já ter sido condenado em 1.<sup>a</sup> instância, aguardando-se o trânsito em julgado. O *perigo de fuga* não é presumido pela lei e deve ser sempre concretamente justificado.

Assim, sendo de admitir que o arguido, perante uma decisão que o condenou a uma pena de prisão, sinta maior tentação para se eximir à justiça, será sempre de exigir, para que se altere a medida de coacção, decretando-se a prisão preventiva, que o *perigo de fuga* se infira a partir de elementos objectivos que o processo forneça e que sejam susceptíveis de criar a convicção de que aquele perigo – que não se presume - efectivamente se verifica.

#### **4.3.1.2 – Os *pericula libertatis*: o perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, o perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova (al. b) do artigo 204.º)**

O perigo de perturbação da investigação e da aquisição, conservação e veracidade da prova é pacificamente aceite como fundamento para a aplicação de medidas de coacção.

Claus Roxin, pronunciando-se sobre uma disposição legal equivalente ao artigo 204.º, alínea b), menciona os seguintes perigos: a) destruir, modificar, ocultar,



suprimir ou falsificar meios de prova; b) influenciar de maneira desleal os co-arguidos, testemunhas ou peritos; c) induzir outros a praticar esses actos<sup>29</sup>.

O sucesso da investigação pode exigir a ausência de contactos entre vários arguidos, de modo a impedir a simulação de falsos álibis e a concertação entre todos de uma determinada versão dos factos. Pode ser necessário impedir a atemorização ou o suborno de testemunhas, ou a destruição de documentos.

Identificado o *perigo*, perante as circunstâncias do caso concreto, a medida de coacção a adoptar deverá ser a adequada e necessária a prevenir a sua concretização.

Assim, se o perigo é o de destruição de documentos probatórios, não se justificará a aplicação de medida de coacção nas situações em que as buscas foram realizadas e as apreensões efectuadas, encontrando-se todos os documentos relevantes à disposição do tribunal.

Saliente-se que a referência, na alínea b) do artigo 204.º, a “instrução do processo”, não se reporta apenas à fase processual da instrução, mas a toda a actividade instrutória, entendida como actividade de recolha e produção de prova no processo, quer decorra na fase do inquérito, quer na instrução, quer no julgamento, quer mesmo nos recursos<sup>30</sup>. Em geral, porém, o perigo que se pretende prevenir será maior nas fases preliminares do processo em que se procede à recolha inicial dos meios de prova indiciadores da responsabilidade do arguido.

Assinala Germano Marques da Silva:

“Sendo possível, na generalidade dos casos, que o arguido desenvolva uma actividade no sentido de prejudicar a investigação, não basta, porém, a mera probabilidade de que tal aconteça. É necessário sempre, como também relativamente aos demais pressupostos das medidas de coacção, que em concreto se demonstre esse perigo pela ocorrência de factos que indiciem a actuação do arguido com esse objectivo e que não seja possível com outros meios obstar a essa perturbação”. E, mais adiante, afirma: “(...) é necessário evitar o risco de que com tal medida e com tal pretexto se confunda e prejudique a legítima actividade defensiva do arguido, traduzida nomeadamente na investigação e recolha de meios de prova para a sua defesa, actividade que o arguido deve poder exercer com a maior liberdade e amplitude”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 2000, p. 260.

<sup>30</sup> Desta forma é ultrapassada a crítica de Frederico Isasca ao teor da alínea b) do artigo 204.º, que considera pecar por defeito, não abrangendo toda a tramitação processual (*ob.cit.*, p. 376).

<sup>31</sup> *Ob. cit.*, p. 245.

Em caso algum a aplicação de medidas de coacção poderá ter como finalidade coagir o arguido no sentido de colaborar activamente na investigação ou na instrução do processo, sendo certo que não recai sobre o arguido o dever de colaborar na descoberta da verdade (estando até consagrado, no artigo 61.º, n.º1, al. c), o direito do arguido ao silêncio).

**4.3.1.3 – Os *pericula libertatis*: o perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa (al. c) do art. 204.º)**

Nos termos legais, os perigos em causa que justificam a aplicação de uma medida de coacção hão-de resultar da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do agente.

Como refere Germano Marques da Silva, este fundamento deve ser objecto de cuidadosa interpretação, em termos que o seu âmbito se restrinja às finalidades processuais cautelares atinentes às medidas de coacção.

Pode ser questionada a conformidade constitucional da alínea c) do artigo 204.º, face ao direito fundamental à presunção de inocência, sobretudo quando na base desse preceito é imposta a prisão preventiva.

Nas situações previstas nessa alínea, parecem ser finalidades de natureza extra- - processual, razões de ordem preventiva, especial ou geral, a motivarem a aplicação das medidas de coacção.

Escreve Eduardo Maia Costa, pugnando no sentido da inconstitucionalidade:

“Na verdade, a utilização da prisão preventiva como forma de impedir a continuação criminosa constitui claramente uma medida de defesa social, uma *medida de segurança*, mais até do que antecipação da pena, o que viola frontalmente diversos princípios constitucionais, entre os quais o da presunção de inocência. Por outro lado, a prisão preventiva como meio de salvaguarda da ordem e da tranquilidade públicas serve fins de prevenção geral (a salvaguarda das famosas “expectativas comunitárias”), mas não é evidentemente uma medida cautelar do processo, violando também assim o princípio da presunção de inocência”<sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Eduardo Maia Costa, «A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito», *Revista do Ministério Público*, ano 23, Outubro-Dezembro 2002, n.º 92, pp. 74 e segs.

No entanto, o Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 720/97, de 23 de Dezembro de 1997, apreciou a constitucionalidade do artigo 204.º, considerando ser manifesto que não viola a Constituição da República, sem se alongar na fundamentação<sup>33</sup>.

No que concerne ao *perigo de continuação da actividade criminosa*, Germano Marques da Silva entende que a aplicação de uma medida de coacção não pode servir para acautelar a prática de qualquer crime pelo arguido, mas tão-só a continuação da actividade criminosa pela qual está já indiciado<sup>34</sup>.

Segundo este entendimento, a *continuação da actividade criminosa* que se pretende impedir mediante a medida de coacção não pode abranger comportamentos que ultrapassem o prolongamento daquele que constitui o objecto do processo, sob pena de se transformar a medida de coacção numa medida de segurança.

Frederico Isasca, ao proceder à análise do perigo de continuação, defende que o mesmo deve ser relativo apenas à actividade criminosa pela qual o arguido está indiciado, não a qualquer outro crime. Entre o crime indiciado e os crimes que o arguido possa vir a praticar deveria verificar-se uma relação de continuação criminosa: a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada de forma essencialmente homogénea e no quadro de uma solicitação exterior comum que diminua sensivelmente a culpa do agente<sup>35</sup>.

Julgo, no entanto, que a lei não exige que se descortine uma verdadeira relação de *continuação criminosa* entre o crime indiciado e os crimes cuja eventual prática se pretende prevenir, bastando que se identifique alguma relação de proximidade (em função da natureza do crime e dos bens jurídicos afectados, das vítimas, etc.) entre a actividade desenvolvida e a actividade futura a que se pretende obstar.

Há situações em que o crime indiciado pode revelar aspectos da personalidade do agente que sustentem a conclusão da existência de efectivo perigo de continuação da actividade criminosa, sem que se possa invocar a figura do *crime continuado*, como ocorre em alguns casos de crimes sexuais, em que o crime indiciado se apresente, na avaliação concreta que importa fazer, como correspondendo a uma tendência da personalidade do arguido (e em que a natureza estritamente pessoal dos bens jurídicos tutelados não permitiria descortinar uma relação de *continuação criminosa* no caso de serem diversas as vítimas, reais e potenciais).

<sup>33</sup> B.M.J. 472, p. 102.

<sup>34</sup> *Ob. cit.*, p. 247.

<sup>35</sup> *Ob. cit.*, p. 377.

Retomando a questão da alteração das medidas de coacção após a prolação de sentença condenatória ainda não transitada (matéria anteriormente referida a propósito do *perigo de fuga*), veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 19 de Fevereiro de 2002, assim sumariado na *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXVII, Tomo I, p. 149<sup>36</sup>:

*Resultando da sentença proferida, ainda que não transitada em julgado, factos que não foram considerados no momento em que foi aplicada a medida de coacção a que o arguido estava sujeito, e concluindo-se que deles resulta, a nível de indícios, uma alteração não só no que se refere à sua consistência, mas, fundamentalmente, à gravidade e à dimensão da actividade criminosa do arguido justificativa do receio de que continue a sua actividade criminosa, é admissível impor uma medida de coacção mais gravosa, nomeadamente a de prisão preventiva.*

Quanto ao perigo de perturbação da ordem e tranquilidade públicas, Germano Marques da Silva identifica, a título de exemplo, a situação em que o crime causou revolta no meio social onde a vítima vivia, em termos de ser previsível algum movimento de vingança.

Têm-se em vista aqueles casos que despertam sentimentos de retaliação ou de grande insegurança colectiva, ou que geram reacções de temor, pânico, revolta e ódio, colocando em causa a autoridade e o prestígio da justiça.

Como afirma Frederico Isasca, as medidas de coacção, nestas situações, vão além das finalidades estritamente processuais, pois servem simultaneamente “como forma de protecção da própria vida do arguido, de modo a permitir a realização da justiça, nos quadros da ordem jurídica”<sup>37</sup>.

No entanto, para além das já assinaladas dúvidas quanto à conformidade constitucional desta finalidade, importa ter em vista que o sistema processual penal português não contempla os chamados *crimes incaucionáveis*. Devemos afastar, por conseguinte, qualquer interpretação que conduza, como consequência, à aplicação sistemática e acrítica da prisão preventiva apenas em função da gravidade dos crimes e do suposto ou presumido “alarme social” que causam.

Finalmente, Maria João Antunes, relativamente ao artigo 204.º, al. c), do CPP, considera que o único entendimento desse preceito compatível com a presunção

---

<sup>36</sup> O sumário que apresento não reproduz o sumário contido na *Colectânea*, fazendo uma ligeira alteração de redacção.

<sup>37</sup> *Ob. cit.*, p. 377. Há situações que fazem temer pela vida do arguido e que têm sido enquadradas no *perigo de perturbação da ordem e tranquilidade pública*. No entanto, não posso deixar de observar que a protecção da vida do arguido contra o risco de retaliação deve ser assegurada essencialmente pelas entidades policiais e não pela sujeição do arguido a prisão preventiva.

de inocência do arguido é o que afirma o carácter processual da exigência contida nessa alínea: o perigo de perturbação da ordem e da tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa releva para a aplicação de uma medida de coacção “somente quando ligado à finalidade processual de restabelecimento da paz jurídica comunitária posta em causa com a prática do crime, finalidade que se evidenciará, de forma autónoma e particular, em razão da natureza e das circunstâncias concretas do crime ou da personalidade do arguido”<sup>38</sup>.

#### 4.3.2 – *Os pericula libertatis que constituem pressupostos das medidas de garantia patrimonial*

O artigo 227.º do CPP indica, de forma clara, as finalidades das medidas de garantia patrimonial e os *perigos* a que visam responder.

Desse preceito legal resulta que tais medidas servem de garantia em relação ao pagamento de certas obrigações pecuniárias.

Ocorrendo *fundado receio* de que faltem ou diminuam *substancialmente* as garantias de pagamento

- da pena pecuniária,
- das custas do processo,
- de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime,
- de indemnização ou de outras obrigações civis derivadas do crime,

pode-se requerer a prestação de caução económica nos termos e segundo as modalidades que o juiz determinar.

### 5 – OS PRINCÍPIOS DA ADEQUAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE

O artigo 193.º, n.º1, do CPP, estabelece que as medidas de coacção e de garantia patrimonial a aplicar em concreto devem ser adequadas às exigências cautelares que o caso requerer e proporcionais à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente venham a ser aplicadas.

Consagram-se neste preceito os princípios da *adequação* e da *proporcionalidade*. Estes princípios não respeitam apenas ao momento inicial da aplicação de uma medida, mas igualmente à sua alteração posterior.

---

<sup>38</sup> Maria João Antunes, “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, *Liber Discipulorum para Jorge Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, p. 1254.

O artigo 149.º, do CPPGB, consagra os mesmos princípios: adequação da medida às necessidades processuais que se pretenda acautelar; proporcionalidade da medida à gravidade do crime e às sanções que previsivelmente virão a ser aplicadas; preferência pela medida que sendo adequada, menos interfira com o exercício normal dos direitos fundamentais.

Por sua vez, o artigo 262.º, n.º2, do CPPCV, estabelece os princípios da adequação e da proporcionalidade em termos muito próximos dos constantes do CPP português.

O princípio da adequação exige que a medida seja apta e idónea para satisfazer as exigências cautelares do caso, devendo ser escolhida de acordo com estas exigências (e não outras). Como ensina Germano Marques da Silva, uma medida é adequada “se realiza ou facilita a realização do fim pretendido e não o é se o dificulta ou não tem absolutamente nenhuma eficácia para a realização das exigências cautelares”<sup>39</sup>.

A adequação é *qualitativa* (aptidão da medida, pela sua natureza, para realizar os fins cautelares pretendidos) e *quantitativa* (no que toca à sua duração ou intensidade).

Dispõe o nº 3 desse mesmo artigo que a execução das medidas de coacção e de garantia patrimonial não deve prejudicar o exercício de direitos fundamentais que não forem incompatíveis com as exigências que o caso requerer.

O princípio da adequação é integrado pelo princípio da proporcionalidade que impõe que a medida seja proporcional à gravidade do crime e à sanção que previsivelmente venha a ser aplicada. Deste princípio infere-se que ainda que uma medida de coacção possa ser justificada pelas exigências cautelares do caso, poderá a mesma não ser proporcional à gravidade do crime e à sanção que previsivelmente será aplicada ao arguido. A gravidade deverá ser ponderada em função do modo de execução do crime, dos bens jurídicos violados, da culpabilidade do agente e, em geral, de todas as circunstâncias que devem ser consideradas em sede de determinação da medida concreta da pena.

Em estreita ligação a estes princípios está o *princípio da subsidiariedade da prisão preventiva*, consagrado pelo artigo 193.º, n.º 2, do CPP e em conformidade com o artigo 28.º, n.º2, da Constituição da República: a prisão preventiva só pode ser aplicada quando se revelarem inadequadas ou insuficientes as outras medidas de coacção.

---

<sup>39</sup> *Ob. cit.*, p. 248.

A subsidiariedade da prisão preventiva vincula o juiz a uma fundamentação acrescida da decisão que impõe tal medida: *da decisão devem constar as razões da aplicação da medida de prisão preventiva, com especificação das circunstâncias que fundamentam a exigência processual de natureza cautelar invocada, bem como as razões da inadequação ou insuficiência das outras medidas*<sup>40</sup>.

O artigo 193.º, n.º1, menciona não só as medidas de coacção, mas também as de garantia patrimonial.

No entanto, julgo que os princípios da adequação e da proporcionalidade não têm o mesmo significado conforme se reportem a medidas de coacção ou a medidas de garantia patrimonial, pois quanto a estas não vejo com clareza que seja de estabelecer alguma relação com a gravidade do crime imputado e a pena previsivelmente aplicável.

Quanto ao termo de identidade e residência (T.I.R.), face ao CPP português é a única medida de coacção que pode ser imposta em qualquer processo, independentemente da espécie ou gravidade da pena aplicável ao crime que é dele objecto, devendo ser aplicada sempre que haja constituição de arguido. Além disso, pode ser aplicada por qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal (artigos 196.º, 57.º, 58.º e 59.º). Quer isto dizer que não são aplicáveis ao T.I.R. os princípios da adequação e da proporcionalidade.

## **6 – O PRINCÍPIO DA PRECARIEDADE**

A aplicação das medidas deve respeitar o princípio segundo o qual as medidas de coacção, porque impostas a arguido presumido inocente, não devem ultrapassar a barreira do *comunitariamente suportável*, o que constitui uma emanação do princípio da presunção de inocência. Por isso, a lei estabelece prazos de duração máxima da prisão preventiva (artigo 215.º) e de outras medidas de coacção (artigo 218.º)<sup>41</sup>.

## **7 – O PRINCÍPIO DA JUDICIALIZAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL**

Face ao CPP português, todas as medidas de coacção e de garantia patrimonial, à excepção do T.I.R., são aplicáveis exclusivamente por um juiz.

<sup>40</sup> Maria João Antunes, *ob. cit.*, p. 1255.

<sup>41</sup> Odete Maria de Oliveira, “As medidas de coacção no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de direito processual penal. O novo código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, Livraria Almedina, 1995, p. 188.

Durante as fases de inquérito e de instrução, as medidas de coacção e de garantia patrimonial são aplicadas pelo Juiz de Instrução Criminal, como se infere dos artigos 194.º, 268.º, n.º1, alínea b) e 290.º, n.º1.

Na fase de julgamento, a competência pertencerá ao Juiz do Julgamento.

Saliente-se que também o CPPCV consagra o princípio da judicialização das medidas de coacção e de garantia patrimonial, nos artigos 274.º, n.º1 e 307.º, n.º1, alínea b).

Diversamente, o CPPGB reserva esse princípio apenas para a medida de prisão preventiva, pois todas as restantes medidas de coacção são aplicadas, na investigação, nos termos do artigo 151.º, pelo Ministério Público.

## **8 – A DETERMINAÇÃO DA PENA APLICÁVEL PARA EFEITOS DE APLICAÇÃO DAS MEDIDAS**

Estabelece o artigo 195.º que “*se a aplicação de uma medida de coacção depender da pena aplicável, atende-se, na sua determinação, ao máximo da pena correspondente ao crime que justifica a medida*”.

Encontramos solução idêntica no artigo 260.º do CPPCV.

Carmona da Mota, a propósito deste artigo 195.º, interrogou-se, inicialmente, sobre se, quando o legislador se refere a “crime”, subentenderá, como no caso do artigo 15.º, o concurso de crimes, respondendo a essa questão de forma afirmativa<sup>42</sup>.

Escreveu o referido autor: “Com a ressalva de melhor estudo, entendo que sim. Não é de facto o crime que pode justificar a *medida*, mas, obviamente, a gravidade dos crimes *medida* pelas sanções aplicáveis: uma multiplicidade de crimes a cada um dos quais corresponda pena inferior a 3 anos de prisão pode revelar-se *concretamente* mais grave que um só crime abstractamente punível com pena superior; imagine-se, por exemplo, certos furtos qualificados em confronto com uma sucessão de furtos simples (cuja habitualidade ou prática como modo de vida poderia, de resto, qualificá-lo (...))”.

Discordo inteiramente deste entendimento – que creio já ter sido ultrapassado pelo autor.

---

<sup>42</sup> Carmona da Mota, *Revista do Ministério Público*, Cadernos, 4, p. 56.



O “máximo da pena correspondente ao crime”, referido no artigo 195º, é o limite máximo da pena correspondente a cada um dos crimes objecto do processo em que a medida de coacção é aplicada, independentemente da pena correspondente a um eventual concurso de infracções. Se no processo estiver indiciado um crime qualificado ou um crime privilegiado, é ao limite máximo da pena aplicável àquele crime qualificado ou àquele crime privilegiado que se deverá atender<sup>43</sup>.

## **9 – O DESPACHO DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS DE COACÇÃO E DE GARANTIA PATRIMONIAL**

### **9.1 – Competência para a aplicação das medidas e intervenção do Ministério Público**

Prescreve o artigo 194.º, n.º1, do CPP:

*“À excepção do termo de identidade e residência, as medidas de coacção e de garantia patrimonial são aplicadas por despacho do juiz, durante o inquérito a requerimento do Ministério Público e depois do inquérito mesmo oficiosamente, ouvido o Ministério Público”.*

Com as necessárias adaptações (em Cabo Verde, a fase chamada de “instrução” corresponde ao “inquérito” no CPP português), o artigo 274.º, n.º1, do CPPCV, estabelece regime idêntico.

Como compatibilizar o n.º1 do artigo 194.º com o artigo 268.º, n.º2, nos termos do qual o juiz pratica os actos referidos no n.º1 (nos quais se inclui a aplicação de uma medida de coacção ou de garantia patrimonial, com excepção do T.I.R.) *a requerimento do Ministério Público, da autoridade de polícia criminal em caso de urgência ou de perigo na demora, do arguido ou do assistente?*

A solução será considerar que o artigo 194.º, n.º1, constitui uma *norma especial* em relação ao artigo 268.º, n.º2.

Não parece, por exemplo, que o arguido possa requerer que lhe sejam aplicadas medidas de coacção. A construção das alíneas do artigo 204.º leva a concluir, como refere o Dr. David Catana, que se trata de riscos para o processo ou para a sociedade criados pelo próprio arguido<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Sobre a questão veja-se Odete Maria de Oliveira, *ob. cit.*, pp. 172 e 173.

<sup>44</sup> *Ob. cit.*, p. 94.

Quanto ao assistente, parece que, pelo menos durante o inquérito, não poderá requerer medidas de coacção. É que o Ministério Público é o “*dominus*” do processo na fase de inquérito. O Ministério Público é quem melhor saberá qual a situação pessoal do arguido que melhor garante o desenrolar das investigações.

Assim, entendo que o artigo 194.º, n.º1, deve ser interpretado da seguinte forma:

- Durante o inquérito, as medidas de coacção são aplicadas pelo JIC mediante requerimento do MP;
- Depois do inquérito, as medidas de coacção podem ser aplicadas oficiosamente, por despacho do juiz.

No meu entender, há que distinguir as duas situações:

- Durante o inquérito, a falta de requerimento do MP constituirá uma nulidade insanável, por falta de promoção do MP, nos termos do artigo 119.º, alínea b);
- Fora do inquérito, a falta de audição do MP constituirá uma mera irregularidade processual.

Esta interpretação adapta-se com facilidade ao CPPCV, atenta a semelhança com o CPP português, mas não ao CPPGB, já que aí cabe ao Ministério Público aplicar as medidas de coacção, durante a investigação, excepção feita à prisão preventiva que compete exclusivamente ao juiz.

Importa, ainda, distinguir, na interpretação do artigo 194.º, n.º1, as medidas de coacção das medidas de garantia patrimonial. Na parte que concerne às medidas de garantia patrimonial, entendo que o artigo em questão tem em vista, tão-somente, as garantias de pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime (às quais se refere o n.º1 do artigo 227.º do CPP), obrigando a que a sua aplicação seja efectuada a requerimento do Ministério Público.

Com efeito, o direito do lesado à indemnização é um direito subjectivo disponível. Como tal, não faria sentido que outrem, ou o juiz, oficiosamente, se arrogassem a iniciativa de pretender a garantia de tal direito.

Propõe-se, por conseguinte, uma interpretação do artigo 194.º, n.º1 que tenha em consideração que o artigo 227.º consagra uma *norma especial*: o artigo 194.º, quando se refere “a requerimento do Ministério Público”, reporta-se, apenas, às medidas de coacção (com excepção do T.I.R.) e à medida de garantia patrimonial prevista no n.º1 do artigo 227.º. Mesmo durante o inquérito, há que admitir a faculdade de

o lesado requerer a aplicação de medidas de garantia patrimonial<sup>45</sup>. Por outro lado, devemos interpretar a referência à oficiosidade no decretamento, mencionada no n.º1 do artigo 194.º, parte final, como reportando-se, unicamente, às medidas de coacção. Mesmo nas fases posteriores ao inquérito, entendo que as medidas de garantia patrimonial só podem ser decretadas pelo juiz a requerimento do Ministério Público ou do lesado<sup>46</sup>.

Não creio que sejam necessários maiores desenvolvimentos, porquanto só o regime processual penal de Cabo Verde tem similitudes com o regime do CPP português que poderiam justificar uma abordagem mais detalhada.

No entanto, julgo que uma questão concreta justificará algumas palavras adicionais. Consiste em saber se o juiz pode aplicar ao arguido, durante o inquérito, medida de coacção diversa ou mais grave da que lhe for requerida pelo Ministério Público. A mesma pergunta será pertinente face ao CPPCV, quanto às medidas de coacção pessoal que são aplicadas, durante a *instrução* (equivalente ao *inquérito* do CPP português), a requerimento do Ministério Público.

A questão em apreço pode ser formulada da seguinte forma: requerida pelo Ministério Público, durante o inquérito, a aplicação de determinada medida de coacção, está o juiz vinculado à aplicação de tal medida ou, diversamente, poderá escolher e aplicar outra que julgue mais adequada e proporcionada ao caso concreto?

Germano Marques da Silva, depois de ponderar que a função jurisdicional penal é essencialmente uma função de garantia do cidadão, competindo ao Ministério Público a função de perseguição dos criminosos, podendo considerar-se que quando o juiz toma a iniciativa de aplicar uma medida de coacção que não tenha sido requerida é, de certo modo, a imparcialidade do órgão jurisdicional que é posta em causa, acaba por concluir no sentido de que, apesar de tudo, o juiz

---

<sup>45</sup> Neste sentido, Rodrigo Santiago, *ob. cit.*, p. 1536.

<sup>46</sup> Quanto à inoficiosidade da aplicação de medidas de garantia patrimonial do artigo 227.º, n.º2, parece-me serem dispensáveis outras considerações.

As razões pelas quais entendo que, mesmo na fase posterior ao inquérito, o juiz não pode aplicar oficiosamente a medida de garantia patrimonial prevista no artigo 227.º, n.º1, são as seguintes:

Por um lado, o artigo 227.º refere expressamente que essas medidas são requeridas pelo Ministério Público; por outro, nos termos do artigo 469.º, compete ao *Ministério Público promover a execução das penas e das medidas de segurança e, bem assim, a execução por custas, indemnização e mais quantias devidas ao Estado ou a pessoas que lhe incumba representar judicialmente*. Assim sendo, não podendo o juiz actuar oficiosamente nesta matéria, compreende-se que também dependa do impulso do Ministério Público a aplicação de medidas de natureza “cautelar” que visam garantir os créditos cuja execução ao Ministério Público incumbe.

mantém a liberdade de decisão sobre a necessidade de aplicação de uma medida de coacção e a escolha da que for adequada. Não o convence o argumento de que a aplicação de medida diversa da requerida pelo Ministério Público possa perturbar o seu plano de investigação, pois as medidas de coacção não se justificam pela necessidade da investigação, ou apenas em razão dessa necessidade<sup>47</sup>.

Saliente-se que o projecto de revisão do CPP português, que conduziu à reforma de 1998, previa um n.º5 do artigo 194.º, com o seguinte teor: “Durante o inquérito não pode ser aplicada medida de coacção de natureza diferente ou em medida mais grave do que a indicada no requerimento a que se refere o n.º1”.

Este n.º 5 foi eliminado pela Assembleia da República, referindo o Partido Socialista, na sua declaração de voto, que “o seu sentido essencial corresponde, já hoje, à melhor interpretação do regime vigente, que faz depender a aplicação das medidas, no inquérito, de requerimento do MP”<sup>48</sup>.

Maia Gonçalves manifestou-se contra a eliminação do mencionado n.º5 constante do projecto de revisão do CPP, afirmando que “se destinava a esclarecer melhor a lei, que já assim devia ser entendida”<sup>49</sup>.

Diversos autores já se pronunciaram no sentido de não ser admitida a aplicação pelo juiz de instrução, durante o inquérito, de medida de coacção diversa da requerida pelo Ministério Público ou, pelo menos, de medida mais grave.

No que me concerne, ainda que admita que a questão é duvidosa, tenho defendido que, durante o inquérito, o juiz de instrução, enquanto garante da tutela dos direitos fundamentais e *juiz das liberdades*, não deve aplicar medida de coacção mais grave do que a requerida pelo Ministério Público, muito embora nada obste a que possa aplicar medida de coacção menos grave que entenda acautelar, de forma adequada e proporcionada, os perigos invocados<sup>50</sup>.

---

<sup>47</sup> *Ob. cit.*, pp. 253 e 254. Veja-se a 3.ª edição da obra (2000), p. 276, que denota, de forma mais clara, a opção do autor pela plena liberdade de decisão do juiz na escolha da medida de coacção a aplicar.

<sup>48</sup> Veja-se *Código de Processo Penal – Processo Legislativo*, volume II, tomo II, Assembleia da República, Lisboa, 1999, p. 115.

<sup>49</sup> *Código de Processo Penal, Anotado e Comentado*, 11.ª edição, 1999, p. 417.

<sup>50</sup> Sobre esta questão, vejam-se as diversas posições expressas por: Odete Maria Oliveira, *ob. cit.*, pp. 170 e 171; António Rui de Sousa Castanheira, “Medidas de coacção”, *Balanço de um ano de vigência do Código de Processo Penal*, Revista do Ministério Público, cadernos, n.º4; Simas Santos e Leal Henriques, *Código de Processo Penal Anotado*, I volume, 2.ª edição (1999), p. 962 e segs.; David Catana, *ob. cit.*, p. 96. Com interesse para a matéria, recomenda-se a leitura dos textos da Conferência Parlamentar sobre a revisão do CPP, realizada na Sala do Senado da Assembleia da República, a 7 de Maio de 1998, publicados in *Código de Processo Penal – Processo Legislativo*, volume II, tomo II, Assembleia da República, Lisboa, 1999, contendo os entendimentos dos profs. Figueiredo Dias (p. 91), Costa Andrade (p. 92) e Teresa Beleza (p. 93).

Na jurisprudência, encontramos decisões no sentido de que o juiz não está vinculado, por qualquer forma, à proposta do Ministério Público, mantendo a plena liberdade de decisão (pode aplicar a medida que entender adequada e proporcionada, mesmo que mais grave do que a requerida), e outras em sentido diverso.

## 9.2 – O princípio do contraditório e da prévia audição do arguido

O artigo 194.º, n.º 2, do CPP dispõe que a aplicação das medidas de coacção e de garantia patrimonial *é precedida, sempre que possível e conveniente, da audição do arguido e pode ter lugar no acto do primeiro interrogatório judicial*.

Encontramos regime similar no artigo 274.º do CPPCV<sup>51</sup>.

O CPP de 1929, reportando-se à prisão preventiva, previa no artigo 291.º, § 3.º, na sua última versão: “O juiz, antes de declarar a necessidade da prisão preventiva, deverá dar ao arguido a oportunidade de contrariar os fundamentos da aplicação de tal medida e informá-lo dos termos em que pode recorrer dessa medida”.

A lei impõe a audição, *sempre que possível e conveniente*.

É facilmente compreensível a existência de situações em que não é possível ou conveniente a audição prévia do arguido. Pode não ser possível essa audição se o paradeiro deste é desconhecido (sendo, no entanto, sempre possível a audição do seu defensor). Poderá não ser conveniente essa audição quando, por exemplo, o Ministério Público promove a prisão preventiva com base no perigo de fuga. A comunicação ao arguido do teor da promoção antes da decisão do juiz poderá, em determinadas situações, precipitar a fuga que se pretendia evitar através da medida. Nestes casos, sendo aplicada a medida de coacção de prisão preventiva, o arguido não é ouvido antes do despacho do juiz, mas sê-lo-á “*a posteriori*”, após a detenção para execução da medida de coacção, em interrogatório judicial a realizar no prazo máximo de 48 horas, nos termos dos artigos 141.º, n.º 2, e 254.º, n.º 1, a).

Presentemente, o artigo 28.º, n.º 1, da Constituição da República, bem como os artigos 194.º, n.º 2 e 254.º, n.º 1, al. a), do CPP, impõem a realização de interrogatório judicial do arguido, em caso de aplicação da prisão preventiva, seja qual for a fase do processo e, por conseguinte, mesmo após a pronúncia ou a designação de dia para julgamento (após a *culpa formada*, na terminologia do CPP de 1929).

---

<sup>51</sup> O CPPCV consagra, no seu Livro Preliminar, no artigo 5.º, que o processo penal subordina-se ao princípio do contraditório.

Como ensina Germano Marques da Silva, a *conveniência* há-de aferir-se “em razão da finalidade processual que se pretende acautelar pelo que na situação concreta pode suceder que a prévia audição do arguido possa prejudicar a cautela”<sup>52</sup>. Acrescenta o mesmo autor: “Não pode, porém, exagerar-se o perigo, nem pressupô-lo. Importa que se verifique na situação concreta. Uma medida de coacção representa sempre a restrição da liberdade do arguido e por isso só na impossibilidade ou em circunstâncias verdadeiramente excepcionais deve ser aplicada sem que antes se tenha dado a possibilidade ao arguido de se defender, ilidindo ou enfraquecendo a prova dos pressupostos que a podem legitimar”.

Assim, a regra, no sistema processual penal português, é a do exercício do contraditório, no que toca à aplicação das medidas de coacção, no inquérito ou depois do inquérito.

O artigo 194.º, n.º2, do CPP não prevê a prévia audição do responsável civil que seja alvo de uma medida de garantia patrimonial (o mesmo acontece com o artigo 274.º, n.º2, do CPPCV).

Aparentemente, o legislador esqueceu-se de que o responsável civil não tem que ser, forçosamente, arguido.

Entendo que o princípio da prévia audiência deve ser aplicado também ao responsável civil, sendo certo que, no tocante às medidas de garantia patrimonial, pode acontecer – e acontecerá, frequentemente –, que seja inconveniente a audição do arguido ou das demais pessoas a quem possam ser aplicadas essas medidas, tal como ocorre, no processo civil, com o procedimento cautelar comum. Será essa a regra, por exemplo, na aplicação do *arresto preventivo*, a decretar sem audiência prévia do responsável civil.

Constituindo o exercício do contraditório a regra que se impõe observar, a impossibilidade ou inconveniência da audição do arguido (ou do responsável meramente civil) deve constar, fundamentadamente, do despacho que decida a aplicação de uma medida sem precedência da audiência prévia.

Tem sido objecto de controvérsia a questão relativa às consequências da falta de audição sem que o juiz fundamente a sua impossibilidade ou inconveniência, com as soluções mais diversas na jurisprudência portuguesa (irregularidade, nulidade, nulidade insanável).

---

<sup>52</sup> *Ob. cit.*, p. 254.

Tenho entendido que se o juiz não declarar e fundamentar a impossibilidade ou inconveniência da prévia audição, preterindo o princípio geral de fundamentação dos actos decisórios, constante dos artigos 205.º, n.º1, da Constituição e 97.º, n.º4, do CPP, a referida omissão constituirá *irregularidade processual*, submetida ao regime do artigo 123.º do CPP. Julgo, porém, que não interessa às finalidades deste texto o desenvolvimento da questão.

Rodrigo Santiago propõe uma interpretação diversa do artigo 194.º, n.º2, restringindo o respectivo campo de aplicação às medidas “cautelares pessoais” e não a todas: apenas às dos artigos 200.º, 201.º e 202.º que exigem, a seu ver, o apuramento, de forma contraditória, da ocorrência de *fortes indícios*, devendo, por conseguinte, ter lugar apenas após um interrogatório judicial. Quanto às restantes medidas, a respectiva aplicação poderá ser feita por despacho, proferido com observância do disposto no artigo 194.ºn.º3<sup>53</sup>.

O princípio do contraditório vale não só na fase em que a medida é inicialmente decretada, mas também quando se trate de substituir uma medida por outra mais gravosa, designadamente por algum incumprimento da primeira. Se um arguido não cumpre a obrigação de apresentação periódica, o princípio do contraditório impõe que se lhe dê a oportunidade de se pronunciar antes da substituição de tal medida por outra, mais grave. Se tal não for possível, por o arguido se ter ausentado, poderá o defensor pronunciar-se.

Os artigos 212.º, n.º4 (revogação e substituição das medidas) e 213.º, n.º3 (reexame dos pressupostos da prisão preventiva) estabelecem que, no âmbito das suas previsões, o juiz deve ouvir o Ministério Público e o arguido, *sempre que necessário*. Esta audição é, igualmente, uma consequência do princípio do contraditório. Aconselhando a prudência a que se proceda à audição prévia, tenho entendido que quando se trate de uma alteração ou substituição num sentido menos gravoso para o arguido, a audição deste poderá ter-se por concretamente desnecessária.

### 9.3 – O despacho de aplicação de medida de coacção ou de garantia patrimonial

Dispõe o artigo 97º, nº 4, que os actos decisórios são sempre fundamentados, devendo ser especificados os motivos de facto e de direito da decisão.

Diz Germano Marques da Silva:

«A fundamentação do despacho de aplicação de uma medida de coacção tem sido na história da nossa jurisprudência um dos motivos de mais frequente e

<sup>53</sup> *Ob. cit.*, pp. 1537 a 1539.

justificada crítica. É que, geralmente, a fundamentação é tão breve e tão pouco factual que se torna de todo inviável o recurso. O recorrente faz frequente apelo aos grandes princípios, mas não tem possibilidade de demonstrar em concreto o erro de apreciação e consequente ilegalidade da medida aplicada»<sup>54</sup>.

O artigo 194.º, n.º3, prescreve que do despacho (de aplicação de medidas de coacção e de garantia patrimonial):

*“(...) constam a enunciação dos motivos de facto da decisão e a advertência das consequências do incumprimento das obrigações impostas. (...)”*

O CPPCV é mais explícito na indicação do conteúdo do despacho, impondo, no artigo 275.º, que dele conste, sob pena de nulidade, além do mais: a indicação sumária dos factos imputados ao arguido, se possível com indicação do tempo, lugar e modo dos mesmos; a exposição sumária das específicas exigências cautelares e dos indícios que justificam, em concreto, a adopção da medida, a partir da indicação dos factos que revelam aqueles indícios e dos motivos pelos quais se mostram relevantes.

Frequentemente, o despacho de aplicação de medidas de coacção basta-se, quanto aos *motivos de facto* e no que se refere à indicição do crime em causa, com a conclusão da verificação de indícios (ou *fortes indícios*) da prática do crime X ou Y. Não raras vezes, os perigos que as medidas de coacção (ou de garantia patrimonial) visam acautelar (*pericula libertatis*) são indicados de forma conclusiva, dizendo-se que há perigo de fuga, de perturbação do inquérito ou de continuação da actividade criminosa, sem que se enunciem os factos concretos que fazem temer por esses perigos.

Julgo que um despacho nestas condições não cumpre, devidamente, o dever de fundamentação, muito embora se compreenda não ser exigível uma fundamentação tão completa como se exige para as sentenças.

Assim, haverá que indicar, ainda que de forma sintética, os factos concretos que o juiz entende mostrarem-se indiciados, com referência aos factos essenciais típicos e com as indicações que sejam possíveis quanto ao tempo, lugar e modo, não bastando a simples menção ao tipo legal de crime.

Impõe-se, igualmente, a indicação dos factos considerados na integração dos requisitos gerais do artigo 204.º ou de qualquer pressuposto específico de uma dada medida de coacção ou de garantia patrimonial. A verificação dos *pericula libertatis* não deve ser afirmada de forma conclusiva, mas justificada a razão por que se entende estarem presentes esses perigos.

---

<sup>54</sup> *Ob. cit.*, p. 265, nota 2.



Finalmente, deve ser indicada a prova em que se baseou a decisão, o que coloca problemas particulares quando estamos em fases não públicas do processo. Há que ter em consideração os limites impostos pelo *segredo de justiça* e relativos à salvaguarda dos interesses essenciais da investigação. Mais adiante, voltarei, de forma breve, a esta matéria, na parte respeitante à impugnação das medidas de coacção.

Concentrando a atenção no despacho de aplicação de medida de coacção, devem constar desse despacho (e do despacho de aplicação de medidas de garantia patrimonial, com as devidas adaptações) os seguintes elementos:

Tratando-se de despacho proferido na sequência do primeiro interrogatório de arguido detido, deverá iniciar-se com a apreciação da validade da detenção (saber se estavam verificados os seus pressupostos legais, se havia flagrante delito, se havia mandados de detenção fora de flagrante delito). Deverá referir-se se foi, ou não, observado o prazo de 48 horas para apresentação do detido ao juiz. Pode ser o momento para a validação judicial de buscas domiciliárias que tenham sido realizadas.

De seguida, indicam-se os factos indiciados, de forma sucinta conforme já se assinalou, com menção do tipo legal de crime que se considera indiciariamente preenchido, os factos considerados na integração das condições gerais ou específicas das medidas, bem como as provas. Em função da medida da pena abstractamente aplicável ao tipo indiciariamente preenchido, algumas medidas de coacção ficarão excluídas (por exemplo, a *proibição de permanência, de ausência e de contactos*, a *obrigação de permanência na habitação* e a *prisão preventiva* supõem que esteja indiciado crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos –artigos 200.º, 200.º e 202.º).

Importa não esquecer que deve analisar-se a verificação de alguma das situações de *pericula libertatis* previstas na lei, com indicação dos factos que permitem concluir por essa verificação.

Na escolha da medida de coacção a aplicar (se for caso disso, verificadas as condições gerais de aplicação e a inexistência de impedimento), o juiz terá em consideração os mencionados princípios da legalidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade da prisão preventiva.

À fundamentação segue-se a parte decisória, com concretização da medida imposta.

De seguida, ordena-se a notificação do despacho. Em caso de prisão preventiva, determina-se, com o consentimento do arguido, a imediata comunicação do despacho a parente, pessoa da sua confiança ou ao defensor indicado pelo arguido, conforme dispõe o n.º3 do artigo 194.º. O referido consentimento não é exigido quando o arguido for menor de dezoito anos (n.º4 do mesmo artigo).

No caso de ser ordenada a prisão preventiva, haverá que ordenar a emissão de mandados de condução à cadeia e, quando tal seja necessário para controlo da medida imposta (a obrigação de apresentação periódica em posto policial ou a obrigação de permanência na habitação), a comunicação à autoridade policial competente.

## II – AS MEDIDAS DE COACÇÃO EM ESPECIAL

### 1 – MEDIDAS DE COACÇÃO ADMISSÍVEIS E CONDIÇÕES DA SUA APLICAÇÃO

#### 1.1 – No Código de Processo Penal de 1929

No CPP de 1929, na sua redacção inicial, a prisão preventiva era admitida: *em flagrante delicto*, por crime a que correspondesse pena de prisão (artigo 250.<sup>o</sup>); *com culpa formada*, em qualquer processo (artigo 257.<sup>o</sup>); *sem culpa formada*, relativamente a certos crimes graves (artigo 254.<sup>o</sup>)<sup>55</sup>.

O artigo 272.<sup>o</sup> dispunha, no entanto, que “ninguém será conduzido à prisão, ou nela conservado, se oferecer caução idónea, quando a lei a admite, ou provar a sua identidade e assinar o respectivo termo, nos casos em que pode livrar-se solto sem caução”.

Contemplavam-se, pois, como medidas de coacção, a *prisão preventiva* e a *liberdade provisória*, com ou sem caução. Havendo *culpa formada*, a captura e a subsequente prisão preventiva eram obrigatórias, nos processos de querela e correcionais. Entre os casos de captura obrigatória, havia que distinguir conforme consentissem ou não a substituição da prisão preventiva por liberdade provisória. A liberdade sob caução era um sucedâneo da prisão preventiva e não podia haver caução senão nos casos em que a prisão era legalmente permitida. Os casos de inadmissibilidade da liberdade provisória eram enumerados expressamente na lei.

Os arguidos por infracções a que correspondesse processo de polícia correcional ou de transgressões ficavam em liberdade mediante simples termo de identidade ou de residência (que não era verdadeiramente uma medida de coacção, mas antes a forma de proceder à identificação do arguido em ordem à realização de futuras notificações)<sup>56</sup>.

A reforma do CPP de 1929, operada em 1972 (D.L. n.<sup>o</sup> 185/72, de 31 de Maio), introduziu alterações importantes na disciplina das medidas de coacção.

<sup>55</sup> Veja-se, a este propósito, Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, pp. 262 e seguintes.

<sup>56</sup> Sobre todas estas questões, relativas ao CPP de 1929, antes da reforma de 1972, recomenda-se a leitura de Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, pp. 416 e seguintes.

Das alterações introduzidas, destaca-se a preponderância dada à liberdade provisória em confronto com o carácter subsidiário da prisão preventiva. A liberdade provisória deixou de ser um sucedâneo da prisão preventiva, convertendo-se na situação normal de qualquer arguido, podendo revestir as modalidades de liberdade provisória mediante termo de identidade e mediante caução. A lei só autorizava a prisão preventiva: em flagrante delito; por crime doloso a que coubesse pena de prisão superior a um ano; pelo não cumprimento de obrigações a que ficasse subordinada a liberdade provisória (art. 286.º). Fora de flagrante delito e concretizando, a prisão preventiva só era autorizada quando existisse forte suspeita da prática de crime doloso punível com pena de prisão superior a um ano e fosse inadmissível a liberdade provisória (o que acontecia com alguns crimes) ou esta fosse insuficiente para a realização dos seus fins (que então coincidiam, no essencial, com a prevenção dos perigos hoje indicados no actual artigo 204.º), ou o arguido não cumprisse as obrigações a que estivesse sujeito em liberdade provisória (art. 291.º).

Após a Constituição da República de 1976, o CPP de 1929 foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 377/77, de 6 de Setembro. O Decreto-Lei n.º 477/82, de 22 de Dezembro, que se manteve em vigor até ao actual CPP, veio estabelecer, em relação a um certo número de crimes, a inadmissibilidade da liberdade provisória.

## **1.2 – No Código de Processo Penal de 1987**

O CPP vigente em Portugal indica sete medidas de coacção admissíveis. Tem interesse a abordagem, ainda que sintética, dessas medidas, salientando-se que o CPPCV estabelece um regime jurídico com algumas similitudes com o português.

Com excepção do termo de identidade e residência, o CPP não obriga à aplicação de qualquer medida de coacção.

### **1.2.1 – Termo de identidade e residência (T.I.R.)**

O termo de identidade e residência, previsto no artigo 196.º do CPP implica, para o arguido, os deveres de identificação e de indicação da residência, por um lado, e, por outro lado, de não mudar de residência, nem dela se ausentar por mais de cinco dias, sem comunicar a nova residência ou o lugar onde possa ser encontrado, e ainda o dever de comparecer perante a autoridade competente ou de se manter à disposição dela sempre que a lei o obrigar ou para tal for devidamente notificado. O incumprimento destas obrigações pelo arguido legitima a sua representação por defensor em todos os actos processuais nos quais

tenha o direito ou o dever de estar presente e bem assim realização do julgamento na sua ausência (desde que o T.I.R. tenha sido prestado com esta advertência), nos termos do artigo 333.º.

O T.I.R. é a única medida de coacção que pode ser imposta em qualquer processo, independentemente da espécie ou gravidade da pena aplicável ao crime que dele é objecto. Deve ser aplicado sempre que haja constituição de arguido e é a única medida de coacção que pode ser aplicada por qualquer autoridade judiciária ou órgão de polícia criminal.

É uma medida cumulável com qualquer outra das medidas de coacção (artigo 196.º, n.º4).

Será o T.I.R. uma verdadeira medida de coacção, já que tem carácter obrigatório sempre que o processo deva continuar, não lhe sendo aplicável grande parte dos princípios gerais das medidas de coacção? Desde logo, não está sujeita aos pressupostos do artigo 204.º, pois pode não haver qualquer dos perigos aí enunciados e, ainda assim, desde que o processo deva continuar, tem que ser obrigatoriamente aplicado.

Diz Germano Marques da Silva: “O termo de identidade e residência” é uma medida de coacção enquanto a sujeição a esta medida implica deveres para o arguido limitadores da sua liberdade (art. 196º)”<sup>57</sup>.

Diversamente, contrapõe David Catana a seguinte argumentação: “Assim, se atendermos ao art. 196.º e aos arts. 57.º, 58.º e 59.º, parece que a constituição de arguido implica a aplicação do termo de identidade e residência, pois a constituição de arguido existe porque o processo vai prosseguir e, assim sendo, esta medida tem que ser obrigatoriamente aplicada, o que normalmente acontece no acto imediato à constituição de arguido. Ora face ao exposto, parece ser esta medida não uma verdadeira medida de coacção, mas antes uma obrigação, um dever, ou sujeição em virtude da própria situação de arguido”<sup>58</sup>.

Julgo que a consideração do T.I.R. como medida de coacção, como tal definido legalmente, não é contrariada pelo reconhecimento, que se impõe, de que se trata de medida sujeita a um regime especial. Concordo, pois, com a posição de Germano Marques da Silva.

---

<sup>57</sup> *Ob. cit.*, p. 268.

<sup>58</sup> *Ob. cit.*, p. 98.

### 1.2.2 – Caução

A caução é uma medida de coacção, prevista nos artigos 197.º e 206.º a 208.º do CPP, que consiste na prestação de uma garantia patrimonial (segundo diversas modalidades) do cumprimento dos deveres processuais do arguido. Distingue-se, por isso, da caução económica, que garante o cumprimento de obrigações de natureza patrimonial emergentes do processo ou indemnizações resultantes da prática do crime.

Do incumprimento dos deveres processuais de que a caução constitui garantia resulta a *quebra da caução*, revertendo o seu valor para o Estado.

A caução é prestada por meio de depósito, penhor, hipoteca, fiança bancária ou fiança, nos termos estabelecidos pelo juiz (artigo 206.º).

Na determinação do montante da caução, o juiz deve atender, nos termos do artigo 197.º, n.º3:

- aos fins de natureza cautelar em vista;
- à gravidade do crime imputado (em si mesmo e na sua projecção social);
- ao dano causado pelo crime;
- à condição sócio-económica do arguido.

Segundo David Catana, um segundo pressuposto específico desta medida de coacção, que acresce ao pressuposto de ser aplicável pena de prisão ao crime indiciado, traduz-se na possibilidade de o arguido a prestar<sup>59</sup>.

A condição sócio-económica do arguido poderá condicionar a própria aplicação da medida de caução e determinar que se opere a sua substituição por outra medida.

Estatui o artigo 197.º, n.º 2, que se o arguido estiver impossibilitado de prestar caução ou tiver graves dificuldades ou inconvenientes em prestá-la, pode o juiz, oficiosamente ou a requerimento, substituí-la por qualquer ou quaisquer medidas de coacção, à excepção da prisão preventiva ou da obrigação de permanência na habitação, legalmente cabidas ao caso, as quais acrescerão a outras que já tenham sido impostas. Esclarece Germano Marques da Silva que se o caso não for de impossibilidade, grave dificuldade ou inconveniente em prestar a caução, mas antes de puro incumprimento, já será possível operar tal substituição (artigo 203.º).

E se o arguido não prestar a caução?

---

<sup>59</sup> *Ob. cit.*, p. 99.

Conforme esclarece David Catana<sup>60</sup>, há que distinguir duas situações distintas: a primeira é o caso de o arguido não poder prestar o valor caucionado (por impossibilidade, grave dificuldade ou inconveniente em prestar a caução); a segunda é o caso de o arguido, podendo prestar a caução, não a prestar por simplesmente não o querer fazer.

A primeira situação está prevista no artigo 197.º, n.º2, salientando-se que o requerimento de substituição aí mencionado pode ser apresentado pelo próprio arguido, com manifesto interesse em ver aplicada outra medida de coacção.

Quanto à substituição por iniciativa oficiosa do juiz, durante o inquérito, é pelo menos duvidosa.

Odete Maria de Oliveira defende que, muito embora o n.º2 do artigo 197.º só excepcione as medidas de coacção “prisão preventiva” e “obrigação de permanência na habitação”, das que podem substituir a caução nos casos de impossibilidade, grave dificuldade ou inconveniente em prestá-la, deve também considerar-se excepcionada a medida de coacção “suspensão de exercício de funções, de profissão e de direitos”, prevista no artigo 199.º.

Diz esta magistrada: “Relativamente às medidas de coacção previstas nos artigos 202.º e 201.º, a razão de ser da excepção referida está no absurdo da privação da liberdade por insuficiência económica; quanto à medida de coacção prevista no art.º 199.º, a excepção justifica-se porque, por um lado, são diversas as circunstâncias que interessa acautelar com a caução e a medida prevista no art.º 199.º e, por outro lado, porque nenhuma dessas medidas de coacção responde às necessidades cautelares justificativas da outra”<sup>61</sup>.

Este entendimento parte da ideia de que a caução, enquanto medida de coacção *autónoma* (quando não visa reforçar a garantia de cumprimento de obrigações resultantes da imposição de outras medidas de coacção), só se destina a garantir a comparência do arguido a acto processual a que deva comparecer e, por isso, só será aplicável quando se verificar “fuga” ou “perigo de fuga”, alicerçando esse entendimento no artigo 208.º.

Germano Marques da Silva diverge de tal interpretação, defendendo que a caução pode ser aplicada para garantir qualquer dos fins processuais a que se destinam as medidas de coacção: a questão é a da sua *adequação* ao caso concreto.

---

<sup>60</sup> *Ob. cit.*, p. 100.

<sup>61</sup> *Ob. cit.*, p. 176.

E se o arguido, podendo prestar caução, não o fizer?

Fazendo fé no que diz David Catana, grande parte da doutrina parece entender que neste caso existe desde logo uma violação da obrigação imposta ao arguido e, assim sendo, nos termos do artigo 203.º, o arguido poderia ser sujeito a qualquer outra medida, desde que legalmente admissível em função do crime objecto do processo.

No entender de David Catana, porém, a obrigação imposta ao arguido, no caso da caução, não é a obrigação de prestar essa caução. Como refere o referido autor, a prestação da caução “é a garantia das obrigações que são impostas ao arguido, que são aquelas cujo incumprimento pode levar à quebra da caução prevista no artº 208º, isto é, ou a falta injustificada a acto processual, ou a violação de outras obrigações derivadas de outra medida de coacção que tenha sido cumulada com a caução e que esta visa também garantir”<sup>62</sup>.

Assim, poderá ser caso para aplicar o arresto preventivo, nos termos do disposto no artigo 228º, por força do artigo 206.º, nº4.

A caução pode ser aplicada conjuntamente com outras medidas de coacção, à excepção da prisão preventiva e da obrigação de permanência na habitação (artigo 205.º).

A medida de coacção “caução” não tem um prazo máximo de duração, vigorando até que se opere a sua extinção, nos termos do artigo 214.º

### **1.2.3 – Obrigação de apresentação periódica**

O artigo 198º do CPP prevê, como medida de coacção, a obrigação de apresentação periódica a uma entidade judiciária ou a um certo órgão de polícia criminal em dias e horas preestabelecidos.

Esta medida só pode ser aplicada *se o crime imputado for punível com pena de prisão de máximo superior a seis meses*

Trata-se de uma medida muito aplicada pelos tribunais portugueses, com a virtualidade de manter algum controlo sobre o arguido, lembrando-o da existência do processo contra ele pendente (função de advertência).

A lei impõe que o juiz tome em conta as exigências profissionais do arguido e o local em que habita. Trata-se de uma manifestação do *princípio da adequação* no que

---

<sup>62</sup> *Ob. cit.*, p. 101.



concerne ao conteúdo da medida e à sua forma de execução, para que se encontre o necessário equilíbrio entre o direito ao trabalho, a necessidade de sobrevivência do arguido e o dever de apresentação imposto pelo juiz.

O despacho que aplicar esta medida deverá estabelecer o local das apresentações e a periodicidade destas.

A medida de apresentação periódica pode ser cumulada com qualquer outra, excepção feita à prisão preventiva e à obrigação de permanência na habitação.

Está sujeita aos prazos máximos de duração previstos no artigo 218.º, n.º1.

#### **1.2.4 – Suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos**

O artigo 199º do CPP prevê a medida de coacção de suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos, tendo como pressuposto da sua aplicação que ao arguido seja imputado crime punível com pena de prisão de máximo superior a dois anos.

Seguindo as diversas alíneas do n.º1 do artigo 199.º, as suspensões possíveis são do exercício: *a)* da função pública; *b)* de profissão ou actividade cujo exercício dependa de um título público ou de uma autorização ou homologação da autoridade pública; ou *c)* do poder paternal, da tutela, das curatela, da administração de bens ou da emissão de títulos de crédito, sempre que, relativamente às diversas suspensões do exercício de funções, de profissão e de direitos previstas, a interdição do exercício respectivo possa vir a ser decretada como efeito do crime imputado.

De acordo com os princípios da legalidade e da tipicidade das medidas de coacção, e a natureza excepcional das restrições à liberdade em que estas se traduzem, a enumeração legal é taxativa.

Relativamente à suspensão do exercício da *função pública*, questionou-se a sua aplicabilidade a titulares de cargos políticos, designadamente, do cargo de presidente de câmara. O Tribunal Constitucional, no seu Acórdão n.º 41/2000, de 26 de Janeiro<sup>63</sup>, entendeu que a alínea a) do artigo 199.º não abrange os titulares de cargos políticos (o caso referia-se a titulares de órgãos representativos autárquicos).

Esta medida está sujeita aos prazos máximos de duração previstos no artigo 218.º, n.º1.

---

<sup>63</sup> DR, II Série, n.º 243, de 20 de Outubro.

### 1.2.5 – Proibição de permanência, de ausência e de contactos

O artigo 200.º do CPP prevê a medida de coacção de proibição de permanência, ausência e de contactos. São pressupostos da aplicação desta medida: a existência de *fortes indícios* da prática de um crime doloso; que a esse crime seja aplicável pena de prisão de máximo superior a três anos.

As proibições são enumeradas, de forma taxativa (atentos os princípios da legalidade e da tipicidade das medidas de coacção, e a natureza excepcional das restrições à liberdade) e são:

- a) Não permanecer, ou não permanecer sem autorização, na área de uma determinada povoação, freguesia ou concelho ou na residência onde o crime tenha sido cometido ou onde habitem os ofendidos, seus familiares ou outras pessoas sobre as quais possam ser cometidos novos crimes;
- b) Não se ausentar para o estrangeiro, ou não se ausentar sem autorização;
- c) Não se ausentar da povoação, freguesia ou concelho do seu domicílio, ou não se ausentar sem autorização, salvo para lugares predeterminados, nomeadamente para o lugar do trabalho;
- d) Não contactar com determinadas pessoas ou não frequentar certos lugares ou certos meios.

Saliente-se que a *proibição de permanência* não abrange a proibição da simples passagem.

O princípio da legalidade impõe que o juiz, ao fixar as proibições, o faça de uma forma rigorosa que permita ao arguido conhecer, com segurança, o que pode ou não pode fazer. Devem ser rejeitadas, por conseguinte, formulações imprecisas, que obstam a que o arguido conheça, concretamente, o conteúdo das proibições, o que origina dificuldades acrescidas quanto ao controlo do seu efectivo cumprimento.

Inclui-se nas proibições constantes desta medida de coacção a de frequentar a residência da vítima de violência doméstica, medida também prevista em legislação especial. A imposição desta medida revela-se, muitas vezes, como indispensável para prevenir a continuação da actividade criminosa.

Afirma Germano Marques da Silva: “A medida visa sobretudo as finalidades das medidas de coacção indicadas nas alíneas *b)* e *c)* do art. 204.º. Com efeito, uma das formas de evitar a continuação da actividade criminosa é a proibição de contactar com certas pessoas ou de frequentar certos lugares ou certos meios e para

acautelar a perturbação da ordem e tranquilidade públicas pode ser adequada a proibição de permanecer na área de uma determinada povoação, freguesia ou concelho onde o crime tenha sido cometido ou onde residam os ofendidos<sup>64</sup>.

Estas medidas são cumuláveis entre si e com quaisquer outras, à excepção das previstas nos artigos 201.º e 202.º. O prazo máximo da sua duração resulta do artigo 218.º, n.º2, que manda aplicar os prazos da prisão preventiva previstos no artigo 215.º, assim como a suspensão da contagem do prazo, pelo máximo de três meses, quando tiver sido ordenada perícia, prevista no artigo 216.º, n.º1, alínea a) e n.º 2.

### 1.2.6 – Obrigação de permanência na habitação

O artigo 201.º do CPP prevê a medida de coacção de obrigação de permanência na habitação. Esta medida consiste na imposição ao arguido da obrigação de não se ausentar da sua residência, excepto quando autorizado pelo juiz.

Germano Marques da Silva entende que esta medida deve ser considerada uma espécie de prisão preventiva domiciliária, pois tem os mesmos efeitos, nomeadamente o tempo de proibição de ausência da habitação é descontado na pena que vier a ser aplicada, nos termos do artigo 80.º do Código Penal<sup>65</sup>. Trata-se, no entender de Odete Maria de Oliveira, de uma medida de “detenção domiciliária” (na comunicação social é mencionada, muitas vezes, como “prisão domiciliária”) que a lei equiparou à prisão preventiva para vários efeitos<sup>66</sup>. Independentemente da qualificação ou não como uma espécie de *prisão domiciliária* (que, em bom rigor, não parece ser o melhor entendimento), sempre teremos de reconhecer tratar-se de uma medida de coacção que, sendo menos gravosa, mantém afinidades com a prisão preventiva.

À semelhança do que ocorre com a prisão preventiva, esta medida exige, como pressupostos específicos da sua aplicação, a existência de *fortes indícios* da prática de um crime doloso; que a esse crime seja aplicável pena de prisão de máximo superior a três anos.

O n.º2 do artigo 201.º prevê que para fiscalização do cumprimento da obrigação de permanência na habitação podem ser utilizados meios técnicos de controlo à distância, nos termos previstos na lei.

É evidente que uma das formas de proceder ao controlo do efectivo cumprimento da medida poderá ser a fiscalização pelas autoridades policiais, através da deslocação ao local, de tempos a tempos, dos órgãos de polícia criminal.

---

<sup>64</sup> *Ob. cit.*, p. 276.

<sup>65</sup> *Ob. cit.*, p. 276.

<sup>66</sup> *Ob. cit.*, p. 178.

A Lei nº 122/99, de 20 de Agosto, prevê a possibilidade de controlo à distância para fiscalização do cumprimento da obrigação de permanência na habitação por meio de *monitorização telemática*, designada por *vigilância electrónica* (fala-se, vulgarmente, em *pulseiras electrónicas*).

Com a introdução destes meios técnicos de fiscalização não se procedeu à criação de uma nova medida de coacção, mas antes pretendeu-se credibilizar a medida de obrigação de permanência na habitação, de forma a fomentar a sua aplicação pelos juízes e diminuir o recurso à prisão preventiva. É evidente que a medida, *de per si*, não impede a fuga em termos absolutos, mas permite que o tribunal, rapidamente, tenha conhecimento de que o arguido abandonou sem autorização a habitação em que reside, o que permite que sejam desencadeadas, de imediato, as diligências consideradas adequadas.

Tem-se entendido que esta medida é maleável e permite autorizações para o arguido trabalhar ou estudar<sup>67</sup>. As autorizações de ausência, previstas na citada Lei n.º 122/99, quando criteriosamente fixadas, podem ter a vantagem de evitar alguns riscos de desinserção social do arguido, decorrentes da prisão preventiva. Como já alguém salientou, o ordenamento penitenciário português contempla, até, regimes de cumprimento da pena de prisão compatíveis com o cumprimento de obrigações laborais ou escolares.

Julgo, porém, ser necessária uma advertência: se, considerados todos os elementos relevantes, for fixado um regime de autorizações de ausência muito amplo, impõe-se que o juiz pondere se a medida de obrigação de permanência na habitação é a adequada e proporcionada, pois poderá ocorrer que medida mais benévola satisfizesse as necessidades cautelares impostas pelo caso.

A obrigação de permanência na habitação não pode funcionar como substitutiva da caução (artigo 197.º, n.º2).

Tenho entendido que, dada a similitude entre a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação, deve proceder-se oficiosamente ao seu reexame trimestral, nos termos do artigo 213º (interpretação sistemática de harmonia com a equiparação essencial entre as mencionadas medidas). No entanto, o artigo 7.º da Lei n.º 122/99 prevê expressamente o reexame trimestral oficioso, mas apenas das condições em que foi decidida a utilização da vigilância electrónica e para avaliação da sua execução.

---

<sup>67</sup> Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, p.277.

Entendo que a medida deve extinguir-se de imediato quando tiver lugar sentença condenatória, ainda que dela tenha sido interposto recurso, se a pena aplicável não for superior ao tempo de permanência na habitação já sofrida que deva ser descontada – 214.º, n.º2.

### 1.2.7 – *Prisão preventiva*

#### 1.2.7.1 – Conceito e pressupostos específicos de aplicação

A prisão preventiva é a mais grave de todas as medidas de coacção.

No domínio do CPP de 1929, a lei e a doutrina identificavam os institutos da detenção e da prisão preventiva com a prisão com fins processuais que era anterior à condenação<sup>68</sup>.

Face ao CPP de 1987, são diferentes os conceitos de *detenção* e *prisão preventiva*.

A própria Constituição da República Portuguesa, que antes da revisão de 1997 não distinguia, com clareza, entre prisão preventiva e detenção, passou a consagrar essa distinção, com maior nitidez, nos seus artigos 27.º e 28.º.

Segundo Maia Gonçalves, *prisão preventiva* “é a que existe antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas que foi levada a cabo em virtude de mandado judicial ou já se encontra validada por despacho judicial”.

Diz o referido autor: “O Código reserva, assim, o termo *prisão preventiva* para a privação da liberdade individual emergente de decisão judicial interlocutória, e o termo *detenção* para todos os casos restantes, em que a privação de liberdade haja que ser confirmada por subsequente intervenção judicial, isto para acentuar o carácter precário e condicional da detenção, sujeita à condição resolutive de homologação judicial”<sup>69</sup>.

A *detenção* é sempre precária, quer pelas suas finalidades, quer pelo seu regime jurídico, sendo efectuada para, no prazo máximo de 48 horas, o detido ser apresentado a julgamento sob a forma sumária ou ser presente ao juiz competente para interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção (alínea a) do artigo 254.º), ou para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, sem nunca exceder 24 horas, do detido perante a autoridade judiciária, em acto processual.

<sup>68</sup> Manuel Cavaleiro de Ferreira, *ob. cit.*, p. 383.

<sup>69</sup> *Ob. cit.*, p. 500, nota 2.

A *prisão preventiva*, por sua vez, é uma medida de coacção que tem por fim, como as demais, obviar à fuga ou perigo de fuga, ao perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução, ou ao perigo de perturbação da ordem e tranquilidade públicas ou de continuação da actividade criminosa (artigo 204.º), constituindo a mais grave das medidas de coacção, apenas aplicável quando forem inadequadas ou insuficientes as demais medidas previstas na lei (artigo 202.º).

Nos termos do artigo 202.º, a prisão preventiva só é aplicável quando, sendo inadequadas ou insuficientes as demais medidas de coacção,

- houver fortes indícios da prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a três anos; ou
- se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.

De harmonia com o n.º2 do artigo 202.º, se o arguido a sujeitar a prisão preventiva sofrer de anomalia psíquica, o juiz pode impor-lhe, em vez da prisão, internamento preventivo em hospital psiquiátrico ou outro estabelecimento análogo adequado, enquanto a anomalia persistir.

A prisão preventiva tem natureza excepcional e subsidiária em relação a todas as demais medidas de coacção.

Constituindo uma medida de coacção, com as finalidades cautelares processuais já amplamente referidas, é ilegal o seu uso punitivo, como pena por antecipação, à margem dos pressupostos gerais e específicos exigidos por lei.

#### **1.2.7.2 – Desconto na pena e suspensão da execução da prisão preventiva**

O tempo de prisão preventiva sofrido, bem como o tempo de cumprimento da obrigação de permanência na habitação, é descontado integralmente na pena que venha a ser imposta ao arguido na sentença condenatória.

Dispõe o artigo 80.º do Código Penal:

- “1. A detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação, sofridas pelo arguido no processo em que vier a ser condenado, são descontadas por inteiro no cumprimento da pena de prisão que lhe for aplicada.*
- “2. Se for aplicada pena de multa, a detenção, a prisão preventiva e a obrigação de permanência na habitação são descontadas à razão de 1 dia de privação da liberdade por, pelo menos, 1 dia de multa”.*

O juiz, no despacho que aplicar a prisão preventiva ou durante a execução desta, pode proceder à suspensão da execução da medida, *se tal for exigido por razão de doença grave do arguido, de gravidez ou de puerpério*.

Trata-se de uma suspensão que opera *ope judicis* e durante o período em que se mantiver o arguido fica sujeito à medida de obrigação de permanência na habitação e a quaisquer outras que se revelarem adequadas ao seu estado e compatíveis com ele, nomeadamente a de internamento hospitalar (artigo 211.º).

## **2 – SUSPENSÃO, REVOGAÇÃO, ALTERAÇÃO E EXTINÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO**

As medidas de coacção só se mantêm enquanto se mantiverem os pressupostos que as legitimam. A alteração desses pressupostos, designadamente o reforço ou atenuação das exigências cautelares em função das quais as medidas foram aplicadas, há-de reflectir-se numa sua eventual revogação ou substituição. É o que significa a afirmação de que as medidas de coacção estão sujeitas a uma condição “*rebus sic stantibus*”.

Estatui o artigo 212.º, n.º 1, do CPP, que as medidas de coacção são imediatamente revogadas, por despacho do juiz, sempre que se verificar:

- terem sido aplicadas fora das hipóteses ou das condições previstas na lei ou
- terem deixado de subsistir as circunstâncias que justificaram a sua aplicação.

Estabelece o n.º 3 do mesmo artigo que quando se verificar uma atenuação das exigências cautelares que determinaram a aplicação de uma medida de coacção, o juiz substitui-a por outra menos grave ou determina uma forma menos gravosa da sua execução. Acrescenta o n.º4 que esta revogação ou substituição têm lugar oficiosamente ou a requerimento do Ministério Público ou do arguido, devendo estes, sempre que necessário, ser ouvidos.

Atendendo a que as medidas de coacção só se mantêm enquanto subsistirem os seus pressupostos, o artigo 213.º, impõe um reexame periódico obrigatório da medida de prisão preventiva.

Nos termos do artigo 214.º, n.º 1, as medidas de coacção extinguem-se:

- com o arquivamento do inquérito se não for requerida a instrução;
- com o trânsito em julgado do despacho de não pronúncia;
- com o trânsito em julgado do despacho que rejeitar a acusação;

- com a sentença absolutória, mesmo que dela tenha sido interposto recurso;
- e com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

No que concerne à medida de coacção de prisão preventiva, esta extingue-se de imediato quando tiver lugar sentença condenatória, ainda que dela tenha sido interposto recurso, se a pena aplicada não for superior à prisão já sofrida (artigo 214.º, n.º2).

As medidas de coacção extinguem-se também quando tiverem decorrido os prazos máximos da sua duração. Estes são fixados, quanto à prisão preventiva, no artigo 215.º do referido Código, sendo também aplicáveis, por força do disposto no artigo 218.º, n.º 2 e 3, à obrigação de permanência na habitação e à proibição de permanência, de ausência e de contactos.

Os prazos de duração máxima da obrigação de apresentação periódica e da suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos são os prazos de duração máxima da prisão preventiva, elevados ao dobro (artigo 218.º, n.º 1).

Quanto à prisão preventiva, o artigo 28.º, n.º4, da Constituição da República, determina que está sujeita aos prazos estabelecidos na lei. Os prazos de duração máxima da prisão preventiva, estabelecidos no artigo 215.º, dependem de diversos factores: a prática de determinados actos processuais, a gravidade do crime, a excepcional complexidade do procedimento, a interposição de recurso para o Tribunal Constitucional e a suspensão do processo para julgamento de questão prejudicial.

Afirma Germano Marques da Silva: “Não há um prazo de prisão preventiva para cada fase processual, há é um limite máximo de duração da prisão preventiva até que se atinja determinado momento processual”. E mais à frente: “(...) se numa determinada fase se tiver esgotado o limite do prazo de duração da prisão, o arguido pode voltar a ser preso se se passar a outra fase e se mantiverem as razões para determinar a sua prisão, desde que se não tenha ainda atingido o máximo da correspondente fase”<sup>70</sup>.

Neste sentido, veja-se o acórdão da Relação de Lisboa, de 23 de Setembro de 1998, assim sumariado na *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXIII, Tomo IV, p. 229:

*O arguido, que for libertado por haver decorrido o prazo de prisão preventiva em determinada fase processual, pode vir a ser detido uma vez ultrapassada essa fase. Questão é que se verifiquem os pressupostos do seu decretamento.*

---

<sup>70</sup> *Ob. cit.*, p. 289.



O artigo 215.º, n.º3, estabelece a elevação dos prazos de duração máxima da prisão preventiva quando o procedimento for por um dos crimes referidos no número anterior e *se revelar de excepcional complexidade, devido, nomeadamente, ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime*.

A verificação e declaração judicial da *excepcional complexidade* do procedimento deve constar de despacho devidamente fundamentado e tem por consequência o prolongamento dos prazos de prisão preventiva. Tal declaração não servirá para validar retroactivamente uma prisão preventiva que já atingira o seu prazo máximo de duração<sup>71</sup>.

### 3 – IMPUGNAÇÃO DAS MEDIDAS DE COACÇÃO

Da decisão que aplicar ou mantiver medidas de coacção cabe recurso para o tribunal de hierarquia imediatamente superior.

O recurso deve ser interposto no prazo de 15 dias e, nos termos dos artigos 406.º, n.º 2, e 407.º, n.º 1, al. c), sobe imediatamente e em separado, devendo ser julgado, de harmonia com o artigo 219.º, no prazo de trinta dias. Este último prazo conta-se a partir do momento em que o processo for recebido no tribunal “*ad quem*”.

A Constituição da República, no seu artigo 31.º, n.º1, estabelece: “Haverá *habeas corpus* contra o abuso de poder, por virtude de prisão ou detenção ilegal, a requerer perante o tribunal competente”.

Concretizando este direito fundamental, o CPP prevê o instituto do *habeas corpus*. Trata-se de uma providência extraordinária para protecção da liberdade, destinada a pôr termo, tão rápido quanto possível, a uma situação de privação ilegal da liberdade.

A providência do *habeas corpus* com fundamento em detenção ilegal, por estar excedido o prazo de entrega ao poder judicial, a mesma se manter fora dos locais legalmente permitidos, ter sido a mesma efectuada ou ordenada por entidade incompetente e ser motivada por facto pelo qual a lei a não permite, poderá ser requerida ao juiz de instrução, nos termos previstos no artigo 220.º, que ordenará, não sendo o requerimento manifestamente infundado, a apresentação imediata do detido.

Por sua vez, a providência do *habeas corpus* com fundamento em prisão ilegal, por esta ter sido efectuada ou ordenada por entidade incompetente, ser motivada por

---

<sup>71</sup> Veja-se o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 13/2004, publicado no D.R., II Série, de 10 de Fevereiro de 2004.

facto pelo qual a lei a não permite, ou manter-se para além dos prazos fixados pela lei ou por decisão judicial, pode ser requerida ao Supremo Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 222.º do CPP. A petição é enviada imediatamente ao presidente do Supremo, com informação sobre as condições em que foi efectuada ou se mantém a prisão. A informação é prestada obrigatoriamente pela autoridade à ordem de quem o preso se encontra e a quem é apresentada a petição.

A deliberação da secção criminal do Supremo pode ser tomada no sentido de:

- indeferir o pedido por falta de fundamento bastante;
- mandar colocar imediatamente o preso à ordem do Supremo Tribunal de Justiça e no local por este indicado, sendo nomeado um juiz para proceder a averiguações, dentro do prazo que lhe for fixado, sobre as condições de legalidade da prisão;
- mandar apresentar o preso no tribunal competente e no prazo de 24 horas;
- declarar ilegal a prisão, ordenando-se, se for caso disso, a libertação imediata.

A doutrina tem contestado a orientação jurisprudencial que entende não haver lugar à providência do *habeas corpus* quando a decisão impugnada é susceptível de recurso. Germano Marques da Silva, invocando a natureza extraordinária e urgente desta providência e o facto de o artigo 219º expressamente estabelecer que há recurso da decisão que aplicar ou mantiver medidas de coacção “sem prejuízo do disposto nos artigos seguintes” (em que se regula precisamente o *habeas corpus*), conclui que a orientação seguida pelo Supremo tribunal de Justiça não tem qualquer fundamento legal e não se ajusta à importância conferida, no tempo actual, à liberdade individual<sup>72</sup>.

A propósito do despacho de aplicação de medidas de coacção, mencionei a necessidade de indicação da prova em que se baseou a decisão, assinalando que se colocam problemas particulares quando estamos em fases não públicas do processo, pois será necessário articular as garantias de defesa do arguido em face do despacho de aplicação de medidas de coacção, assegurando um verdadeiro direito ao recurso, com os interesses tutelados pelo segredo de justiça.

Questiona-se se o arguido, na fase secreta do processo, tem o direito de acesso aos autos e em que termos quando pretenda recorrer do despacho que lhe impôs ou manteve medida de coacção.

O Tribunal Constitucional, no Acórdão n.º 121/97, de 19 de Fevereiro<sup>73</sup>, pronunciou-se no sentido da inconstitucionalidade das “normas conjugadas dos

---

<sup>72</sup> *Ob. cit.* pp. 301 e 301.

<sup>73</sup> DR, II Série, de 30 de Abril de 1997.

artigos 86.º, n.º1, e 89.º, n.º2, do CPP, na interpretação delas feita pela decisão recorrida, segundo a qual o juiz de instrução não pode autorizar, em caso algum e fora das situações tipificadas nesta última norma, o advogado do arguido a consultar o processo na fase de inquérito para poder impugnar a medida de coacção de prisão preventiva que foi aplicada ao arguido, (...)”. Considerou o Tribunal que tal solução impede o juiz de valorar *em concreto* os interesses conflitantes em presença, o do arguido (em conhecer os indícios que serviram de fundamento à decisão) e os do Estado (em assegurar as finalidades do processo penal, no plano da eficácia da investigação). Faz-se apelo, por conseguinte, a um critério de concordância prática, com ponderação em concreto dos valores e interesses conflitantes (e com eventuais cedências recíprocas), em vez de uma avaliação abstracta e rígida dos riscos do acesso do arguido aos autos.

No seu Acórdão 416/2003<sup>74</sup>, o mesmo Tribunal julgou inconstitucional, por violação dos artigos 28.º, n.º 1, e 32.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (preceitos que consagram as garantias de defesa processual do arguido, de modo particular, face a uma detenção), a norma do artigo 141.º, n.º. 4, do CPP, interpretada no sentido de que, no decurso do interrogatório do arguido detido, a exposição dos factos que lhe são imputados *“pode consistir na formulação de perguntas gerais e abstractas, sem concretização das circunstâncias de tempo, modo e lugar em que ocorreram ao factos que integram a prática desses crimes nem comunicação ao arguido dos elementos de prova que sustentam aquelas imputações e na ausência da apreciação em concreto da existência de inconveniente grave naquela concretização e na comunicação dos específicos elementos probatórios”*.

Já se disse que as medidas de coacção (com excepção do T.I.R.) são aplicadas por despacho do juiz, obrigatoriamente notificado ao arguido, contendo a enunciação dos motivos de facto da decisão e a advertência das consequências do incumprimento das obrigações impostas. Quando a aplicação tenha lugar em interrogatório judicial, na sequência de detenção com as finalidades previstas no artigo 254.º, n.º1, alínea a) e 2 (detenção para ser presente ao juiz para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção), o juiz deverá ter comunicado ao arguido, nesse interrogatório, os motivos da detenção, expondo-lhe os factos que lhe são imputados.

O arguido, na fase secreta do processo, pode ter acesso a auto na parte respeitante a declarações prestadas e a requerimentos e memoriais por ele apresentados, bem como a diligências de prova a que pudesse assistir ou a questões incidentais em que devesse intervir, sem prejuízo de poder ter conhecimento do conteúdo de acto

---

<sup>74</sup> DR, II Série, de 6 de Abril de 2004.

ou de documento em segredo de justiça, se esse conhecimento se afigurar conveniente ao esclarecimento da verdade (artigos 86, n.º5, e 89.º, n.º2).

Atente-se na circunstância de que, antes de requerida e decidida a aplicação de qualquer medida de coacção, faltarão elementos preciosos para o juízo de ponderação em concreto acima referido, entre os interesses conflitantes em presença, pois não se sabe se ao arguido será imposta alguma medida, que medida, e se da mesma o arguido pretenderá recorrer e em que termos.

Tenho admitido que a fundamentação do despacho de aplicação de medida de coacção, no que à indicação dos meios de prova concerne, possa ser algo genérica, não identificando concretamente testemunhas ou omitindo a menção a meios de obtenção de prova ainda em execução, como poderá ocorrer com a realização de escutas telefónicas.

No entanto, face à aplicação de uma medida de coacção, *maxime* prisão preventiva e perante a intenção de o arguido motivar o seu recurso, a regra será permitir o seu acesso a todos os elementos que fundamentam a aplicação da medida de coacção – que não a todo o processo.

Não foi este o entendimento do Tribunal Constitucional no citado Acórdão nº 416/2003. Podemos ler nesse aresto:

“Refira-se, por último, que, tendo a protecção do segredo de justiça a mesma intensidade na fase do interrogatório do arguido e na fase de recurso do decretamento da prisão preventiva, a admissibilidade do seu afastamento quando tal for necessário para assegurar o direito de defesa do arguido deve valer nas duas fases. Não faria, de facto, sentido que se reconhecesse o direito do arguido de acesso a elementos probatórios necessários para interpor recurso visando corrigir eventual erro da decisão que decretou a prisão preventiva e não se lhe facultasse esse acesso num momento em que poderia evitar o cometimento desse erro, argumentando junto do juiz de instrução, no decurso do seu interrogatório, no sentido da inconsistência das provas que fundamentam a imputação dos crimes.”

Quer isto dizer que o Tribunal Constitucional entendeu que o acesso aos elementos probatórios deve ocorrer no decurso do interrogatório e antes de ser decretada a medida de coacção – o que poderá não permitir, salvo melhor opinião, um adequado juízo de ponderação entre os interesses conflitantes em jogo.

### III – AS MEDIDAS DE GARANTIA PATRIMONIAL

#### AS MEDIDAS DE GARANTIA PATRIMONIAL ADMISSÍVEIS, SEUS SUJEITOS MODALIDADES E FORMA DE IMPUGNAÇÃO

O CPP de 1929, na sua redacção originária, não previa a apreensão de bens com a finalidade de garantir a responsabilidade pelo montante da pena de multa ou do imposto de justiça e custas do processo ou como forma de garantir o pagamento de indemnizações que fossem devidas.

O § 1.º do artigo 297.º do CPP de 1929, na redacção que foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 34564, de 2 de Maio de 1945, permitiu a fixação de caução para garantia do pagamento de multas, imposto de justiça e indemnização por perdas e danos.

O artigo 274.º § 1.º, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 185/72, de 31 de Maio, distinguia, para além da *caução carcerária*, como medida de coacção, a *caução económica*, destinada a garantir o pagamento das multas e do imposto de justiça, assim como das indemnizações em que o arguido pudesse vir a ser condenado.

O CPP vigente prevê duas modalidades de medidas de garantia patrimonial: a *caução económica* e o *arresto preventivo*.

Ambas as medidas têm como finalidade garantir o pagamento da pena pecuniária, das custas do processo ou de qualquer outra dívida para com o Estado relacionada com o crime, ou do pagamento da indemnização ou de outras obrigações civis, derivadas do crime. Está em causa o *periculum in mora* que pode decorrer da duração do processo.

Como afirma Germano Marques da Silva, ambas as medidas são muito importantes, pois constituem um privilégio creditório a favor dos créditos *ex delicto*, relativamente a todos os outros<sup>75</sup>.

A *caução económica* distingue-se da caução como medida de coacção e dela se mantém distinta e autónoma, nos termos do artigo 227.º, n.º4. Tem por base o *fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias de pagamento*.

---

<sup>75</sup> *Ob. cit.*, p. 309.

Diz a Relação de Évora, no seu acórdão de 4 de Abril de 2000, na *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XXV, Tomo II, pp. 285 e seguintes:

*A caução económica é aplicável relativamente a qualquer crime, sendo de todo em todo indiferente a gravidade e a pena que lhe corresponde, dependendo a sua aplicação exclusivamente da probabilidade de um crédito sobre o requerido (o arguido ou o civilmente responsável) e do fundado receio de que falem ou diminuam substancialmente as garantias do seu pagamento.*

Acrescenta, ainda:

*A caução económica (como, aliás, o arresto) há-de ser adequada à realização da finalidade que a justifica e proporcionada às obrigações que se destina a garantir.*

Como já se disse, a determinação da necessidade de prestação de caução económica depende da averiguação da existência de *fundado receio*, a fazer, em regra, segundo creio, com respeito do princípio do contraditório.

O *arresto preventivo* aplicado em processo penal, segue os termos previstos no Código de Processo Civil, com algumas especialidades.

Esta medida tem natureza subsidiária relativamente à caução económica, sendo revogada logo que o arguido ou o civilmente responsável prestem a caução económica imposta.

No entanto, há que distinguir conforme o *arresto* seja requerido antes ou depois da fixação da *caução económica*. Neste último caso, o requerente fica dispensado da prova do receio de perda da garantia patrimonial, bastando-lhe a alegação de que o requerido não prestou a *caução económica* fixada.

Quer a caução económica, quer o *arresto preventivo*, podem ser aplicados ao arguido ou a terceiros civilmente responsáveis. O artigo 227.º, n.º1, refere-se apenas ao arguido, enquanto o n.º2 refere-se ao arguido e ao civilmente responsável.

A caução económica pode assumir qualquer das modalidades pelas quais pode ser prestada a caução: depósito, penhor, hipoteca, fiança bancária ou fiança, segundo modalidade a fixar pelo juiz.

Os despachos de aplicação de medidas de garantia patrimonial são impugnáveis por via de recurso, a subir imediatamente, conforme dispõe o artigo 407.º, n.º1, alínea c), do CPP.

# *Parte 4*

## **DO JULGAMENTO**

**Dr. Jorge Gonçalves**





# Sub-índice

NOTA PRÉVIA .....	163
<b>I – AS FORMAS DE PROCESSO .....</b>	<b>165</b>
<b>1 – As formas de processo no processo penal português: panorâmica da sua evolução .....</b>	<b>165</b>
1.1 – Código de Processo Penal de 1929.....	165
1.2 – Código de Processo Penal de 1987.....	168
<b>2 – O erro na forma do processo .....</b>	<b>171</b>
2.1 – Código de Processo Penal de 1929.....	171
2.2 – Código de Processo Penal de 1987.....	172
.....	173
<b>II – O JULGAMENTO – OS ACTOS PRELIMINARES .....</b>	<b>173</b>
<b>1 – O juiz de julgamento face à acusação no CPP de 1929: breves notas .....</b>	<b>175</b>
<b>2 – O juiz de julgamento face à acusação, no CPP de 1987. Actos preliminares da fase de julgamento .....</b>	<b>175</b>
2.1 – O saneamento do processo e a designação de dia para julgamento .....	176
2.2 – Actos subsequentes ao despacho que designa dia para a audiência .....	180
2.2.1 – Notificações .....	180
2.2.2 – Comunicação aos restantes juízes do colectivo .....	180
2.2.3 – Contestação do arguido e rol de testemunhas .....	181
2.2.4 – Adicionamento ou alteração do rol .....	182
2.2.5 – Residentes fora da comarca .....	183
2.2.6 – Tomada de declarações no domicílio .....	184
2.2.7 – Realização de actos urgentes .....	185
<b>III – A AUDIÊNCIA .....</b>	<b>187</b>
<b>1 – Princípios fundamentais relativos à audiência de julgamento .....</b>	<b>187</b>
1.1 – O princípio do contraditório .....	187
1.2 – O princípio da concentração .....	189
1.3 – Os princípios da imediação, da oralidade e da identidade do juiz .....	191
1.4 – O princípio da publicidade.....	192
<b>2 – Princípios fundamentais relativos à prova .....</b>	<b>195</b>
2.1 – O princípio da investigação ou da “verdade material” .....	195
2.2 – O princípio da livre apreciação da prova.....	197
2.3 – O princípio <i>in dubio pro reo</i> .....	201
<b>IV – A ALTERAÇÃO DO OBJECTO DO PROCESSO .....</b>	<b>205</b>
<b>1 – Enunciação da questão .....</b>	<b>205</b>
<b>2 – O objecto do processo .....</b>	<b>207</b>

3 – O regime do CPP de 1929 .....	211
4 – O regime do CPP de 1987 .....	215
<b>V – A SENTENÇA PENAL</b> .....	220
1 – No CPP de 1929 .....	220
2 – No CPP de 1987 .....	220
<b>VI – O PROCESSO DE AUSENTES</b> .....	226
<b>VII – RESPONSABILIDADE CIVIL CONEXA COM RESPONSABILIDADE CRIMINAL</b> .....	228
1 – No CPP de 1929 .....	228
2 – O regime do CPP de 1987 .....	231
<b>APÊNDICE</b> .....	235
<b>A EXECUÇÃO DAS REACÇÕES CRIMINAIS – Tópicos (Execução das Penas)</b> .....	237
1 – Natureza da execução e título executivo .....	235
2 – Órgãos de execução .....	235
3 – A execução da pena de prisão .....	237
4 – A execução da pena de multa .....	238
5 – A substituição da execução da pena de prisão .....	238
6 – Modificação da execução da pena de prisão .....	238
7 – A suspensão da execução da pena .....	239
8 – A liberdade condicional .....	239

## Nota Prévia

Os apontamentos que se seguem, relativos à fase do julgamento, têm como destinatários magistrados judiciais e do Ministério Público de países africanos de língua oficial portuguesa, no âmbito do PROGRAMA PIR PALOP II.

Não dominando os sistemas processuais penais desses diversos países, tomei como referências o Código de Processo Penal português de 1929 e o Código de Processo Penal de 1987, vigente em Portugal.



## I – AS FORMAS DE PROCESSO

### 1 – AS FORMAS DE PROCESSO NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS: PANORÂMICA DA SUA EVOLUÇÃO

#### 1.1 – Código de Processo Penal de 1929

O artigo 62.º do Código de Processo Penal de 1929<sup>1</sup>, na sua redacção originária, dizia que o processo penal era *comum* ou *especial*. As cinco formas do processo comum então previstas eram: o processo de querela, o processo correcional, o processo de polícia correcional, o processo de transgressões e o processo sumário. O § único do mesmo artigo estabelecia: “Estas formas de processo deverão empregar-se nos termos dos artigos seguintes, quando não haja processo especial prescrito na lei.

Ensinava Luís Osório, a propósito da distinção entre processo comum e processo especial:

“A relação do processo comum para o processo especial é a mesma que existe entre a regra e a excepção, e assim, para sabermos qual a forma de processo a aplicar, devemos começar por examinar se para a hipótese há processo especial”<sup>2</sup>.

Na distinção entre as diversas formas de processo comum, atendia-se à diferente gravidade dos crimes, indiciada pelas respectivas penas, por se entender que, em regra, seriam mais fáceis de julgar as pequenas infracções, exigindo a imposição das penas mais graves um maior cuidado e acrescidas garantias. No que concerne ao processo sumário, a existência de flagrante delito dispensava a investigação que, em regra, tinha lugar nos outros processos.

A consciência de que não havia razão para manter a dualidade entre processo correcional e processo de polícia correcional determinou, com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, a fusão dessas formas de processo comum numa só forma processual – o processo correcional<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Indicado como CPP de 1929, nas referências posteriores.

<sup>2</sup> Luís Osório, *Comentário ao Código do Processo Penal Português*, Coimbra, 1932, 2.º volume, p. 13. A grafia das palavras foi actualizada segundo a norma actual.

<sup>3</sup> Sobre estas matérias veja-se Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, lições proferidas no ano lectivo 1954-1955, reimpressão da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1981, III, pp. 84 e seguintes. Com interesse para o estudo das formas de processo, veja-se também João Castro e Sousa, *A tramitação do processo penal*, Coimbra, 1983, pp. 20 e seguintes.

As formas do processo comum passaram a ser as seguintes:

- 1.<sup>a</sup> – Processo de querela;
- 2.<sup>a</sup> – Processo correccional;
- 3.<sup>a</sup> – Processo de transgressão;
- 4.<sup>a</sup> – Processo sumário.

Para além das quatro formas de processo comum, o artigo 62.<sup>o</sup> do CPP de 1929 previa formas de processo especial, a utilizar apenas nos casos expressamente admitidos por lei. No CPP de 1929, os processos especiais encontravam-se regulados no Título VII do Livro II e eram os seguintes<sup>4</sup>:

- 1) o processo de ausentes (artigos 625<sup>o</sup> e segs.);
- 2) o processo por difamação, calúnia e injúria (artigos 587<sup>o</sup> e segs.);
- 3) o processo por infracções cometidas pelos juízes de direito de 1.<sup>a</sup> instância e magistrados do Ministério Público, junto deles, no exercício das suas funções ou por causa delas (artigos 595<sup>o</sup> e segs.);
- 4) o processo por infracções cometidas pelos juízes de 1.<sup>a</sup> instância e magistrados do Ministério Público, junto deles, estranhas ao exercício das mesmas funções (artigos 609<sup>o</sup> e segs.);
- 5) o processo por infracções cometidas pelos juízes das Relações ou do Supremo Tribunal de Justiça, pelos magistrados do Ministério Público, junto deles ou outros de igual categoria (artigos 613<sup>o</sup> e segs.);
- 6) o processo de reforma de autos perdidos, extraviados ou destruídos (artigos 617<sup>o</sup> e segs.).

Para além dos processos especiais regulados no CPP, outros constavam de leis avulsas, como o processo criminal especial ou de segurança<sup>5</sup>, o processo por infracções contra a saúde pública e contra a economia nacional<sup>6</sup>, o processo por crimes de imprensa<sup>7</sup> e o processo criminal militar (aplicável a crimes essencialmente militares e regulado no Código de Justiça Militar então vigente).

---

<sup>4</sup> Afirmava Luís Osório, para justificar a existência de processos especiais: “O fundamento da criação de processos especiais está nas especialidades que se dão nos respectivos casos, e que não permitem sujeitá-los às normas ordinárias, especialidades que umas vezes provêm das infracções a julgar, outras dos réus, outras dos tribunais que têm de proferir a decisão” (*ob. cit.*, p. 12).

<sup>5</sup> Este processo tinha como seu pressuposto a perigosidade não indiciada pela prática de qualquer crime, tendo como finalidade a aplicação de medidas de segurança. A sua regulamentação constava dos diplomas relativos aos Tribunais de Execução de Penas – Lei n.º 2000, de 16 de Maio de 1944 e, posteriormente, Decreto-Lei n.º 783/76, de 29 de Outubro.

<sup>6</sup> Artigos 39.<sup>o</sup> e segs. do Decreto-Lei n.º 41204, de 24 de Julho de 1957 e Lei n.º 38/77, de 17 de Junho. Cavaleiro Ferreira entendia que os processos relativos a estas infracções não constituíam, verdadeiramente, processos especiais (*ob. cit.*, p. 97).

<sup>7</sup> Decreto-Lei n.º 181/76, de 9 de Março.

O Código Penal de 1886, após diversas reformas, enumerava, no seu artigo 55.º, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 39688, de 5 de Junho de 1954, as designadas *penas maiores*, que eram a prisão maior dividida em escalões de 20 a 24 anos, de 16 a 20 anos, de 12 a 16 anos, de 8 a 12 anos e de 2 a 8 anos, além da pena de suspensão dos direitos políticos por tempo de 15 ou de 20 anos. O artigo 56.º, por sua vez, enumerava as *penas correccionais*: a de prisão de 3 dias a 2 anos, a de desterro, a de suspensão temporária dos direitos políticos, a de multa, a de repreensão.

O Código Penal português de 1982, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 400/82, de 23 de Setembro, eliminou a diferenciação entre penas maiores e penas correccionais, passando a distinguir as penas principais das penas acessórias e, nas primeiras, a pena de prisão com a duração mínima de 1 mês e a máxima de 20 anos, e a pena de multa fixada em dias.

A eliminação da distinção entre pena de prisão maior e pena de prisão correccional determinou uma nova delimitação entre o processo de querela e o processo correccional, já que, até então, eram julgados em processo de querela os crimes a que correspondesse qualquer pena maior ou a pena de demissão.

Assim, nos termos dos artigos 63.º, 64.º e 67.º do CPP de 1929, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 402/82, de 23 de Setembro, o âmbito de aplicação das formas de processo comum passou a ser:

- Processo de querela – julgamento dos crimes a que correspondesse pena de prisão por mais de 3 anos ou demissão;
- Processo correccional – julgamento dos crimes que não devessem ser julgados em processo de querela ou sumário;
- Processo sumário – julgamento das infracções a que fossem aplicáveis penas a que correspondesse processo correccional, sempre que o infractor fosse preso em flagrante delito

De harmonia com o disposto no artigo 66.º, do CPP de 1929, eram julgadas em processo de transgressão *as contravenções, qualquer que seja a disposição legal em que estejam previstas, e as transgressões de regulamentos, editais, posturas ou quaisquer disposições que, atendendo à entidade que as formula, deva qualificar-se de regulamentares.*

A forma de processo de querela, correspondente aos crimes mais graves, era a mais solene, abrangendo o julgamento com tribunal colectivo e o julgamento com intervenção do júri. Assinale-se que o júri havia sido suprimido pouco tempo após a entrada em vigor do CPP de 1929, tendo sido restabelecido pelo Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro.

Os julgamentos em processo sumário ou em correccional, menos solenes, eram da competência do tribunal singular.

## 1.2 – Código de Processo Penal de 1987

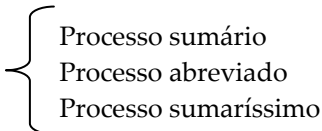
Com a aprovação do Código de Processo Penal de 1987<sup>8</sup>, pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, foram revogados o CPP de 1929 e todas as disposições que contivessem normas processuais penais em oposição com as previstas no novo Código (artigo 2.º do citado Decreto-Lei 78/87).

O novo CPP previa, na sua redacção inicial, a forma de processo comum e duas formas de processo especial: o processo sumário (artigos 381.º a 391.º) e o processo sumaríssimo (artigos 392.º a 398.º).

O Decreto-Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, introduziu no CPP uma nova forma de processo especial: o processo abreviado (artigos 391º-A a 391º-E). Outras formas de processo especial estão previstas em legislação extravagante, como o processo penal militar (no Código de Justiça Militar – Lei n.º 100/2003, de 15 de Novembro) e o processo penal fiscal (no Regime Geral da Infracções Tributárias – Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho).

As transgressões e contravenções foram sendo progressivamente substituídas por contra-ordenações, aplicadas por autoridades administrativas, com possibilidade de impugnação judicial, nos termos do regime geral constante do Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de Outubro<sup>9</sup>. Às transgressões e contravenções que ainda subsistem – e que previsivelmente serão convertidas em contra-ordenações – é aplicável o processo regulado no Decreto-Lei n.º 17/91, de 10 de Janeiro.

Procurando sintetizar, o CPP vigente em Portugal contempla as seguintes formas de processo penal:

- Processo comum
  - Processos especiais
- 
- Processo sumário
  - Processo abreviado
  - Processo sumaríssimo

---

<sup>8</sup> Que passará a ser indicado como CPP de 1987. Adverte-se que pertencem a este diploma todas as disposições legais que sejam citadas sem indicação da sua proveniência.

<sup>9</sup> De harmonia com o artigo 1.º do Regime geral das contra-ordenações, *constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima.*



O processo comum é o processo tipo, aplicável a todos os crimes para os quais a lei não preveja forma especial.

Dentro da forma comum há especialidades conforme na fase de julgamento intervenha o tribunal singular (artigo 16.º), o tribunal colectivo (artigo 14.º) ou o tribunal do júri (artigo 13.º).

Cabe ao tribunal singular julgar os processos respeitantes a crimes:

- a) Que não couberem na competência dos tribunais de outra espécie;
- b) Previstos no Capítulo II do Título V do Livro II do Código Penal (são os crimes contra a autoridade pública;
- c) Cujas penas máximas, abstractamente aplicáveis, for igual ou inferior a cinco anos de prisão;
- d) Os crimes da competência normal do tribunal colectivo (ou do tribunal do júri), em razão da pena aplicável, quando o Ministério Público entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a cinco anos.

Cabe ao tribunal colectivo o julgamento nos processos que:

- 1) Não devendo ser julgados pelo tribunal do júri, respeitarem a crimes contra a paz e a humanidade e contra a segurança do Estado (artigos 239.º a 246.º e 308.º a 346.º, do Código Penal);
- 2) Não devendo ser julgados pelo tribunal singular, respeitarem a crimes:
  - a) Dolosos ou agravados pelo resultado, quando for elemento do tipo a morte de uma pessoa;
  - b) Cujas penas máximas, abstractamente aplicáveis, for superior a cinco anos de prisão, mesmo quando, no caso de concurso de infracções, seja inferior o limite máximo correspondente a cada crime.

Compete ao tribunal do júri, apenas se a sua intervenção tiver sido requerida pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelo arguido, julgar os processos que respeitarem a crimes:

- a) Contra a paz e a humanidade e contra a segurança do Estado;
- b) Cujas penas máximas, abstractamente aplicáveis, for superior a oito anos de prisão, desde que não devam ser julgados pelo tribunal singular.

Exceptuam-se da competência do tribunal do júri os crimes de terrorismo e os que se refiram à criminalidade altamente organizada<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Artigos 207.º, n.º1, da Constituição da República e 111.º da Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro (Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais).

As formas de processo especial previstas no CPP não se distinguem do processo comum em razão da natureza dos crimes, mas antes em razão da ocorrência de circunstâncias especiais que determinam a utilização de formas de processo mais simplificadas.

O processo sumário tem lugar quando haja detenção em flagrante delito por crime punível com pena de prisão cujo limite máximo não seja superior a três anos, quando à detenção tiver procedido qualquer autoridade judiciária ou entidade policial e a audiência se iniciar no máximo de quarenta e oito horas após a detenção, sem prejuízo da possibilidade de adiamento da audiência até ao limite do trigésimo dia posterior à detenção (artigos 381.º, n.º 1, e 386.º). Também é aplicável esta forma de processo quando, verificados os restantes pressupostos, o crime for punível com pena de prisão de máximo superior a três anos, mesmo em caso de concurso de infracções, e o Ministério Público, na acusação, entender que não deve ser aplicada, em concreto, pena de prisão superior a três anos (artigo 381.º, n.º 2).

O processo abreviado, introduzido pela reforma de 1998, tem lugar em caso de crime punível com pena de multa ou com pena de prisão não superior a cinco anos, havendo provas simples e evidentes de que resultem indícios suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente. Neste caso, o Ministério Público, face ao auto de notícia ou realizado inquérito sumário, pode deduzir acusação para julgamento em processo abreviado, se não tiverem decorrido mais de 90 dias desde a data em que o crime foi cometido (artigo 391.º-A, n.º 1). Trata-se, pois, de uma forma de processo que visa a celeridade daqueles processos em que as provas indiciárias são simples e evidentes, não se justificando o prolongamento da investigação pré-acusatória. A sua tramitação é, essencialmente, a do processo comum, com algumas simplificações.

O processo sumaríssimo constitui uma das principais inovações do CPP de 1987, inspirando-se na busca de soluções céleres e consensuais no âmbito da pequena criminalidade. Constitui pressuposto da sua aplicação que o crime em causa seja punível com pena de prisão não superior a três anos ou só com pena de multa. Verificado esse pressuposto, quando o Ministério Público entender que ao caso deve ser concretamente aplicada pena ou medida de segurança não privativas da liberdade, requer ao tribunal a aplicação, em processo sumaríssimo, da sanção que concretamente propõe. Se o juiz não rejeitar o requerimento e o arguido não se opuser, a sanção proposta será aplicada por despacho, sem realização de julgamento (artigos 396.º a 398.º).

Entre os sistemas processuais penais dos PALOP, o de Cabo Verde tem grandes similitudes com o sistema do CPP português.

Assim, o Código de Processo Penal de Cabo Verde (CPPCV) consagra, além da forma de processo comum, formas especiais de processo: o processo sumário (artigo 412.º a 421.º); o processo de transacção (artigos 422.º a 429.º), correspondente ao processo sumaríssimo do CPP de 1987; o processo abreviado (artigos 430.º a 435.º).

## 2 – O ERRO NA FORMA DE PROCESSO

### 2.1 – Código de Processo Penal de 1929

De harmonia com o disposto no artigo 98.º, n.º2, do CPP de 1929, o emprego de uma forma de processo nos casos em que a lei prescrevia outra, constituía nulidade.

O CPP de 1929 distinguia, dentro das invalidades, as nulidades principais (as referidas no artigo 98.º) e as nulidades secundárias ou irregularidades (referidas no artigo 100.º), residindo a distinção no regime da sua arguição: as nulidades principais podiam e deviam ser objecto de conhecimento officioso pelo tribunal, enquanto as nulidades secundárias ou irregularidades dependiam de arguição. As irregularidades eram sempre sanáveis, enquanto as nulidades principais poderiam ser sanáveis ou insanáveis.

A nulidade em causa compreendia o emprego de um processo comum em vez de outro processo comum (por exemplo: o processo correcional onde era devido o processo de querela), um processo comum em vez de um processo especial, um processo especial em vez de um processo comum, ou um processo especial em vez de outro processo especial.

Como salienta João Castro e Sousa<sup>11</sup>, do confronto dos artigos 98.º, 99.º e 100.º resulta que o emprego indevido de uma forma de processo constituía uma *nulidade principal* que devia ser objecto de conhecimento officioso pelo tribunal.

Nos termos do § 3.º do artigo 98.º, a nulidade em apreço só determinava a anulação dos actos que não pudessem ser aproveitados e o juiz ou tribunal que a julgasse procedente devia mandar praticar os actos estritamente necessários para que o processo se aproximasse, quanto possível, das forma estabelecida na lei.

A nulidade, quando consistisse no emprego de uma forma de processo comum mais solene em vez de outra menos solene, só podia ser arguida até ao dia da

---

<sup>11</sup> *Ob. cit.*, p. 58.

realização da audiência de julgamento. Como refere João Castro e Sousa, as maiores garantias dadas pela utilização da forma mais solene justificavam que a invalidade se considerasse sanada pelo decurso do prazo em que podia ser arguida<sup>12</sup>.

Podemos esquematizar o regime do erro na forma do processo, no CPP de 1929, do seguinte modo:

- Emprego de uma forma de processo comum mais solene em vez de outra menos solene (exemplo: o processo de querela em vez do processo correcional) – tratava-se de uma *nulidade sanável* que só podia ser arguida até ao dia da audiência de julgamento;
- Emprego de uma forma de processo comum menos solene em vez de outra mais solene (exemplo: o processo correcional em vez do processo de querela) – tratava-se de uma *nulidade insanável*, podendo ser arguida em qualquer altura do processo, até à sentença final com trânsito;
- Emprego de uma forma de processo especial em vez de uma forma de processo comum – tratava-se de uma *nulidade insanável*, podendo ser arguida em qualquer altura do processo, até à sentença final com trânsito.

No entanto, estabelecia o §3º do artigo 99º que “os tribunais superiores poderão sempre julgar suprida qualquer nulidade que não afecte a justa decisão da causa”, pelo que, nas palavras de João Castro e Sousa, “esta nulidade é, neste sentido, sempre sanável”.

## 2.2 – Código de Processo Penal de 1987

O artigo 119.º, n.º 1, alínea f), do CPP de 1987, estabelece que o emprego de forma de processo especial fora dos casos previstos na lei constitui uma nulidade insanável, que deve ser oficiosamente declarada em qualquer fase do procedimento.

Sem prejuízo dessa disposição, o artigo 120.º, n.º 2, alínea a), dispõe que o emprego de uma forma de processo quando a lei determinar a utilização de outra constitui uma nulidade dependente de arguição, sanável nos termos do artigo 121.º. De harmonia com o artigo 122.º, a declaração de nulidade determina quais os actos que passam a considerar-se inválidos e ordena, sempre que necessário e possível, a sua repetição. Ao declarar uma nulidade o juiz aproveita todos os actos que ainda puderem ser salvos do efeito daquela.

O CPPCV, no artigo 151.º, alínea j), estabelece que o emprego de uma das formas de processo especial nos casos em que cabe o emprego do processo comum constitui uma nulidade insanável.

---

<sup>12</sup> *Ob. cit.*, p. 59.

## **II – O JULGAMENTO – OS ACTOS PRELIMINARES**

### **1 – O JUIZ DE JULGAMENTO FACE À ACUSAÇÃO NO CPP DE 1929: BREVES NOTAS**

Julgo ser útil começar por fazer um breve relance, necessariamente simplificado, por alguns aspectos do regime processual penal português anterior ao CPP de 1987<sup>13</sup>.

No CPP de 1929, a investigação pré-acusatória, destinada à averiguação dos fundamentos que permitissem a acusação ou a abstenção de acusação, fazia-se no âmbito da instrução preparatória e da instrução contraditória.

A instrução preparatória começou por ser da competência do juiz, passando, com o Decreto-Lei n.º 35007, de 13 de Outubro de 1945, a ser dirigida pelo Ministério Público.

Na sequência da Constituição da República de 1976, a lei ordinária determinou que a instrução preparatória (e contraditória) era da competência dos tribunais de instrução criminal, passando a ser dirigida pelos respectivos juizes.

O corpo do artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 35007 estabelecia: “A instrução preparatória abrange todo o conjunto de provas que formam o corpo de delito e tem por fim reunir os elementos de indicição necessários para fundamentar a acusação”.

Caracterizava-se a instrução preparatória por ser não contraditória, escrita e secreta.

Decorrido o respectivo prazo ou logo que tivesse sido obtida prova bastante para fundamentar a acusação ou devesse ter lugar a abstenção de acusar, o juiz de instrução criminal declarava encerrada a instrução e remetia os autos ao Ministério Público para que este tomasse posição.

O Ministério Público, caso entendesse ter elementos bastantes para o efeito, deduzia a acusação, definitiva ou provisória e, neste último caso, requeria a abertura de instrução contraditória (artigo 326.º).

---

<sup>13</sup> Sobre esta matéria, veja-se João Castro e Sousa, *ob. cit.*, p. 151 e seguintes.

A instrução contraditória, da competência do juiz de instrução criminal, obrigatória nos processos de querela, era uma instrução complementar da instrução já realizada. Tinha lugar a requerimento do Ministério Público, a requerimento do arguido ou por decisão do juiz. Esta última situação ocorria quando o juiz entendesse serem insuficientes, aquando da pronúncia, os fundamentos considerados bastantes pelo Ministério Público para deduzir acusação definitiva (artigo 327.º).

Concluída a instrução contraditória, os autos seguiam com vista ao Ministério Público para deduzir a acusação definitiva ou promover o que tivesse por conveniente.

Havendo divergência entre o juiz e o Ministério Público sobre a decisão deste no sentido de o processo ser arquivado ou aguardar a produção de melhor prova, o juiz podia ordenar, em despacho fundamentado, que os autos voltassem ao Ministério Público para deduzir acusação (artigo 346.º).

Saliente-se que com o Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, a investigação pré-acusatória seguia, em certos casos, o sistema de *inquérito policial*, depois designado de *inquérito preliminar*, da competência de entidades não judiciais, para os crimes a que correspondesse processo correcional, a menos que o arguido tivesse sido preso e nessa situação tivesse sido ouvido em auto, situação em que havia lugar a instrução preparatória.

Encerrado o inquérito, este era remetido ao Ministério Público, que poderia: requerer a abertura de instrução preparatória; requerer directamente o julgamento, no caso dos crimes públicos e semipúblicos; ordenar a notificação do ofendido para requerer o julgamento nos termos do artigo 387.º, no caso dos crimes particulares; abster-se de requerer o julgamento, ordenando, em despacho fundamentado, o arquivamento (artigo 343.º) ou que os autos ficassem a aguardar a produção de melhor prova (artigo 345.º).

Terminada a fase pré-acusatória e deduzida acusação, passava-se à fase do despacho de pronúncia ou equivalente, a proferir pelo juiz de julgamento<sup>14</sup>.

O despacho de pronúncia, em processo de querela, devia, previamente, conhecer das nulidades, ilegitimidades, excepções e quaisquer outras questões que pudessem obstar à apreciação do mérito da causa (artigo 45.º do Decreto-Lei n.º 35007 e 400.º do CPP de 1929).

---

<sup>14</sup> A competência do juiz de julgamento para a pronúncia era afirmada pela Lei Orgânica dos Tribunais Judiciais – Lei n.º 82/77, de 6 de Dezembro.

A pronúncia deveria conter, além de outros elementos, a indicação precisa dos factos por que o arguido era pronunciado, o que tinha a maior importância por limitar os poderes de cognição do tribunal quanto aos factos gravosos (artigos 366.º e 447.º).

Em processo correcional, o juiz de julgamento, quando os resultados do inquérito ou da instrução permitissem concluir que a responsabilidade do arguido por um crime se mostrava suficientemente indiciada, recebia a acusação e designava dia para julgamento. Previamente, conhecia das irregularidades processuais (artigo 390.º, n.º1 e 2).

E se o juiz discordasse da decisão de acusar formulada pelo Ministério Público?

Caso o juiz, aquando da pronúncia, entendesse que se provavam factos diversos dos apontados pelo Ministério Público e que envolviam uma alteração substancial da acusação, assim o declarava em despacho fundamentado, ordenando que o processo fosse devolvido ao Ministério Público para corrigir a acusação (artigo 351.º).

Se o juiz concluísse que os factos dos autos não constituíam infracção penal, que a acção penal se extinguiu, que havia irresponsabilidade do arguido ou insuficiência da prova da infracção, deveria proferir despacho de não pronúncia, ordenando, em despacho fundamentado, o arquivamento ou que o processo aguardasse a produção de melhor prova (artigo 367.º).

Se, pelo contrário, o juiz concordava inteiramente com a acusação, apenas divergia na qualificação jurídica dos factos apontados pelo Ministério Público ou julgava provados outros factos que não alterassem substancialmente a acusação, a acusação era recebida, sendo proferido despacho de pronúncia ou equivalente (artigo 351.º, § único).

## **2 – ACTOS PRELIMINARES DA FASE DE JULGAMENTO NO CPP DE 1987**

Com o CPP de 1987, as fases do processo penal comum passaram a ser cinco: inquérito, instrução, julgamento, execução e recursos.

O inquérito, dirigido pelo Ministério Público, é constituído pelo conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar os seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher as provas, em ordem à

decisão sobre a acusação (artigo 262.º, n.º2). A finalidade a que expressamente está orientado é a decisão sobre a acusação.

Findo o inquérito, o Ministério Público toma uma de cinco opções: o arquivamento, nas suas três modalidades, a suspensão provisória do processo ou a acusação.

A instrução, por seu turno, é uma fase jurisdicional facultativa que “visa a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento” (artigo 286.º, n.º1).

Saliente-se que, sendo requerida a instrução, para comprovar judicialmente a decisão do Ministério Público de acusar ou de arquivar, o juiz que venha a presidir ao debate instrutório (proferindo, sendo caso disso, o despacho de pronúncia) fica impedido de intervir no julgamento (artigo 40.º).

Respeitando a estrutura acusatória do processo, o juiz de julgamento não pode devolver os autos ao Ministério Público com o convite para alterar a acusação e também não pode rejeitar a acusação por motivo de discordância quanto à suficiência dos indícios recolhidos no inquérito.

## **2.1 – O saneamento do processo e a designação de dia para julgamento**

Concluída a instrução com pronúncia (se houve instrução) ou esgotado que se encontre o prazo para requerer a instrução, o processo é remetido ao tribunal competente para a fase de julgamento.

Recebido o processo no tribunal de julgamento, há que proferir o despacho a que se reporta o artigo 311.º.

Importa distinguir duas situações:

a) *Tendo havido instrução:*

- O juiz de julgamento, antes de designar data para a audiência, procede ao *saneamento* do processo, pronunciando-se sobre as nulidades e outras questões prévias ou incidentais que possam obstar à apreciação do mérito da causa e de que possa, desde logo, conhecer. Têm precedência lógica as questões da *jurisdição* e *competência do tribunal*, que antecedem, necessariamente, o conhecimento de outras questões prévias ou incidentais. Caso o processo deva prosseguir, é designado dia para a audiência, nos termos do artigo 313.º.



b) *Se não houve instrução:*

- O juiz de julgamento procede ao saneamento do processo e, após tomar posição sobre as nulidades e outras questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa de que possa, desde logo, conhecer, poderá tomar uma de três atitudes:
  - I. Rejeitar a acusação, se a considerar manifestamente infundada, constando do n.º3 do artigo 311.º o que se deve entender como *acusação manifestamente infundada*<sup>15</sup>;
  - II. Rejeitar a acusação *subsidiária* do assistente ou do Ministério Público, na parte em que represente uma alteração substancial dos factos da acusação *dominante*, nos termos do disposto nos artigos 284.º, n.º1, e 285.º, n.º3, respectivamente (controlo da legalidade da acusação subsidiária);
  - III. Designar dia para julgamento, procedendo ao que se convencionou designar de “recebimento da acusação”.

No que concerne ao saneamento do processo, o regime das nulidades está previsto nos artigos 118.º e seguintes.

As *questões prévias* ou *incidentais* mencionadas no artigo 311.º são as que possam obstar à apreciação do mérito da causa, sejam de natureza adjectiva ou substantiva. Normalmente, o conceito de *questões prévias* é utilizado para designar questões de natureza processual que condicionam o conhecimento do mérito e que respeitam à válida constituição ou desenvolvimento do processo. Assim, Germano Marques da Silva, referindo-se à instrução, define as questões prévias como “os pressupostos da existência ou requisitos de validade ou regularidade do procedimento e dos actos processuais”<sup>16</sup>. Os pressupostos processuais incluem-se nas *questões prévias* que importa conhecer quando se procede ao saneamento do processo<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> A acusação é *manifestamente infundada*, nos termos do n.º3 do artigo 311.º: quando não contenha a identificação do arguido; quando não contenha a narração dos factos; quando não indicar as disposições legais aplicáveis ou as provas que a fundamentam; se os factos não constituírem crime.

<sup>16</sup> *Curso de Processo Penal*, III, 2.ª edição, p. 173.

<sup>17</sup> Germano Marques da Silva reserva a noção de *pressupostos processuais* (que reconhece ser “melindrosa, debatida, difícil e equívoca” – e por isso pouco útil – *ob. cit.*, I, 4.ª edição, p. 47) para referir os “elementos constitutivos da relação jurídica processual que devem verificar-se para que possa proferir-se no processo uma decisão sobre o seu objecto” e que “são condição da existência do processo ou de alguma das suas fases” (*ob. cit.*, III, 2.ª edição, p. 31). Segundo este entendimento, os pressupostos processuais distinguem-se dos *requisitos de validade da relação processual* e dos *requisitos de validade dos actos processuais*, cuja falta determina, apenas, a nulidade ou irregularidade do processo ou do acto. Exemplificando: a *jurisdição*, como pressuposto da existência do processo, ou melhor, de certas fases do processo, é um *pressuposto processual*, no entendimento de Germano Marques da Silva; a *competência*, por sua vez, é um *requisito de validade do processo*, cuja falta tem como efeito simplesmente que o processo seja remetido para o tribunal competente. De todas estas questões – pressupostos processuais e requisitos de validade do processo, na acepção utilizada por Germano Marques da Silva – o juiz conhecerá, sendo caso disso, no saneamento do processo, como *questões prévias*.

Note-se que o legislador abandonou, no CPP de 1987, a designação tradicional de *excepções* para nomear os pressupostos processuais negativos (o CPP de 1929, no artigo 138º, enumerava, como *excepções*, a incompetência do juízo, a litispendência, o caso julgado e a prescrição).

Apesar da noção de *questões prévias* ser utilizada, normalmente, para referir, apenas, questões de natureza processual, importa não esquecer que existem matérias como a amnistia, a prescrição do procedimento criminal (de que tanto se discute a natureza processual, substantiva ou mista) ou a morte do arguido que deverão ser conhecidas, sendo caso disso, no momento do despacho do artigo 311.º, n.º1 (estas questões eram por vezes mencionadas, no domínio do CPP de 1929, como *excepções peremptórias*).

As *questões incidentais* serão aquelas que, tendo natureza processual, sobrevêm como acidentes ou questões acessórias ou secundárias e cuja decisão tem natureza instrumental para o desenvolvimento e resolução do feito penal.

O saneamento do processo, na maior parte dos casos, traduz-se na afirmação, em termos genéricos e meramente tabelares, de que não existem nulidades, questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa. O decidido genericamente, nesta fase processual, quanto a questões prévias, não tem o valor de caso julgado formal.

A lei distingue o *saneamento* da designação de data para a audiência. No entanto, quando o processo houver de prosseguir, o despacho de saneamento (previsto no artigo 311.º, n.º1) e o despacho de designação de dia para a audiência (previsto no artigo 313.º) não surgem sob a forma de dois despachos *materialmente* separados, mas antes como uma *peça processual única*.

O despacho que designa dia para a audiência contém, sob pena de *nulidade*:

- a) a indicação dos factos e disposições legais aplicáveis, expressamente ou através de remissão para a acusação ou para a pronúncia, se a houver;
- b) a indicação do lugar, do dia e da hora da comparência;
- c) a nomeação de defensor do arguido, se ainda não estiver constituído no processo;
- d) a data e a assinatura do presidente.

Na fixação da data da audiência, o juiz de julgamento deverá ter em conta:

- que a audiência deve ser designada *para a data mais próxima possível*, de modo que entre ela e a data do recebimento dos autos no tribunal de julgamento não decorram mais de dois meses (artigo 312.º, n.º1) <sup>18</sup>;

---

<sup>18</sup> O cumprimento do artigo 312º, nº1, quando preceitua que a audiência de julgamento será fixada para a data mais próxima possível, está, como parece óbvio, dependente do condicionalismo das agendas dos tribunais, de gestão nem sempre fácil.

- que o despacho em causa deve ser notificado ao Ministério Público, ao arguido e seu defensor, ao assistente, às partes civis e aos seus representantes, pelo menos 30 dias antes da data designada para a audiência (artigo 313.º, n.º2);
- que existindo advogado constituído, o tribunal deve diligenciar no sentido da prévia concertação da data para a audiência, nos termos do artigo 155.º do C.P.C., de modo a evitar o risco de sobreposição de diligências a que o advogado deva comparecer (artigo 312.º, n.º4).

No Código de Processo Penal de Cabo Verde (CPPCV), o artigo 338.º refere-se ao saneamento do processo e às hipóteses de rejeição da acusação, em termos muito similares aos constantes do CPP de 1987 (em Cabo Verde, as finalidades da instrução são asseguradas pela *audiência contraditória preliminar*).

Nos termos do artigo 339.º do CPPCV, o despacho que marca data para a audiência tem um conteúdo também próximo do despacho correspondente, em Portugal.

O Código de Processo Penal da Guiné-Bissau (CPPGB), no respectivo artigo 214.º, n.º1, estabelece:

“1. Recebidos os autos no tribunal, o juiz conhecerá da competência, da legitimidade, das nulidades e de outras excepções ou questões prévias que possa, desde logo, apreciar e que sejam susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa”.

O n.º2 acrescenta:

“2. Se considerar a acusação totalmente infundada profere despacho de rejeição, caso contrário recebe a acusação e designa dia para julgamento”.

Este diploma, porém, não define o conceito de “acusação totalmente infundada”. O artigo 215.º, n.1, alínea f), do CPPGB, impõe que o despacho que designar dia para julgamento contenha a decisão ou reexame da situação processual do suspeito (termo que corresponde ao *arguido* do CPP português).

O CPP português de 1987 não determina que o juiz, no despacho que designa dia para a audiência, deva pronunciar-se sobre a situação processual do arguido. No entanto, há uma praxe no sentido de se fazer esse reexame.

## **2.2 – ACTOS SUBSEQUENTES AO DESPACHO QUE DESIGNA DIA PARA A AUDIÊNCIA**

### **2.2.1 – Notificações**

O despacho que designa dia para a audiência terá de ser notificado a diversos participantes processuais. O artigo 313.º, n.º2, do CPP de 1987 refere-se à notificação:

- ao Ministério Público;
- ao arguido e seu defensor;
- ao assistente e seu advogado;
- às partes civis e seus advogados.

O artigo 339.º, n.º3, CPPCV determina que as notificações sejam feitas pelo menos vinte dias antes da data fixada para a audiência.

O artigo 5.º da Lei n.º 18/88, de 31 de Dezembro, que procedeu ao ajustamento das leis processuais penal e civil no ordenamento angolano, também estabeleceu, no respectivo artigo 5.º, regras sobre as notificações do despacho que designar dia para julgamento

### **2.2.2 – Comunicação aos restantes juízes do colectivo**

No CPP de 1987, o processo da competência do tribunal colectivo, em regra, não vai aos *vistos* dos juízes adjuntos. Os *vistos* só terão lugar, mediante despacho a proferir pelo juiz presidente, quando sejam julgados necessários em vista da especial complexidade da causa ou de qualquer questão prévia ou incidental que nele se suscite. A iniciativa poderá pertencer a qualquer dos juízes adjuntos ou ao próprio juiz presidente do tribunal de julgamento. Havendo despacho nesse sentido, o processo vai com vista por prazo não superior a oito dias (artigo 314.º).

No comum dos casos – em que o processo não vai aos *vistos* -, o despacho que designa dia para a audiência será imediatamente comunicado aos juízes adjuntos, com o envio de cópia desse despacho. Conjuntamente, ou logo que possível, são remetidas aos adjuntos as cópias referidas no n.º2 do artigo 314.º, o que fica documentado nos autos por cota neles lançada pelo funcionário. A remessa de cópia da contestação do arguido, também referida no mencionado preceito legal, ocorrerá, necessariamente, em momento posterior à comunicação do despacho que designa dia para a audiência (comunicação que é *imediate*, como já se disse).

O artigo 339.º, n.º3, do CPPCV, estabelece que o despacho que marca a data da audiência será comunicado aos restantes juízes, se os houver e disso for o caso.

### 2.2.3 – Contestação do arguido e rol de testemunhas

No CPP de 1929, o arguido, sendo notificado do despacho de pronúncia podia, tratando-se de processo de querela, apresentar contestação no prazo de oito dias, com o rol de testemunhas e os documentos que quisesse produzir em sua defesa (artigo 46.º do Decreto-Lei n.º 35007). Caso a contestação não fosse apresentada em tal prazo, poderia ser junta na audiência de discussão e julgamento (artigo 382.º).

Tratando-se de processo correcional, o arguido, após a notificação do despacho de recebimento da acusação, podia apresentar, no prazo de cinco dias, a sua contestação, com o rol de testemunhas e dos documentos para sua defesa, podendo apresentar naquele prazo apenas o rol e os documentos, reservando para a audiência de julgamento o oferecimento da contestação (artigo 391.º).

No CPP de 1987, o arguido, notificado do despacho que designa dia para a audiência, tem vinte dias para apresentar, querendo, contestação escrita.

O prazo em questão conta-se do dia da notificação do referido despacho ao próprio arguido ou ao seu defensor, conforme a data da notificação efectuada em último lugar. Havendo pluralidade de arguidos, quando o prazo para apresentar contestação escrita termine em dias diferentes, o acto pode ser praticado por todos ou por cada um deles até ao termo do prazo que começou a correr em último lugar (artigos 113.º, n.º12 e 315.º, n.º1).

O prazo para contestar é susceptível de *prorrogação*, a requerimento do arguido, nos termos do artigo 107.º, n.º6, em procedimentos de excepcional complexidade. Sendo de 20 dias, pode ir até ao máximo de 40 dias.

A contestação não está sujeita a formalidades especiais.

No prazo da contestação, o arguido deve apresentar, querendo, o seu rol de testemunhas.

Muito embora o artigo 315.º, n.º1, estabeleça que o arguido apresenta, querendo, a contestação *acompanhada* do rol de testemunhas, nada impede que o arguido apresente *só* a contestação ou *só* o rol de testemunhas, podendo o rol ser apresentado em requerimento autónomo ou na própria contestação.

O CPPCV, diversamente do CPP português, manteve a possibilidade de o arguido apresentar a contestação na audiência de julgamento (artigo 341.º, n.º2).

#### 2.2.4 – Adicionamento ou alteração do rol de testemunhas

O artigo 316.º do CPP de 1987 estabelece que o rol de testemunhas pode ser adicionado ou alterado, a requerimento, do arguido<sup>19</sup>.

Pressuposto para a aplicação do artigo 316.º é que o rol tenha sido apresentado em tempo.

Quer isto dizer que só é possível adicionar ou alterar um rol que tenha sido inicialmente apresentado no prazo legal. Não se trata, por conseguinte, de um mecanismo processual destinado a suprir a falta de apresentação de rol no prazo legalmente estabelecido.

A faculdade de adicionar ou alterar o rol sofre as seguintes limitações estabelecidas no artigo 316.º, n.º1, parte final e no n.º2:

- a possibilidade de o adicionamento ou a alteração requeridos poderem ser comunicados aos outros intervenientes processuais *até três dias antes da data fixada para a audiência* <sup>20</sup>;

---

<sup>19</sup> Os róis apresentados pelo Ministério Público, pelo assistente ou pelas partes civis também podem ser adicionados ou alterados, a requerimento de quem os tenha apresentado (artigo 316.º).

<sup>20</sup> Uma questão que este artigo coloca consiste em saber se a antecedência de três dias refere-se à data designada inicialmente para a audiência ou à data para que a audiência tenha sido adiada e efectivamente realizada.

Leal Henriques e Simas Santos (*Código de Processo Penal Anotado*, II volume, 2.ª edição, p. 257), referindo-se à antecedência de três dias, defendem que parece não ser de atender à data para que tenha sido, eventualmente, adiada a audiência. Quer isto dizer que a data fixada para a audiência, a que se reporta o artigo 316.º, n.º1, será, para os referidos autores, o primeiro dia designado para a audiência de julgamento, no despacho assinalado no artigo 312.º, n.º1, e não aquele em que a audiência, por haver sido adiada, efectivamente se realiza. É este, também, o entendimento de Costa Pimenta (*Código de Processo Penal Anotado*, 1.ª edição, p. 898).

No regime do CPP de 1929, Luís Osório (*Comentário ao Código de Processo Penal Português*, 4.º volume, p. 601) escreveu, a propósito do artigo 384.º relativo ao adicionamento ou alteração do rol: “Tem-se em consideração a audiência em que o julgamento se realiza, e não o primeiro dia marcado para a audiência. Assim, se a audiência for adiada ou anulada, ainda depois poderá ser oferecida nova testemunha”. Importa reter, no entanto, que os artigos 361.º e 384.º do CPP de 1929, respeitantes à alteração do rol, referiam-se à possibilidade de notificação da alteração até três dias antes do dia “em que se realizar a audiência de julgamento”. O verbo *realizar*, repetido nos dois preceitos, indicava, com alguma clareza, o dia em que o julgamento realmente tinha lugar e não o dia designado para julgamento que não se efectuou. Diversamente, o artigo 316.º em apreço utiliza o verbo *fixar* e não o verbo *realizar*.

O Acórdão da Relação de Lisboa, de 4 de Maio de 1994, publicado na *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XIX, tomo III, p. 243, tendo em vista a “*ratio legis*” do preceito, continuou a defender, face ao CPP actualmente em vigor, que o mencionado prazo de três dias tanto pode referir-se à data da primeira marcação para julgamento, como à data de uma marcação posterior resultante de um adiamento.

- não serem as testemunhas de fora da comarca, salvo se quem as oferecer se prontificar a apresentá-las em audiência.

Os três dias devem ser completos, não se contando nem o dia da comunicação, nem o dia fixado para a audiência.

O regime relativo ao adicionamento ou alteração do rol de testemunhas é aplicável à indicação de peritos e consultores técnicos (artigo 316.º, n.º3).

O regime do adicionamento ou alteração do rol de testemunhas, constante do artigo 342.º do CPPCV, é similar ao do CPP português.

### 2.2.5 – Residentes fora da comarca

Sobre as deprecadas na fase do julgamento regia o artigo 401.º do CPP de 1929.

O artigo 318.º do CPP de 1987 permite que, a título excepcional, seja solicitada ao juiz de outra comarca, por meio adequado de comunicação, a tomada de declarações e a realização de inquirições.

A referida solicitação – imediatamente comunicada ao M.P., bem como aos representantes do arguido, do assistente e das partes civis - opera mediante ordem do presidente, *oficiosamente* ou a *requerimento* de qualquer dos sujeitos processuais.

No caso de ser requerida, o requerente da diligência indica logo, no acto de requerimento, *quais os factos ou circunstâncias sobre os quais devem versar as declarações* (318.º, n.º3).

A solicitação exige a verificação dos seguintes requisitos cumulativos [(artigo 318.º, n.º1, alíneas a), b) e c)]:

- a) residência fora do círculo judicial da pessoa a ouvir;
- b) não haver razões para crer que a sua presença em audiência é essencial à descoberta da verdade;
- c) serem previsíveis graves dificuldades ou inconvenientes, funcionais ou pessoais, na sua deslocação.

A deprecada cumpre-se da seguinte forma:

- com observância das formalidades da audiência (art. 318.º, n.º4);
- a tomada de declarações é realizada em simultâneo com a audiência de julgamento, com recurso a meios de telecomunicação em tempo real (art. 318.º, n.º5);

- não sendo possível o recurso a meios de telecomunicação em tempo real, procede-se à redução a auto das declarações (integralmente ou por súmula, conforme determinação do juiz), tendo em atenção os meios disponíveis de registo e transcrição (art. 318.º, n.º7).

Sobre esta matéria regem os artigos 344.º e 345.º do CPPCV.

### 2.2.6 – Tomada de declarações no domicílio

Referindo-se à impossibilidade de comparência de testemunhas ou declarantes, o artigo 403.º do CPP de 1929 permitia a inquirição ou a prestação de declarações no domicílio.

Nos termos do artigo 319.º do CPP de 1987, pode ser ordenado que se realize fora do tribunal e no lugar em que se encontrarem<sup>21</sup>:

- a) a tomada de declarações a assistente;
- b) a tomada de declarações a parte civil;
- c) a inquirição de testemunha;
- d) a tomada de declarações a perito;
- e) a tomada de declarações a consultor técnico.

Essa ordem tem lugar quando a pessoa a ouvir se encontrar, por fundadas razões, impossibilitada de comparecer na audiência<sup>22</sup>.

A decisão compete ao presidente, podendo resultar da sua iniciativa oficiosa ou de requerimento de qualquer dos sujeitos processuais.

No caso de ser a requerimento, o requerente da diligência indica logo, no acto de requerimento, *quais os factos ou circunstâncias sobre os quais devem versar as declarações* (319.º, n.º2 e 318.º, n.º3).

O CPPCV regula a matéria no respectivo artigo 346.º.

O CPPGB regula a matéria no respectivo artigo 219.º.

---

<sup>21</sup> O artigo 319.º não é aplicável às declarações do arguido – objecto de regulamentação própria.

<sup>22</sup> Luís Osório escreveu (*Comentário ao Código de Processo Penal*, V, p. 25), em anotação ao artigo 403.º do C.P.P. de 1929:

“O artigo aplica-se quando essas pessoas estejam impossibilitadas de comparecer na audiência.

“É preciso uma impossibilidade efectiva e não basta uma simples probabilidade. Assim, não se pode o artigo aplicar com o fundamento de próxima audiência, idade avançada ou moléstia que façam recear o desaparecimento da pessoa a ouvir”.



### 2.2.7 – Realização de actos urgentes

Nos termos do artigo 320.º do CPP de 1987, compete ao presidente proceder, antecipadamente (ou seja, *antes* da audiência), à realização:

- a) dos actos urgentes;
- b) dos actos cuja demora possa acarretar perigo para a aquisição ou a conservação da prova;
- c) dos actos cuja demora possa acarretar perigo para a descoberta da verdade.

O n.º1 do artigo 320.º, exemplificativamente, indica as declarações antecipadas a que se referem os artigos 271.º e 294.º (que não esgotam o âmbito do artigo 320.º).

As declarações para memória futura podem consistir em:

- inquirições de testemunhas;
- tomada de declarações a assistente;
- tomada de declarações a partes civis;
- tomada de declarações a peritos;
- tomada de declarações a consultores técnicos;
- acareações.

A realização desses actos de produção antecipada de prova terá lugar nos seguintes casos:

- a) doença grave da pessoa a ouvir;
- b) deslocação para o estrangeiro da pessoa a ouvir, que previsivelmente a impeça de ser ouvida em julgamento;
- c) casos de vítimas de crimes sexuais<sup>23</sup>.

As declarações para memória futura são ordenadas pelo presidente, oficiosamente ou mediante requerimento de qualquer dos sujeitos processuais (M.P., arguido, assistente, partes civis).

Faz-se a redução a auto das declarações (integralmente ou por súmula, conforme determinação do juiz).

---

<sup>23</sup> Ac. da Relação do Porto, de 18 de Abril de 2001, C.J., Ano XXVI, Tomo V, p. 228 a 230: Entendeu a Relação que, face ao disposto no artigo 271.º, na redacção dada pela Lei n.º 59/98, a inquirição para memória futura é admissível no caso de se tratar de crime sexual, independentemente de ser previsível o impedimento de comparência em julgamento. O que a lei pretende é que as vítimas de crimes que tais não sejam obrigadas a expor-se em audiência e a ter de reviver no futuro acontecimentos que, de ordinário, são profundamente traumatizantes.

É permitida a leitura em audiência dos autos respeitantes a estes actos – artigo 356.º, n.º1, alínea a).

*A Relação do Porto, no seu Acórdão de 4 de Julho de 2001, publicado na C.J., Ano XXVI, Tomo IV, p. 222 e seguintes, entendeu que as declarações para memória futura têm que ser lidas em audiência, sem o que o tribunal não poderá utilizar essas declarações para fundamentar a sua convicção. Se o fizer, serve-se de prova proibida, o que, segundo o mesmo acórdão, produz uma nulidade insanável.*

*No mesmo sentido, pronunciou-se a Relação de Coimbra, em Ac. de 6 de Abril de 2005 (C.J., Ano XXX, Tomo II, p. 44 e segs.).*

O CPPCV regula a matéria nos respectivos artigos 309.º e 348.º.

O CPPGB regula a matéria no respectivo artigo 198.º.

### III – A AUDIÊNCIA

#### 1 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS À AUDIÊNCIA DE JULGAMENTO

Constituem princípios fundamentais que regem a audiência de julgamento, no âmbito do CPP de 1929 e do CPP de 1987, o princípio do contraditório, o princípio da concentração, o princípio da imediação, o princípio da oralidade, o princípio da identidade do juiz e o princípio da publicidade.

##### 1.1 – O princípio do contraditório

O princípio do contraditório traduz-se no dever de o juiz, perante qualquer assunto que tenha que discutir, ouvir as várias razões da acusação e da defesa. Afirma Germano Marques da Silva<sup>24</sup>:

“A essência do contraditório é a dialéctica que se consubstancia no poder que é dado à acusação e à defesa de aduzir as suas razões de facto e de direito, de oferecer as suas provas, de controlar as provas por si oferecidas e de discreter sobre o resultado de umas e outras. Este princípio só se realiza, pois, com a participação activa da acusação e da defesa na produção da prova, o que pressupõe a necessária presença do arguido na audiência.

O princípio do contraditório só se realiza eficazmente quando a acusação e a defesa tenham garantida a possibilidade de: a) conhecer as opiniões, argumentos e conclusões da outra “parte” e manifestar as suas próprias; b) indicar os elementos de facto e de direito que fundamentam as suas conclusões e produzir as provas que as atestam; c) exercer uma actividade propulsiva do processo”.

Estabelecia o artigo 415º do CPP de 1929:

“O juiz ouvirá sempre o Ministério Público e os representantes da parte acusadora sobre os requerimentos dos representantes da defesa e estes sobre o que tenham requerido aqueles”.

---

<sup>24</sup> *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Verbo, III, 2.ª edição, 2000, p 221 e 222.

O artigo 327.º do CPP de 1987 consagra o princípio do contraditório, nos seguintes termos:

- “1. As questões incidentais sobrevindas no decurso da audiência são decididas pelo tribunal, ouvidos os sujeitos processuais que nelas forem interessados.
2. Os meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido oficiosamente produzidos pelo tribunal.”

O princípio do contraditório durante a audiência de julgamento corresponde a uma exigência constitucional (artigo 32.º, n.º5 da Constituição da República), também presente nas Constituições de São Tomé e Príncipe (artigo 40.º, n.º5), Cabo Verde (artigo 34.º, n.º4) e Guiné-Bissau (artigo 42.º, n.º5).

Este princípio impõe que os representantes da acusação e da defesa tenham o direito de solicitar ao juiz que formule perguntas ao arguido (artigo 429.º do CPP de 1929 e artigo 345.º, n.º2, do CPP de 1987), assim como o direito de formular perguntas às testemunhas por si indicadas e indicadas pela parte contrária (artigo 435.º do CPP de 1929 e artigo 348.º, n.º4, do CPP de 1929).

O princípio do contraditório vale também quanto aos meios de prova oficiosamente produzidos pelo tribunal (artigo 340.º, n.º2, do CPP de 1987) e quanto a decisões tomadas por iniciativa do próprio tribunal, como ocorre com a decisão de exclusão ou de restrição de publicidade que é, sempre que possível, precedida de audição contraditória dos sujeitos processuais interessados (artigo 321.º, n.º 2, do CPP de 1987).

Jorge de Figueiredo Dias afirmava que “a *presença* física constante do arguido na audiência de discussão e julgamento é um postulado fundamental dos princípios do contraditório e da audiência; duvidoso é porém saber se estes princípios conduzem só à concessão de um *direito de presença* (...) ou também à imposição do correspondente *dever de comparência*, por forma tal que o seu incumprimento deva paralisar a prossecução processual”<sup>25</sup>. Questionava, pois, a admissibilidade de um verdadeiro processo penal de ausentes.

O CPP de 1929 previa a possibilidade de julgamentos à revelia (artigos 562º e segs.). O CPP de 1987, na sua versão originária, proibia a audiência na ausência do arguido, a não ser em casos muito excepcionais. Após a sua revisão de 1998, o CPP

---

<sup>25</sup> *Direito Processual Penal*, 1.º volume, reimpressão, Coimbra, 1984, p. 162.

passou a prever, no artigo 334.º, julgamentos sem a presença do arguido (que deverá, no entanto, estar sempre para tal notificado) e sem que este preste para o efeito o seu consentimento. Ambos os Códigos prevêem a possibilidade de afastamento do arguido da sala de audiência por falta do respeito devido ao tribunal ou por outros motivos (artigo 413.º do CPP. de 1929; artigos 325.º, n.º 4, e 352.º do CPP de 1987).

## 1.2 – O princípio da concentração

A audiência obedece ao princípio da *concentração temporal*: os actos processuais da audiência devem desenrolar-se com a *máxima proximidade* possível uns dos outros, visando-se a garantia de uma justiça célere e eficaz<sup>26</sup>.

A continuidade da audiência constitui um corolário do princípio da concentração.

Dizia o artigo 414.º, corpo, do CPP de 1929: “A audiência será contínua; o juiz presidente somente a poderá interromper quando for absolutamente necessário”.

Os artigos 421.º e 422.º, do mesmo diploma, relativos à falta de declarantes e de testemunhas, constituíam afloramentos do princípio da concentração.

Por sua vez, estabelece o artigo 328.º, n.1, do CPP de 1987: “A audiência é contínua, decorrendo sem qualquer interrupção ou adiamento até ao seu encerramento”.

Afirma, a este respeito, Germano Marques da Silva:

“São óbvias as razões deste princípio: para além de evitar o arrastamento da fase da audiência por largo período de tempo, pretende-se sobretudo que não haja possibilidade de manipulação da prova, ajustando-a à que entretanto for produzida, e que os juízes possam manter fresco na memória tudo quanto se passa em audiência de julgamento, pois que o seu juízo há-de basear-se apenas nas provas produzidas ou examinadas na audiência. Numa audiência que se arraste com frequentes interrupções e adiamentos é maior o risco de esquecimento do que se passou nas sessões anteriores do que se todas se concentrarem no tempo.”<sup>27</sup>

<sup>26</sup> O princípio da *concentração* significa que todos os termos e actos processuais devem praticar-se tanto quanto possível de forma concentrada no tempo. Quando o artigo 312.º, n.º1, determina a marcação da audiência para a “data mais próxima possível”, trata-se de um afloramento do princípio da concentração. Mas a manifestação mais importante deste princípio verifica-se na *continuidade da audiência*.

<sup>27</sup> *Ob. cit.*, III, p. 222.

Nos n.º 2 e 3 do artigo 328.º do CPP de 1987 indicam-se, como excepções à regra, os casos legalmente possíveis de *interrupção* ou *adiamento* da audiência: Não se fala em *suspensões*, muito embora, no quotidiano dos tribunais, seja utilizada, por vezes, essa terminologia e o artigo 360.º, n.º4, estabeleça uma situação de *suspensão*.

Em sentido técnico-jurídico, uma audiência é *adiada* quando não foi declarada aberta, porquanto não se iniciou ainda a respectiva ordem de trabalhos. Diversamente, a *interrupção* dá-se quando a audiência, já formalmente aberta, sofre uma paralisação para continuar no mesmo dia ou, não sendo isso possível, no dia imediatamente posterior.

No entanto, o artigo 328.º, n.º6, do CPP de 1987, toma o termo “*adiamento*” em sentido amplo, pois reporta-se a situações em que a audiência é adiada já *depois* de declarada aberta e de iniciados os respectivos trabalhos (só é possível *retomar* algo que já se iniciou).

Assim, podemos dizer que, face ao regime processual penal actualmente vigente em Portugal:

- a audiência só pode ser *interrompida* depois de ter sido aberta;
- a *interrupção* paralisa a audiência já aberta a fim de continuar no mesmo dia ou, não sendo possível, no dia imediatamente posterior;
- o *adiamento* não pressupõe a declaração de abertura da audiência: a audiência pode ser *adiada* antes ou depois de iniciada;
- depois de aberta a audiência, só pode ter lugar o seu *adiamento* quando se mostrar insuficiente a simples *interrupção*.

Interrupções admissíveis: só as estritamente necessárias, em especial para alimentação e repouso dos participantes.

A audiência que não puder ser concluída no dia do seu início continuará no dia útil imediatamente posterior<sup>28</sup>.

O procedimento posterior em caso de *interrupção* ou *adiamento* distingue:

- *Interrupção* da audiência ou *adiamento* por período não superior (igual ou inferior) a 8 dias: a audiência retoma-se a partir do último acto processual praticado (art. 328.º, n.º4);

---

<sup>28</sup> São casos de *interrupção* directamente contemplados no CPP de 1987, entre outros: ausência de defensor (art. 67.º, n.º1); substituição de defensor (art. 67.º, n.º2); necessidade de observar o contraditório, por força da junção de documento (art. 165.º, n.º2); realização de perícia sobre o estado psíquico do arguido (art. 351.º, n.º4); preparação de defesa no caso de alteração substancial dos factos da acusação ou da pronúncia (art. 359.º, n.º3).

- *Adiamento* por período superior a 8 dias: a audiência de julgamento retoma-se com a decisão do tribunal, oficiosamente ou a requerimento, sobre se alguns dos actos já realizados devem ser repetidos (artigo 328.º, n.º5).

Segundo o n.º6 do art. 328.º, do CPP de 1987, o adiamento não pode exceder trinta dias. Não sendo retomada a audiência nesse prazo, perde eficácia a produção de prova já realizada. Esta cominação legal constitui um corolário lógico dos princípios da oralidade e imediação das provas.

A jurisprudência tem entendido que estes trinta dias se contam entre cada uma das sessões, e não entre a primeira e a última. O entendimento contrário poderia tornar materialmente impossível a realização de julgamentos mais complexos e necessariamente prolongados. A jurisprudência tem entendido, outrossim, que esta exigência se mantém ainda que a prova pessoal seja documentada (através de depoimentos escritos ou de gravação).

### **1.3 – Os princípios da imediação, da oralidade e da identidade do juiz**

O princípio da imediação traduz-se essencialmente no contacto pessoal entre o juiz e os diversos meios de prova.

Ensina Figueiredo Dias que o princípio da imediação se pode definir como “*a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de modo que aquele possa obter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão*”<sup>29</sup>.

A convicção do tribunal deve basear-se na prova produzida e examinada na audiência (artigo 355.º, n.º 1, do CPP de 1987). Só excepcionalmente se admitem limitações a esta regra (artigos 355º, nº 2, e 356º do mesmo diploma).

A este princípio da imediação está associado o da oralidade que permite o maior contacto entre o julgador e as provas<sup>30</sup>.

Segundo Figueiredo Dias<sup>31</sup>, a aceitação dos princípios da oralidade e da imediação constitui um dos progressos mais efectivos e estáveis na história do direito processual penal. Só estes princípios permitem o indispensável contacto *vivo* e *imediato* com as provas que não é substituível pela leitura de transcrições de depoimentos ou pela audição de uma gravação.

---

<sup>29</sup> *Ob. cit.* p. 232.

<sup>30</sup> Os artigos 466.º, 467.º, 553.º e 559.º, do CPP de 1929, referem-se todos à recepção oral da prova.

<sup>31</sup> *Ob. cit.*, p. 233.

Germano Marques da Silva pronunciou-se no sentido de que o princípio da oralidade, assim como o princípio da publicidade, exigiria que todos os documentos constantes do processo que servem para formar a convicção do tribunal fossem lidos publicamente em audiência<sup>32</sup>. Não tem sido este, porém, o entendimento da jurisprudência que tem defendido que os documentos devem ser examinados em audiência pelos juízes e estar acessíveis para exame das partes durante a mesma, mas não terão de ser necessariamente lidos publicamente. Exemplificam a posição da jurisprudência os acórdãos a seguir sumariados em itálico:

*O exame das provas documentais não exige, por forma alguma, a necessidade da sua leitura na audiência, já que o exame é feito em sede de deliberação pelo tribunal - Ac. do STJ de 10/11/93, Colectânea de Jurisprudência, Acs. do STJ, Ano I, tomo III, 233 e seguintes.*

*Não é exigível que se proceda à leitura, em julgamento, da prova documental; e, no caso de o tribunal dela se socorrer, não é necessário que tal fique a constar da acta - Ac. do STJ de 24/02/93, Colectânea de Jurisprudência, Acs. do STJ, Ano I, Tomo I, 209.*

*Não são inconstitucionais os normativos do artigo 355.º do C.P.P., interpretados no sentido de que os documentos juntos aos autos não são de leitura obrigatória na audiência de julgamento, considerando-se nesta produzidos e examinados, desde que se trate de caso em que a leitura não seja proibida – Ac. do T. Constitucional. nº 87/99, de 10 de Fevereiro, D.R., II. Série, de 1/07/99.*

Dos princípios da imediação e da oralidade resulta a necessidade de os juízes que participam na audiência serem os mesmos do princípio ao fim e também serem eles que decidem dos factos considerados provados e não provados (princípio da identidade do juiz).

#### **1.4 – O princípio da publicidade**

No que toca ao princípio da publicidade, o artigo 206.º, da Constituição da República Portuguesa, preceitua: “As audiências dos tribunais são públicas, salvo quando o próprio tribunal decidir o contrário, em despacho fundamentado, para salvaguarda da dignidade das pessoas e da moral pública ou para garantir o seu normal funcionamento”.

Encontramos o mesmo princípio fundamental nas Constituições dos PALOP.

---

<sup>32</sup> *Ob. cit.*, III, pp. 252 a 254.



O princípio da publicidade implica que à audiência possa assistir qualquer cidadão e que sejam admissíveis relatos públicos da mesma.

Este princípio estava consagrado no corpo do artigo 407.º do CPP de 1929, nos seguintes termos: “A audiência de julgamento é pública, salvo se o tribunal entender que a publicidade pode ofender a moral, o interesse ou a ordem pública, porque nestes casos declarará a audiência secreta”.

Como excepção ao princípio, a audiência de julgamento no processo especial por difamação calúnia e injúria decorria, nos termos do artigo 593.º do CPP de 1929, sem publicidade.

Presentemente, o princípio da publicidade consta do artigo 321.º do CPP de 1987, que define como nulidade insanável a exclusão de publicidade fora dos casos legalmente previstos.

Nos termos do artigo 87.º, n.º6, do CPP de 1987, o juiz pode proibir a assistência de menor de 18 anos ou de pessoa que, pelo seu comportamento, ponha em causa a dignidade ou disciplina da audiência, *sem que isso signifique juridicamente restrição ou exclusão da publicidade*<sup>33</sup>.

O juiz pode decidir, por despacho (*oficiosamente ou a requerimento do M.P., do arguido ou do assistente*), a restrição ou exclusão da publicidade<sup>34</sup>. Tal decisão deve fundar-se na ocorrência de factos ou circunstâncias concretas que façam presumir que a publicidade causaria grave dano à dignidade das pessoas, à moral pública ou ao normal decurso da audiência (artigo 87.º, n.º2).

A decisão de exclusão ou de restrição de publicidade é precedida (sempre que possível) de audição contraditória dos sujeitos processuais interessados (*princípio do contraditório* – 321.º, n.º3).

Em regra, as audiências de julgamento são *públicas*. No entanto, em caso de processo por crime sexual que tenha por ofendido um menor de dezasseis anos, a regra é a da *exclusão* da publicidade (artigo 87.º, n.º3).

---

<sup>33</sup> Exemplos apresentados por Costa Pimenta (*Código de Processo Penal anotado*, edição de 1987, p. 384): “Põe em causa a *dignidade* do acto, por exemplo, quem se apresentar sujo, esfarrapado, desabotoado, de cabeça coberta, etc. Atenta contra a sua *disciplina* quem estiver de pé, exprimir aprovação ou reprovação, não se mantiver calado, etc. Feitas bem as contas, pode ser ordenada a proibição de assistência relativamente a qualquer pessoa que não estiver em condições de cumprir, ou não cumpra, os deveres estabelecidos pelo artigo 324.º”.

<sup>34</sup> A “restrição” consiste numa mera *redução* ou *limitação* da livre assistência – e não na sua exclusão, pura e simples.

A exclusão da publicidade não abrange, em caso algum, a leitura da sentença – que será sempre pública (§3.º do artigo 407.º do CPP de 1929 e artigo 87.º, n.º5, do CPP de 1987).

No que toca aos meios de comunicação social<sup>35</sup>, o CPP de 1987 não autoriza, sob pena de desobediência simples, a transmissão ou registo de imagens ou de tomadas de som da audiência, salvo se o presidente do tribunal o autorizar por despacho; não pode, porém, ser autorizada a transmissão ou registo de imagens ou tomada de som relativas a pessoa que a tal se opuser – (artigo 88.º, n.º1, alínea b).

Face ao artigo 88.º, n.º2, alínea c), do CPP de 1987, não é autorizada (proibição absoluta) a publicação, por qualquer meio, da identidade de vítimas de crimes sexuais, contra a honra ou contra a reserva da vida privada, antes da audiência ou mesmo depois, se a pessoa ofendida for menor de 16 anos.

*Ac. da R. de Coimbra, de 28/05/97, C.J., Ano XXII, Tomo III, p. 49 – A acta da audiência de julgamento constitui prova plena e insubstituível do que se passou na audiência de julgamento. A não transcrição na acta de audiência de julgamento do despacho que decretou que se realizasse com exclusão de publicidade – “à porta fechada” – constitui nulidade insanável, prevista no art. 321.º, n.º1, que acarreta a nulidade da própria audiência e de todos os actos dela dependentes.*

---

<sup>35</sup> Na jurisprudência estrangeira, designadamente do Tribunal Constitucional Espanhol, menciona-se a existência de um direito preferencial dos jornalistas a assistir às audiências de julgamento. A Constituição da República Portuguesa, que a todos garante o direito de exprimir e divulgar livremente o seu pensamento pela palavra, pela imagem ou por qualquer outro meio, bem como o direito de informar, de se informar e de ser informado, sem impedimento nem discriminação, tutela e garante a liberdade de imprensa (artigos 37.º e 38.º da Constituição da República; artigos 1.º, 2.º e 3.º da Lei de Imprensa – Lei nº 2/99, de 13 de Janeiro). No mundo dos nossos dias, a imprensa e os meios audiovisuais de comunicação social (não esquecendo, também, a *Internet*) constituem um complemento da publicidade. Se é óbvio que nem todos os cidadãos, interessados na administração da justiça penal, podem assistir às audiências de julgamento, não é menos certo que uma informação completa, verídica e profissional serve para reforçar as funções de fiscalização e de compreensão que são próprias da publicidade. Como decorrência da consagração constitucional do direito-dever de informar dos jornalistas, entendo que a estes profissionais deverá ser assegurado o acesso às salas de audiência, justificando-se, se necessário, a reserva de lugares destinados aos órgãos da comunicação social, em condições equitativas, nas situações em que não haja, ou previsivelmente não venham a haver, lugares livres e disponíveis nas salas. Trata-se de uma importante dimensão da *publicidade* que não podemos ignorar.

O *Princípio 13* constante do Anexo à Recomendação n.º Rec (2003) 13 do Comité de Ministros dos Estados-membros do Conselho da Europa, sobre a difusão pelos meios de comunicação social de informações relativas a processos penais, estabelece que as autoridades competentes devem, a menos que tal não seja manifestamente exequível, reservar aos jornalistas, nas salas de audiência, um número suficiente de lugares em relação aos pedidos, *sem excluir a presença do público enquanto tal*.

## 2 – PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS RELATIVOS À PROVA

### 2.1 – O princípio da investigação ou da “verdade material”

O princípio da investigação, inquisitório ou da “verdade material” contrapõe-se ao princípio dispositivo.

Este último princípio parte da visão do processo como algo que se situa no âmbito da disponibilidade das partes. Sendo objecto do processo uma relação jurídica material disponível, às partes pertence o direito de disporem desse objecto, quer pondo fim ao processo através da desistência da instância, quer determinando o próprio conteúdo da sentença de mérito através do pedido, da confissão, da desistência do pedido e da transacção. Neste quadro, a intervenção do juiz caracteriza-se pela distância e passividade. Por isso, o juiz só poderá ter em conta os factos alegados pelas partes e as provas por elas produzidas: às partes – e só a elas – compete a adução do material de facto que há-de servir de base à decisão<sup>36</sup>.

Pelo contrário, segundo Figueiredo Dias, o princípio da investigação ou da “verdade material” caracteriza-se pelas seguintes notas fundamentais<sup>37</sup>:

- a) A adução e esclarecimento do material de facto não pertence exclusivamente às partes, mas em último termo ao juiz, competindo ao tribunal investigar, independentemente das contribuições dadas pelas partes, o facto submetido a julgamento.
- b) Dado o dever de investigação judicial autónoma da verdade, não impende nunca sobre as *partes*, em processo penal, qualquer ónus de afirmar, contradizer e impugnar.
- c) A indisponibilidade do objecto processual penal conduz à impossibilidade da desistência da acusação pública, de acordos eficazes entre a acusação e a defesa e de limitações postas ao tribunal na apreciação do caso submetido a julgamento.

Figueiredo Dias apresenta este exemplo de aplicação do princípio<sup>38</sup>:

“A, acusado de um crime de homicídio doloso, defende-se alegando provocação da vítima, ou mesmo só oferecendo o merecimento dos autos, ou nem se defende mas antes confessa o crime e a culpa. Nem por isso o tribunal

<sup>36</sup> Veja-se Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pp. 187 e seguintes.

<sup>37</sup> *Ob. cit.*, p. 192.

<sup>38</sup> *Ob. cit.*, p. 193.

fica impedido ou absolvido de investigar se, em vez ou para além da provocação, ou da defesa formal do arguido, ou da própria confissão, este não terá actuado, v.g. em estado de legítima defesa, justificativo do facto. Não, evidentemente, que a propósito de qualquer crime, o tribunal tenha de indagar, autónoma e exaustivamente, da inexistência de causas justificativas; mas tem que o fazer, não só quando tal lhe seja alegado, mas sempre que surja a mínima suspeita da possível existência de uma qualquer daquelas causas.”

Consagrando o princípio da investigação, estabelecia o artigo 9.º do CPP de 1929: “O Ministério Público poderá requerer e o juiz poderá officiosamente ordenar quaisquer diligências que se julguem indispensáveis para o descobrimento da verdade, mesmo quando a acção penal depender de acusação particular...”.

O artigo 340.º, n.º 1, do CPP de 1987, dispõe: “O tribunal ordena, officiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade.”

Como refere o Supremo Tribunal de Justiça (Ac. de 4 de Dezembro de 1996, *B.M.J.*, 462, 286), o tribunal tem o poder-dever de investigar o facto sujeito a julgamento e construir por si mesmo os suportes da decisão, independentemente das contribuições dadas para tal efeito pelas partes em litígio.

*Ac. do STJ, de 25 de Março de 1998, C.J., Acs. STJ, Ano VI, Tomo I, p. 238 e segs. – O princípio da investigação officiosa no processo penal e conferido ao tribunal pelos arts. 323.º, al. a) e 340.º, n.º1, tem os seus limites previstos na lei e está condicionado pelo princípio da necessidade, dado que só os meios de prova cujo conhecimento se afigure necessário para habilitarem o julgador a uma decisão justa, devem ser produzidos, na fase do julgamento, por determinação do tribunal ou a requerimento dos sujeitos processuais.*

Concordo inteiramente com Pedro Vaz Patto, quando aconselha, a propósito da aplicação do artigo 340.º, n.º1, que a iniciativa do juiz se caracterize pela *supletividade*, isto é, “que o juiz não se substitua às partes, não antecipe iniciativas que elas próprias poderão tomar, e actue apenas “em última instância”. É que este tipo de actuação supletiva, e não excessivamente interventora, também contribui para reforçar uma *imagem* de imparcialidade que não pode ser descurada (não basta *ser*, é preciso também *parecer*). Pode ver-se (correcta ou incorrectamente) num juiz que se substitui ao Ministério Público, por exemplo, um pré-juízo contra o arguido, ou um afã condenatório pouco consentâneo com a imparcialidade”<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Manual de apoio ao curso M3.

## 2.2 – O princípio da livre apreciação da prova

O artigo 127.º do CPP de 1987 consagra a regra da livre apreciação da prova em processo penal ao dispor: “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

O artigo 177.º do CPPCV consagra o mesmo princípio, em termos muito similares. O artigo 117.º, n.º1, do CPPGB estabelece: “A prova em processo penal é apreciada segundo a livre convicção da entidade competente que se formará a partir das regras da experiência e dos critérios da lógica”

O sistema da livre convicção, também designado por sistema da *íntima convicção* e de *prova moral*, contrapõe-se ao sistema das provas legais ou tarifadas, vigente até à Revolução Francesa, caracterizado, no essencial, por ser a lei a determinar critérios pré-fixados de hierarquização do valor dos diversos meios de prova, a que o julgador não podia eximir-se. Tal sistema consagrava uma “aritmética” das provas que estava bem presente no espírito de Cesare Beccaria ao escrever: “(...) as *quasi-provas*, as *semi-provas* (como se um homem pudesse ser *semi-inocente* ou *semi-réu*, isto é, *semi-punível* ou *semi-absolvível*), em que a tortura exerce o seu cruel império na pessoa do acusado, nas testemunhas, e até em toda a família de um infeliz, tal como com iníqua frieza ensinam alguns doutores que se apresentam aos juízes como norma e como leis”<sup>40</sup>.

No sistema da livre convicção, o julgador não está sujeito a uma “contabilidade das provas”. Mas a sua liberdade, no sentido que aqui importa, é a liberdade para a objectividade – uma objectividade que se comunique e imponha aos outros, pelo que a convicção livremente formada “só será válida se for fundamentada, já que de outro modo não poderá ser objectiva”<sup>41</sup>.

Ensina Figueiredo Dias que a livre convicção não pode confundir-se com uma convicção puramente subjectiva, emocional e, portanto, imotivável. Na verdade, se “a verdade que se procura é (...) uma verdade *prático-jurídica* e se, por outro lado, uma das funções primaciais de toda a sentença (máxime da penal) é a de *convencer* os interessados do bom fundamento da decisão, a decisão do juiz há-de ser, é certo, uma convicção *pessoal* – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (*v. g.* a credibilidade que se concede a um certo

<sup>40</sup> *Dos delitos e das penas*, tradução de José Faria e Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 132.

<sup>41</sup> Veja-se Castanheira Neves, *Sumários de Processo Criminal*, 1967-1968, p. 50.

meio de prova) e mesmo puramente emocionais – mas, em todo o caso, também ela uma convicção *objectivável* e *motivável*, portanto capaz de impor-se aos outros.”<sup>42</sup>

A consciência desta *liberdade* e da correlativa *responsabilidade* deve estar presente no espírito do julgador, minimamente consciente da densidade das questões (epistemológicas e outras) que se colocam a propósito da prova e da sua valoração, sendo certo que é na tarefa de reconstituição dos factos que integram o *tema da prova* que o juiz é mais dificilmente controlável e mais facilmente arbitrário.

Sabemos que o processo de conhecimento (em geral) e de reconstituição dos factos pelo juiz é, necessariamente, mediado pela linguagem e que esta mediação discursiva é sempre um processo que implica e compromete o julgador, envolvendo as suas pré-compreensões e cargas subjectivas, como é inerente a qualquer actividade interpretativa.

Impõe-se, por conseguinte, que o julgador adquira o mais elevado nível de autoconsciência que lhe seja possível relativamente a todos os factores que possam condicionar a sua actividade.

Só a autoconsciência dos nossos condicionamentos, das nossas debilidades e limitações e das diversas peculiaridades que caracterizam a actividade jurisdicional poderá habilitar o julgador a ser *livre* (racional, crítico, informado, responsável) na formação da sua convicção.

As responsabilidades do julgador, no que toca à produção e valoração da prova, começam pelo conhecimento detalhado da disciplina legal que rege a matéria, orientada pela ideia de que a *verdade* não pode ser obtida por qualquer meio, sob pena de se traduzir numa negação da própria Justiça. Por isso, a convicção do julgador tem sempre de assentar em provas, mas somente nas *validamente obtidas*.

A *livre convicção* não legitima, por conseguinte, o arbítrio dos juízes, mas antes impõe um elevado sentido de responsabilidade e auto-exigência.

A *verdade processual* não é absoluta ou ontológica, mas uma “*verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a todo o preço mas processualmente válida*” (Figueiredo Dias, *ob. cit.*, p. 194). A *verdade*, obtida pelos métodos e meios legítimos, há-de ser uma “*verdade histórico-prática*”, em que a sua modalidade “não

---

<sup>42</sup> *Ob. cit.*, pp. 203 a 205.

é a de um juízo teórico, mas a daquela vivência de certeza em que na existência, na vida, se afirma a realidade das situações, como tudo o que nestas de material e de espiritual participa”<sup>43</sup>.

Mas não basta conhecer a lei. Num tempo em que tanto se invoca a multidisciplinaridade, o apelo, por exemplo, em sede de valoração da prova, aos ensinamentos da *psicologia judiciária* (quer para a valoração de um testemunho no quadro das suas diversas condicionantes, quer para a compreensão do processo psicológico que conduz à decisão judicial) é, certamente, decisivo para o exercício da actividade jurisdicional. A prova testemunhal, que somente nos revela uma *verdade* relativa e fragmentária, requer uma apreciação que não poderá ser “matemática”, mas antes crítica e argumentativa, de forma conjunta com os demais meios de prova. Esta tarefa é tanto mais delicada e exigente quanto é certo que a valoração dos testemunhos, fundando-se no conhecimento das reacções humanas e na análise de comportamentos, depende, de forma marcante, da oralidade e da relação de proximidade comunicante em que se traduz a imediação, ou seja, de elementos não inteiramente objectiváveis e, por isso, dificilmente sindicáveis pelo tribunal de recurso. A identificação de alguns critérios de racionalidade que orientem a difícil tarefa de valoração da prova testemunhal (em que se colocam questões de *verosimilhança* e de *credibilidade* das pessoas inquiridas) – para que possa ser minimamente objectivada - exige uma especial atenção aos contributos da psicologia, sobretudo no domínio particularmente delicado da apreciação dos testemunhos produzidos por crianças. Estas notas singelas mais não visam do que enfatizar a importância decisiva da actividade de valoração da prova e fixação da matéria provada<sup>44</sup>.

No âmbito do CPP de 1929, Figueiredo Dias<sup>45</sup> entendia que a obrigação de fundamentação das decisões do tribunal em matéria de facto decorria do artigo 653.º, n.º 2, do Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente *ex vi* do artigo 1.º, § único daquele diploma. A jurisprudência não seguia, porém, este entendimento, invocando o disposto nos artigos 469.º e 471.º do mesmo CPP, que afastavam a possibilidade de formulação de votos de vencido e consagravam o segredo da deliberação e votação do tribunal.

No CPP de 1987, a exigência de fundamentação das decisões em matéria de facto decorre do respectivo artigo 374.º, n.º 2, que impõe a inclusão na fundamentação

<sup>43</sup> Castanheira Neves, *ob. cit.*, pp. 48 e 49.

<sup>44</sup> Retirei o essencial das notas sobre o princípio da livre apreciação da prova do meu caderno intitulado *Do Julgamento*, escrito para servir como elemento de apoio do estudo dos auditores de justiça do Centro de Estudos Judiciários.

<sup>45</sup> *Ob. cit.*, p. 206.

da sentença “de uma exposição, tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal”. Voltarei à questão a propósito da sentença.

Se o princípio da livre apreciação da prova constitui a regra, importa não esquecer as suas excepções, pois o mencionado artigo 127.º ressalva as situações em que “a lei dispuser diferentemente”.

Como excepções ao princípio em questão, podemos referir, no CPP de 1929, o disposto no artigo 468.º, § único: os factos constantes de documentos autênticos ou autenticados consideram-se provados. E também o disposto no artigo 169º.: os autos de notícia farão fé em juízo até prova em contrário.

Relativamente à prova pericial, Figueiredo Dias, ainda no âmbito do CPP de 1929, pronunciava-se contra a ideia da absoluta liberdade da sua apreciação pelo juiz. Segundo este autor, a prova pericial não estaria sujeita a livre apreciação do juiz nos mesmos termos de qualquer outra prova. Se os dados de facto que servem de base ao parecer dos peritos estariam sujeitos a livre apreciação do juiz, já o juízo científico ou o parecer propriamente dito só seria susceptível de uma crítica igualmente material e científica, salvo casos inequívocos de erro, em relação aos quais o juiz teria de motivar a sua divergência<sup>46</sup>.

Face ao CPP de 1987, a regra da livre apreciação da prova tem algumas excepções, designadamente as respeitantes:

- 1) ao valor probatório dos documentos autênticos e autenticados – artigo 169.º;
- 2) à prova pericial – artigo 167.º;
- 3) à confissão integral e sem reservas no julgamento – artigo 344.º;
- 4) ao caso julgado, que apenas se encontra regulado quanto ao pedido civil, no artigo 84.º.

No que concerne à prova pericial, estabelece o artigo 163.º:

- “1. O juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.
- “2. Sempre que a convicção do julgador divergir do juízo contido no parecer dos peritos, deve aquele fundamentar a divergência”.

---

<sup>46</sup> *Ob. cit.*, pp. 208 e 209.



Afirma Germano Marques da Silva<sup>47</sup>: “A presunção que o art. 163.º, n.º1, consagra não é uma verdadeira presunção, no sentido de *ilação*, o que a lei tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido; o que a lei verdadeiramente dispõe é que salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador. Não é necessária uma contraprova, basta a valoração diversa dos argumentos invocados pelos peritos e que são fundamento do juízo pericial”.

E acrescenta: “Compreende-se que assim seja. Com efeito, se a lei prevê a intervenção de pessoas dotadas de conhecimentos especiais para valoração da prova, seria de todo incompreensível que depois admitisse que o pressuposto da prova pericial não tivesse qualquer relevância, mas já é razoável que o juízo técnico, científico ou artístico possa ser apreciado na base de argumentos da mesma natureza”.

Na aplicação do artigo 163.º será sempre necessário delimitar o âmbito do juízo técnico, científico ou artístico, pois as afirmações dos peritos que excedam o âmbito da perícia não se presumem subtraídas à livre apreciação do julgador.

### 2.3 - O princípio *in dubio pro reo*

De acordo com o princípio da investigação, cabe ao juiz o dever de oficiosamente instruir e esclarecer os factos sujeitos a julgamento. Não existe, pois, qualquer ónus de prova que recaia sobre a acusador ou o arguido.

O princípio condensado na fórmula latina *in dubio* impõe que, em caso de dúvida na valoração da prova, a decisão seja *pro reo*.

Ensina, sobre esta matéria, Figueiredo Dias:

“À luz do princípio da investigação bem se compreende, efectivamente, que todos os factos relevantes para a decisão (quer respeitem ao facto criminoso, quer à pena) que, apesar de toda a prova recolhida, não possam ser subtraídos à “dúvida razoável” do tribunal, também não possam considerar-se como provados. E se, por outro lado, aquele mesmo princípio obriga em último termo o tribunal a reunir as provas necessárias à decisão, logo se compreende que a falta delas não possa, de modo algum, *desfavorecer* a posição do arguido: um *non liquet* na questão da prova – não permitindo nunca ao juiz, como se

<sup>47</sup> *Ob. cit.*, II volume, 2.ª edição, 1999, pp. 178 e 179.

sabe, que omite a decisão (...) – *tem de ser sempre valorado a favor do arguido*. É com este sentido e conteúdo que se afirma o *princípio in dubio pro reo*<sup>48</sup>.

A dúvida que fundamenta o apelo ao princípio terá de ser *insanável, razoável e objectivável*.

Em primeiro lugar, a dúvida deverá ser *insanável*, pressupondo, por conseguinte, que houve todo o empenho e diligência no esclarecimento dos factos, sem que tenha sido possível ultrapassar o estado de incerteza.

Deverá ser *razoável*, ou seja, impõe-se que se trate de uma dúvida séria, argumentada e racional. A dúvida que é gerada, unicamente, pela preguiça ou pelo medo de decidir, não é uma verdadeira dúvida.

Finalmente, a dúvida deverá ser *objectivável*, ou seja, é necessário que possa ser justificada perante terceiros, o que exclui dúvidas arbitrárias ou fundadas em meras conjecturas e suposições.

Como opera, na prática, o mencionado princípio *in dubio*, enquanto princípio respeitante à apreciação das provas?

Relativamente aos factos *desfavoráveis* ao arguido, a dúvida insanável conduzirá a que se dêem como não provados.

E quando a dúvida incida sobre factos *favoráveis*?

Defende Frederico Isasca: “(...) quando o juiz, quando o tribunal tem uma dúvida e essa dúvida se diz insanável, inultrapassável, porque qualquer homem médio na situação daquele juiz também teria dúvidas quanto a certos factos, ele deve decidir no sentido de dar como provado o facto que beneficia o arguido (...) quando o juiz tem dúvida em dar ou não como provado um determinado facto, como por exemplo se o arguido estava ou não a determinada hora em certo local, há testemunhas que dizem que a essa hora ele estava no café e outras dizem que estava em casa, se o juiz tem dúvidas quanto a esses factos, o juiz deverá dar como provado que o arguido efectivamente não estava em casa ou que estava no café e daí derivaria eventualmente uma absolvição”<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup> *Ob. cit.*, p. 213.

<sup>49</sup> *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Teresa Beleza com a colaboração de Frederico Isasca e Rui Sá Gomes, AAFDL, 1992, p. 86.

No mesmo sentido, pronuncia-se a Dra. Cristina Líbano Monteiro, referindo, a propósito:

“O universo fáctico – de acordo com o *pro reo* – passa a compor-se de dois hemisférios que receberão tratamento distinto no momento da emissão do juízo: o dos factos favoráveis ao arguido e o dos que lhe são desfavoráveis. Diz o princípio que os primeiros devem dar-se como provados, desde que certos ou duvidosos, ao passo que para a prova dos segundos se exige certeza”<sup>50</sup>.

Ambos os autores entendem, por conseguinte, que os factos incertos favoráveis ao arguido devem ser dados como provados. Na motivação da decisão de facto será invocado o *in dubio*.

Diversamente, há quem defenda que o tribunal deverá dar como não provado o facto duvidoso favorável ao arguido, mas para que do texto da sentença ou do acórdão resulte a existência da dúvida será necessário, quando estejam em causa factos impeditivos (uma causa de justificação ou de exclusão da culpa), que o tribunal considere como não provado que tal facto não tenha ocorrido. Será da conjugação destes dois factos não provados que irá emergir com clareza a existência de uma dúvida que deverá necessariamente aproveitar ao arguido.

Assinalo que o entendimento indicado em último lugar pressupõe a valorização de duas respostas negativas, em sede de matéria de facto, uma delas necessariamente uma resposta negativa a uma pergunta negativa (por exemplo: não se provam, por um lado, os factos que integrariam a legítima defesa e, por outro, não se prova que não se tenham verificado tais factos). Ora, o STJ, no seu Ac. de 12 de Junho de 1997, publicado na *C.J.*, Acs. do STJ, Ano V, Tomo II, p. 235 e seguinte, considerou ser inadmissível, em processo penal, o sistema das respostas negativas a perguntas negativas. Por outro lado, se entendermos o princípio *in dubio* como um critério pragmático de resolução do estado de incerteza quanto aos factos, estreitamente ligado à presunção de inocência, e que permite ao tribunal ficcionar como verdadeiro o facto duvidoso que aproveita ao arguido e decidir como se esse facto estivesse efectivamente provado, julgo que não será de recusar a solução apontada por Frederico Isasca e Líbano Monteiro, vertendo-se na motivação da decisão da matéria de facto a invocação do mencionado princípio como critério de decisão quanto aos factos duvidosos. É esta a solução preconizada em diversa jurisprudência, designadamente do STJ.

<sup>50</sup> *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, Coimbra Editora, 1997, p. 53.

O princípio *in dubio* aplica-se a questões relacionadas com a prova da matéria de facto, não às questões jurídicas. Em caso de dúvida sobre o conteúdo e alcance de uma norma, a questão deverá ser resolvida com o recurso às regras da interpretação das normas jurídicas, entre as quais o princípio *in dubio* não se inclui.

O princípio vale quanto aos elementos constitutivos do crime, quanto a circunstâncias qualificativas ou privilegiadoras, quanto a causas de justificação e de exclusão da culpa, quanto a circunstâncias atenuantes ou atenuantes de ordem geral e quanto a quaisquer outros factos cuja fixação seja condição indispensável de uma decisão susceptível de desfavorecer o arguido.

## IV – A ALTERAÇÃO DO OBJECTO DO PROCESSO

### 1 – ENUNCIÇÃO DA QUESTÃO

Pode acontecer que, no decurso do julgamento, os factos se apresentem ao juiz com uma configuração distinta da descrição vertida na acusação (ou na pronúncia, tendo havido instrução).

- 1) *Da acusação / pronúncia consta a prática de uma agressão no interior de uma habitação. Prova-se, em julgamento, que a agressão aconteceu no exterior, mantendo-se inalterados os restantes elementos.*
- 2) *Da acusação / pronúncia consta que o arguido cometeu um homicídio, num determinado dia, às 14 horas. Prova-se, em julgamento, que o crime foi efectivamente cometido pelo arguido, mas às 15 horas.*
- 3) *Da acusação / pronúncia consta que o arguido, num determinado dia, se apropriou de um relógio que não lhe pertencia, sendo-lhe imputado um crime de furto. Prova-se, em julgamento, que o arguido se apropriou desse relógio, mas constringendo a vítima por meio de violência.*
- 4) *Da acusação / pronúncia consta que o arguido, num determinado circunstancialismo aí descrito, cometeu um crime de violação. Do decurso da prova realizada em audiência de julgamento resulta que o arguido foi também o autor de uma outra violação ocorrida um mês antes, em circunstâncias análogas.*

Questiona-se, nesses casos, até onde ainda nos situamos dentro do objecto do processo e a partir de onde estaremos já perante uma alteração desse objecto.

De acordo com o *princípio acusatório*, a entidade que investiga e acusa não pode ser a mesma que julga. A acusação deduzida define e fixa o objecto do processo, exigindo-se uma necessária correlação entre a acusação e a decisão. Essa correlação traduz-se na exigência de que, definido o objecto do processo, o tribunal não possa, como regra, atender a factos que não foram objecto da acusação, estando, por conseguinte, limitada a sua actividade cognitiva e decisória, o que constitui a chamada *vinculação temática do tribunal*. Depois de fixado na acusação, o objecto do processo deve manter-se o mesmo até ao trânsito em julgado da sentença – é o chamado princípio da *identidade*.

A observância destes princípios constitui uma exigência da salvaguarda de um efectivo direito de defesa do arguido. Compreende-se que, se ao tribunal fosse

permitido modificar o objecto do processo e conhecer para além dele, o arguido poderia ser confrontado com novos factos e novas incriminações que não tomara em conta aquando da preparação da sua defesa, não sendo de exigir ao arguido – que se presume inocente – que antecipe e preveja todas as imputações possíveis, independentemente da concreta acusação que contra si foi deduzida.

No entanto, como refere Germano Marques da Silva, “por razões de economia processual, mas também no próprio interesse da paz do arguido, a lei admite geralmente que o tribunal atenda a factos ou circunstâncias que não foram objecto da acusação, desde que daí não resulte insuportavelmente afectada a defesa, enquanto o núcleo essencial da acusação se mantém o mesmo”.<sup>51</sup>

Assim, o princípio do acusatório, tendo como corolários a *vinculação temática* e o princípio da identidade do objecto do processo, determina a limitação dos poderes de cognição do tribunal.

No entanto, o processo penal não é um processo acusatório puro e o legislador não deixou o juiz na completa dependência dos sujeitos processuais relativamente ao esclarecimento dos factos. Ao processo penal “estão subjacentes preocupações de justiça que impõem uma mais completa indagação da verdade permitindo que a versão dos factos construída no processo e a realidade se aproximem”<sup>52</sup>.

Como decorrência do princípio da investigação ou verdade material, é costume referir-se o princípio da unidade ou indivisibilidade do objecto do processo, que se consubstancia no dever de o tribunal conhecer e julgar o objecto que lhe foi proposto na sua totalidade, isto é, unitária e indivisivelmente. O conhecimento esgotante da actividade criminosa do arguido que esteja compreendida no objecto interessa à economia processual e garante ao acusado a paz jurídica, já que o correlato princípio da consumpção determina que o objecto do processo se deva considerar irrepetivelmente decidido, ainda que não tenha sido conhecido e julgado na sua totalidade. Como diz Souto de Moura, “se o acusatório, em homenagem à defesa, segrega a identidade do objecto, o princípio de investigação ou verdade material (...) com propósitos de economia, celeridade e justiça material, justifica a indivisibilidade do objecto do processo”<sup>53</sup>.

Importa, pois, considerar os princípios do caso julgado, da consumpção e *ne bis in idem*, por força dos quais o não exercício dos poderes de cognição e convalidação

---

<sup>51</sup> *Ob. cit.*, p. 273.

<sup>52</sup> António Leones Dantas, “A definição e evolução do objecto do processo no processo penal”, *Revista do Ministério Público*, Ano 16.º, N.º 63, p. 96.

<sup>53</sup> “Notas sobre o objecto do processo”, *Revista do Ministério Público*, Ano 12.º, N.º48, p. 48.

num determinado processo, desde que nos situemos no âmbito do seu objecto, impede, por efeito do caso julgado, que no futuro se possa considerar os factos em questão noutra processo.

Todas estas considerações apontam para necessidade de ser encontrado um ponto de equilíbrio que resolva a tensão entre princípios aparentemente em litígio, remetendo-nos para a magna questão da definição do *objecto do processo* e das condições em que a conformação dos factos constantes da acusação pode ser alterada.

## 2 – O OBJECTO DO PROCESSO

A doutrina a respeito do objecto do processo tem oscilado entre os que adoptam uma noção naturalística desse objecto como acontecimento histórico, despido de toda e qualquer qualificação jurídica, e os que partem de uma concepção normativista desse objecto, definido segundo critérios próprios do direito substantivo.

Finalmente, há quem conjugue os dois critérios, tomando como ponto de partida o acontecimento histórico, mas recorrendo, na delimitação do objecto, não apenas a critérios naturalísticos, mas a critérios jurídico-normativos ou a critérios não estritamente jurídicos, mas de valoração social.

Para a teoria naturalística pura, o limite da cognição do juiz é o acontecimento histórico, independente de qualquer classificação jurídica que lhe tivesse sido dada. O juiz pode e deve, desde que se mantenha dentro de tal facto naturalístico, procurar subsumi-lo a todas as possíveis normas jurídico-criminais, mesmo que não indicadas na acusação ou na pronúncia. Mais, ainda: o juiz deve estender a sua actividade cognitiva a quaisquer outros factos materiais que, embora não constantes da acusação ou da pronúncia, formem com o facto concreto acusado uma unidade naturalística, um acontecimento unitário<sup>54</sup>. Coloca-se a questão da identificação dos critérios de conexão que permitirão afirmar a existência da unidade naturalística. Nesta concepção, outros factos que estejam com os acusados numa relação de concurso ideal pertencerão ao objecto do processo.

Partindo de uma concepção naturalística do facto, Cavaleiro de Ferreira delimita o conceito de objecto do processo por uma referência normativa: objecto do processo é “o facto na sua existência histórica, que importa averiguar no decurso do processo, e cuja verificação é pressuposto da aplicação da pena”<sup>55</sup>.

Para Eduardo Correia, a identidade do objecto não deve ser estabelecida no plano naturalístico, mas antes no plano jurídico-normativo. Afirma o autor: “(...) fulcro

<sup>54</sup> Eduardo Correia, *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*, Almedina, reimpressão de 1983, p. 319.

<sup>55</sup> *Ob. cit.*, I volume, p. 33.

da unidade do objecto processual há-de ser sempre a *concreta e hipotética violação jurídico-criminal* acusada. Só ela – em princípio – limita, por força do princípio acusatório, a actividade cognitiva do tribunal, que deve, como se disse, exercer-se esgotantemente e, portanto, alargar-se não só ao facto que no despacho de pronúncia ou equivalente se descreve, mas a tudo que com ele constitua uma unidade jurídica, a mesma infracção”.<sup>56</sup> Entram aqui em consideração os critérios do direito substantivo que relevam para a distinção entre unidade e pluralidade de infracções: esses critérios servirão de igual modo para estabelecer os limites da unidade (identidade) do objecto processual. Para esta tese, se a alteração dos factos provoca a substituição do tipo de crime por outro que com ele está numa relação de concurso aparente, tal implica um dever de cognição de todos os factos pertinentes às possíveis normas em concurso e o poder de convoação para outra infracção dentro da mesma unidade jurídica<sup>57</sup>. Também o caso do crime continuado é

---

<sup>56</sup> *Ob. cit.*, p. 336.

<sup>57</sup> Algumas breves notas sobre o concurso.

Prescreve o artigo 30.º, n.º1, do Código Penal português: “O número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do arguido”.

Frequentemente, o agente delituoso, em lugar de preencher, por uma só vez, um único tipo legal de crime, preenche, com a sua conduta, mais do que um tipo de crime ou o mesmo tipo de crime por mais de uma vez.

Importa, por isso, apurar quantos ilícitos realmente cometeu e a essa necessidade responde o citado artigo 30.º do Código Penal.

Dado o critério teleológico (e não naturalístico) de distinção entre a unidade e pluralidade de infracções adoptado pelo legislador, foi equiparado o concurso ideal ao concurso real. A unidade ou pluralidade de tipos violados como critério primacial de suporte à distinção entre a unidade e a pluralidade de infracções.

Impõe-se distinguir entre o chamado concurso efectivo, verdadeiro ou puro e o concurso aparente, legal ou impuro. Neste último há, apenas, um concurso de normas. O agente preenche *formalmente*, com a conduta que desenvolve, vários tipos de crime, sendo certo, porém, que se pode concluir que o conteúdo daquela conduta é exclusiva e totalmente abarcado por um só dos tipos formalmente preenchidos, afastando-se a aplicação dos outros.

Conforme ensina Germano Marques da Silva (*Direito Penal Português*, I, 1997, p. 307), para que se possa falar de concurso de normas, aparente ou real, é necessário que haja uma pluralidade de normas e um só facto a que as várias normas sejam aparente ou realmente aplicáveis. Tem que haver pelo menos duas normas concorrentes com aptidão para serem aplicadas ao mesmo facto (unidade do facto). Este é o conteúdo da previsão da normas, da *facti-species*. Por isso, o “facto” só é definível na sua unidade ou pluralidade em função de um critério, de uma perspectiva que tem de provir da própria lei.

As normas integram-se num sistema – subordinando-se umas às outras, sobrepondo-se, limitando-se reciprocamente. A doutrina tem discutido e apresentado os critérios necessários para a determinação de qual das normas convergentes sobre o mesmo facto deverá ser aplicável. Esses critérios traduzem-se em relações de hierarquia ou subordinação entre as normas convergentes: a aplicação de uma delas é, por si, exclusiva, verificado determinado circunstancialismo, da possibilidade da eficácia cumulativa das outras.

A este propósito, consideram alguns, como revelação de tais relações de subordinação ou hierarquia, dentro da teoria do concurso, a *especialidade*, a *consumpção*, a *subsidiariedade*, a *alternatividade* e a



visto como de unidade criminosa, cabendo no objecto do processo todas as condutas em continuação, enquanto para a teoria naturalística a cognoscibilidade das condutas acusadas dependeria, como já se disse, da sua conexão naturalística.

Castanheira Neves, partindo de uma base de facto situada historicamente, fixa os limites do objecto do processo pela identidade que possa ser estabelecida entre um *problema* – o caso trazido a juízo pela acusação -, com todas as soluções jurídicas que comporta sob a perspectiva do círculo de valores jurídico-criminais em que se inscreve a norma problematicamente indicada na acusação, e a sua solução consubstanciada na sentença final.<sup>58</sup>

Para Figueiredo Dias<sup>59</sup>, o objecto do processo não é a concreta e hipotética infracção causada”, nem tão pouco “o facto na sua existência histórica” e a identidade do objecto do processo não se estabelece com base na conexão naturalística, mas também não corresponde à pura unidade jurídico-substantiva. O objecto do processo penal será antes um recorte, um pedaço de vida, um conjunto de factos em conexão natural (e não já naturalística por tal conexão não ser estabelecida com base em meros juízos procedentes de uma racionalidade própria das ciências da natureza). Segundo Mário Tenreiro<sup>60</sup>, interpretando esta concepção, relevante seria que os factos “novos” que o juiz do julgamento é chamado a apreciar reflectam, ou não, o mesmo “pedaço de vida”, a mesma “relação social concreta” vertida na acusação, sendo por isso passíveis de idêntico

---

*absorção*. Outros bastam-se com a *especialidade* e a *consumpção*. O significado destes conceitos nem sempre é o mesmo conforme o autor consultado.

Em Germano Marques da Silva (*ob. cit.*, p. 310), a especialidade como relação entre normas é representada graficamente por dois círculos concêntricos, representando o maior a norma geral e o menor a norma especial. A norma geral contém a especial, sendo esta a aplicável porque se adapta melhor ao caso concreto (relação de *adaptação*) – *lex specialis derogat legi generali*. É o que ocorre entre a norma geral que prevê um tipo-base e as que prevêm tipos qualificados e privilegiados.

Na *consumpção*, seguindo o mesmo autor, o crime previsto por uma norma (*consumida*) não passa de uma fase de realização do crime previsto por outra (*consumptiva*) ou é uma forma normal de transição para o último (crime progressivo). Os factos aqui não se acham em relação de *species a genus*, mas de *minus a plus*, de parte a todo, de meio a fim. Ainda para Germano Marques da Silva, é o que se passa com o crime consumado posterior que consome os crimes tentados anteriores.

Já na relação de subsidiariedade, a representação gráfica será dada por dois círculos secantes, em que a parte que se sobrepõe representa a parte comum entre as normas, a zona comum a zona de interferência. O facto concreto há-de ser inteiramente subsumível às duas normas e, por isso, em concreto, tudo se passa como se houvera duas normas idênticas, no que respeita a esse facto, embora as normas tenham no seu enunciado conteúdo diferenciado.

Luís Duarte d’Almeida, recentemente, no seu livro *O “concurso de normas” em Direito Penal*, Almedina, contesta o tratamento que a doutrina tradicional tem dado a estas matérias.

<sup>58</sup> *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, 1968.

<sup>59</sup> *Apud* Mário Tenreiro, *Considerações sobre o objecto do processo penal*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 47, 1987, pp. 1024 e seguintes.

<sup>60</sup> Veja-se a nota anterior.

juízo social, ou seja, idênticos do ponto de vista da sua valoração social. O elemento polarizador que liga os vários factos situados no âmbito do mesmo objecto processual é, pois, de natureza normativa, mas não exclusivamente jurídica. Saber se as alterações de circunstâncias espaço-temporais ou do objecto do crime acarretam, ou não, a alteração do objecto do processo, depende da diferente avaliação social que dessa alteração possa, ou não, decorrer. Adoptando exemplos indicados pelo referido autor, não há uma diferente avaliação social quando o crime ocorreu uma hora depois, ou quando a quantia furtada é de cinco mil euros, e não quatro mil. Mas já haverá essa diferença se o furto acusado fora o de um relógio e se conclui que o arguido furtou, afinal, um colar de brilhantes.

José Pedro Fazenda Martins ensaiou uma construção do objecto do processo a partir da ideia de “acção final”<sup>61</sup>.

António Leones Dantas, ao analisar a dinâmica processual na construção do objecto, afirma que a definição da factualidade que irá integrar o objecto do processo será, em primeira linha, produto do processo de interpretação do acontecimento histórico averiguado, levado a cabo pelo Ministério Público no contexto do inquérito (investigação pré-acusatória). O acontecimento histórico de que se parte vai ser investigado e reconstituído no processo através da prova à luz das múltiplas qualificações jurídicas de que possa ser objecto. Finalmente, encerrado o inquérito, o objecto do processo estabiliza numa concretização definitiva, sujeita aos limites decorrentes do regime da alteração substancial dos factos<sup>62</sup>.

Para Frederico Isasca<sup>63</sup>, o centro de gravidade polarizador da delimitação do objecto do processo é a base factual trazida pela acusação. Assim, o objecto do processo penal será o acontecimento histórico, mas não considerado apenas de um ponto de vista naturalístico ou exclusivamente jurídico, mas como “pedaço da vida” que se destaca da realidade e que se submete à apreciação judicial, referenciado não única ou exclusivamente do ponto de vista normativo, mas antes e fundamentalmente, da perspectiva da sua valoração social. O facto de o acontecimento histórico ser a base de todo o processo constitui, segundo este autor, uma segurança para o arguido que só pode ser responsabilizado pelo acontecimento descrito no processo. A propósito da distinção entre alteração substancial e não substancial dos factos, Frederico Isasca aponta, para a determinação da identidade ou diversidade do crime, os critérios da valoração social e da identidade da imagem social do “pedaço de vida”, dado pelas regras da experiência social, pela “compreensão da vida”, pela perspectiva do homem

---

<sup>61</sup> *Os poderes de convoação em processo penal*, Estudos Jurídicos, n.º1, Lisboa, 1986.

<sup>62</sup> Veja-se António Leones Dantas, *ob. cit.*, pp. 89 e seguintes.

<sup>63</sup> *Alteração Substancial dos Factos e sua Relevância no Processo Penal Português*, Almedina, Coimbra, 2.ª edição, 1999, pp. 240 e seguintes.

médio não juridicamente formado. Pode manter-se uma mesma valoração social, mas o crime ser diverso, visto que dois acontecimentos completamente distintos podem, do ponto de vista social, merecer o mesmo juízo valorativo. Mas, para além da identidade de valoração social, exige-se, como se disse, a identidade (que não igualdade) da “imagem social” do “pedaço de vida” que forma o objecto do processo. O autor exemplifica o seu entendimento dizendo que a valoração jurídica e social de um homicídio de que é vítima uma pessoa diferente da referida na acusação poderá ser idêntica à valoração do homicídio aí descrito, mas serão completamente diferentes as “imagens sociais” de cada um dos crimes. Seguindo a mesma linha de raciocínio, não haverá necessariamente alteração de objecto do processo se o crime tiver sido praticado às 14h.30m., e não às 14h; se a ofensa à integridade física não foi cometida no Rossio, mas sim nos Restauradores; se o número de ovelhas furtadas for de 150, e não 160. Qualquer dos elementos de tempo, local, modo de execução, forma de participação, nexos de causalidade ou grau de execução não determinam, por si só, a existência, ou não, de alteração de objecto do processo<sup>64</sup>.

### **3 – O REGIME DO CPP DE 1929**

Estabelecia o artigo 447.º do CPP de 1929:

“O tribunal poderá condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, ainda que seja mais grave, desde que os seus elementos constitutivos sejam factos que constem do despacho de pronúncia ou equivalente.

§ 1.º A decisão a que se refere este artigo nunca pode condenar em pena superior à da competência do respectivo tribunal.

§ 2.º As circunstâncias agravantes de reincidência e da sucessão de infracções, que resultarem do registo criminal ou das declarações do réu, serão sempre tomadas em consideração, ainda que não tenham sido alegadas (...)”

Beleza dos Santos defendeu que esta disposição legal conferia ao tribunal inteira liberdade para alterar a incriminação constante da pronúncia, ainda que para infracção mais severamente punida, desde que os factos em que se baseava a qualificação jurídico-penal adoptada na sentença constasse do despacho de pronúncia ou equivalente. Segundo este autor, “a qualificação jurídica dos factos descritos na pronúncia pode ser alterada sem que se prejudiquem os legítimos interesses do réu, a quem fica sempre aberto o caminho de a discutir livremente (...) seria injustificado e vexatório que se vinculasse o tribunal que tem de julgar a certa interpretação da lei seguida pelo juiz que pronunciou”<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> *Ob. cit.*, pp. 143 e seguintes.

<sup>65</sup> *A sentença condenatória e a pronúncia em processo criminal*, Revista de Legislação e Jurisprudência, 63.º, pp. 385 e seguintes

Estava assim consagrada a irrelevância da alteração de qualificação jurídica: o juiz podia efectuar a *convolação* quando discordasse da qualificação jurídica dos factos constante da acusação. A convolação tanto poderia ocorrer por simples discordância do julgador quanto à qualificação jurídica dos factos, como nas situações em que não se provassem todos os factos constantes da acusação, mas os bastantes para integrarem outro crime. Como escreveu António Quirino Soares, “se apenas alguns dos factos acusados se provam, e tal conjunto factual mais pequeno se mantiver jurídico-penalmente relevante, embora sob diferente qualificação (como é óbvio), a convolação continuará a ter o beneplácito do art. 447.<sup>o</sup>”<sup>66</sup>

Havia quem sustentasse que este artigo deveria ser objecto de uma interpretação correctiva conforme à Constituição da República de 1976, onde se asseguram todas as garantias de defesa ao arguido. Seria sempre necessário, de acordo com esta interpretação, avisar o arguido da mudança operada na visão jurídica da questão e permitir um contraditório eficaz<sup>67</sup>.

Para além do artigo 447<sup>o</sup>, importa considerar o artigo 448<sup>o</sup>. Dizia esta disposição legal:

“O tribunal poderá condenar por infracção diversa daquela por que o réu foi acusado, com fundamento nos factos alegados pela defesa ou dos que resultem da discussão da causa, se, neste último caso, tiver por efeito diminuir a pena”.

Ensinava Beza dos Santos<sup>68</sup>: “Se é a própria defesa que alega os factos novos que modificam a acusação, é manifesto que eles devem ser tomados em conta, quando provados, e, por isso, pode a sentença, com base neles, condenar o réu por infracção diversa da acusada. A razão de que o réu não deve ser surpreendido por uma imputação de factos novos, sem se lhe ter dado o tempo devido para contra eles organizar a sua defesa a apresentar a sua prova, - razão que justifica o princípio de que a condenação não pode ter lugar por factos não acusados – perde toda a sua força nesta hipótese”.

Em relação aos factos resultantes da discussão da causa que tivessem por efeito diminuir a pena, acrescentava Beza dos Santos: “A proibição de se atenderem na sentença condenatória factos que não constem da pronúncia é estabelecida como garantia para o réu. Ora, se os factos novos têm precisamente como efeito favorecê-lo, modificar favoravelmente a acusação a respeito dele, é manifesto que aquela proibição perdeu, neste caso, a base racional em que assentava e, por isso, não devia manter-se”.

---

<sup>66</sup> António Quirino Soares, *Convolações*, Colectânea de Jurisprudência, Acs. do STJ, Ano II, Tomo III, 1994, p. 15.

<sup>67</sup> Assim, Mário Tenreiro, *op. cit.*, p. 1035. António Quirino Soares, *ob. cit.*, manifestou entendimento diverso.

<sup>68</sup> Revista de Legislação e Jurisprudência, 64.<sup>o</sup>, p. 17 a 19.

A razão de ser da excepção prevista na parte final do artigo 448.<sup>o</sup> determinava, segundo este autor, que não se tomasse como ilimitada a faculdade que tinha o tribunal de ter em atenção *factos novos*, mesmo que importassem uma pena mais benévola que a resultante da acusação formulada. O tribunal não poderia condenar por factos que, embora aparecendo na discussão das causa, não representassem uma simples modificação dos factos acusados, não traduzissem apenas uma alteração da acusação formulada, mas implicassem uma imputação completamente distinta, sem relação alguma com a da acusação, embora deles resultasse a aplicação de uma pena menos grave<sup>69</sup>.

Cavaleiro de Ferreira ensinava que, se os factos não constantes do despacho de pronúncia acarretassem uma diminuição de responsabilidade, mas se reconduzisse ao mesmo núcleo substancial do facto objecto do processo, a convalidação era possível. “Se, porém, se trata de factos constitutivos da responsabilidade penal por si mesmos, isto é, se correspondem a outra infracção, o procedimento a adoptar é o constante do art. 444.<sup>o</sup>: o tribunal não conhecerá desses factos sem que o Ministério Público formule a acusação necessária a eles respeitante”<sup>70</sup>.

Como é evidente, a ressalva colocada por Beleza dos Santos não resolvia todas as questões, pois ficava por esclarecer qual o critério que permitia distinguir os casos em que os novos factos constituíam uma simples modificação dos factos acusados, das situações em que aos factos novos correspondia uma imputação completamente diferente.

É precisamente para a determinação desse critério que a doutrina e a jurisprudência têm trabalhado laboriosamente a questão da definição do objecto do processo e do critério da sua identidade<sup>71</sup>.

Escreveu António Quirino Soares que a convalidação ao abrigo do art. 448.<sup>o</sup> “é possível, segundo a mais elaborada síntese jurisprudencial, desde que a modificação da acusação se reconduza ao mesmo núcleo substancial do facto, ou desde que os novos factos se relacionem com os das acusação de modo a constituírem uma simples alteração destes, e não representarem uma imputação nova que deixe o réu sem defesa”. A convalidação deveria operar dentro do mesmo “núcleo fundamental do facto” e nas situações de passagem da previsão mais abrangente para a menos abrangente, da mais grave para a menos grave.

Do CPP de 1929 não decorria a possibilidade de alargar os poderes de cognição e condenação do tribunal para além dos factos que constassem da acusação,

---

<sup>69</sup> Nota anterior.

<sup>70</sup> *Ob. cit.*, III, p. 49.

<sup>71</sup> Ver António Quirino Soares, *ob. cit.*, p. 16 e seguintes.

excluindo as situações previstas no §2º do artigo 447.º e no artigo 448.º. Havendo, pois, uma alteração dos factos, mesmo que situados no âmbito do objecto do processo, era questionável se e quando seria possível operar a convalidação, nas hipóteses não contempladas nos mencionados preceitos legais (por exemplo, se sobreviesse, durante o julgamento, o conhecimento de factos que levassem a responsabilizar por dolo um agente acusado de um crime negligente, caso em que a convalidação a operar seria de um crime menos grave para um mais grave).

O artigo 149.º, relativo ao *caso julgado absolutório pessoal*, estabelecia a impossibilidade de renovar a acção penal com base em “infracção constituída, no todo ou em parte” pelos factos por que o réu vinha acusado, “ainda que se lhe atribua comparticipação de diversa natureza”. Estavam, pois, abrangidos pelo caso julgado factos situados no âmbito do objecto do processo e não constantes da acusação. Como admitir, nessa situação, a consumpção em relação a factos que o tribunal não tinha o dever de conhecer?

Por outro lado, o artigo 150.º, relativo à absolvição por falta de provas, prescrevia:

“Se um tribunal absolver um réu por falta de provas, não poderá contra ele propor-se nova acção penal por infracção, constituída no todo ou em parte pelos mesmos factos por que respondeu, ainda que se lhe atribua comparticipação de diversa natureza”.

Eduardo Correia<sup>72</sup> entendia haver uma lacuna quanto a outros factos situados no âmbito do objecto do processo e não constantes da acusação (para além da situação prevista no §2º do artigo 447º e no artigo 448.º) a integrar não com recurso ao artigo 444.º (que regulava o procedimento a adoptar quando, durante o julgamento, se demonstrasse que o arguido cometera outras infracções diferentes das acusadas – e não integrantes do objecto do processo), mas com recurso ao artigo 443.º (que regula a admissão do conhecimento de novos elementos de prova, com eventual adiamento da audiência, se necessário). O regime relativo ao conhecimento de factos instrumentais seria aplicável também ao conhecimento de factos jurídicos constitutivos ou substantivos. O direito de defesa do arguido estaria salvaguardado pela possibilidade de adiamento da audiência de modo a que ele pudesse fazer valer as suas opiniões a respeito dos novos factos.

#### **4 – O REGIME DO CPP DE 1987**

O artigo 1º, nº 1, alínea f), define “alteração substancial dos factos” como aquela que tiver por efeito a imputação ao arguido de um crime diverso ou a agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis.

---

<sup>72</sup> *Ob. cit.*, 407 e seguintes.

No que concerne ao conceito de “crime diverso” (diferente de “tipo de crime diverso”), dependerá das concepções relativas ao objecto do processo.

Para Souto de Moura, o conceito de “crime diverso” terá um conteúdo equivalente ao de objecto do processo insuportavelmente diverso. Assim, escreve este autor: “Crime diverso é o resultado da mutação fáctica intolerável, o mesmo é dizer, da saída do objecto do processo. E, evidentemente, que a ultrapassagem do objecto do processo se pautará “pela via do crime diverso” com recurso às teorias antes aludidas de delimitação”<sup>73</sup>.

Teresa Beleza, reconhecendo que a perspectiva do acontecimento histórico unitário, ou de imagem e valoração sociais são achegas importantes para a definição de “crime diverso”, salienta a necessidade de buscar outros critérios no direito processual. Assim, sugere que talvez o artigo 283.º, n.º3, possa ser uma pista no sentido de ser aceitável que variações de certo grau nas circunstâncias que podem não constar da acusação (lugar, tempo, motivação, grau de participação e circunstâncias *próprio sensu*) não impliquem um desfiguramento do crime, ainda que possam implicar uma alteração substancial dos factos pela alteração da moldura penal abstracta<sup>74</sup>.

Poderemos estar perante um “crime diverso” sem alteração do tipo de crime em questão (um furto praticado em circunstâncias espaço-temporais completamente diferentes, por exemplo, que nos leva a reconhecer estarmos claramente perante *outro* furto, outro acontecimento, outra “história”). E não estaremos necessariamente perante um “crime diverso”, para este efeito, quando haja alteração do tipo de crime (por exemplo, um furto e já não um roubo, se não se provar apenas a utilização de violência para a subtração). Poderemos estar perante um “crime diverso” mesmo que o crime em questão seja de menor gravidade (uma vez que se faz a distinção entre este critério e o da agravação dos limites máximos das sanções aplicáveis)<sup>75</sup>.

O CPP de 1987 distingue, no âmbito da alteração dos factos, as situações em que a alteração é *substancial* daquelas em que *não é substancial*.

As disposições fundamentais a considerar, na fase do julgamento, no tocante a esta matéria, são os artigos 358º e 359.º.

Estatui o artigo 358.º, relativo à *alteração não substancial de factos* descritos na acusação ou na pronúncia:

“1. Se no decurso da audiência se verificar uma alteração não substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, com relevo para a

---

<sup>73</sup> *Ob. cit.*, p. 71.

<sup>74</sup> Apontamentos de Direito Processual Penal, III volume, AAFDL, 1995.

<sup>75</sup> Pedro Vaz Patto, *ob. cit.*, p. 29.

- decisão da causa, o presidente, oficiosamente ou a requerimento, comunica a alteração ao arguido e concede-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente para a preparação da defesa.
2. Ressalva-se do disposto no número anterior o caso de a alteração ter derivado de factos alegados pela defesa.
  3. O disposto no nº 1 é correspondentemente aplicável quando o tribunal alterar a qualificação jurídica dos factos descritos na acusação ou na pronúncia.”

Estabelece, por seu turno, o artigo 359.º, relativo à *alteração substancial dos factos descritos* na acusação ou na pronúncia:

- “1. Uma alteração substancial dos factos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, não pode ser tomada em conta pelo tribunal para o efeito de condenação no processo em curso; mas a comunicação da alteração ao Ministério Público vale como denúncia para que ele proceda pelos novos factos.
2. Ressalvam-se do disposto no número anterior os casos em que o Ministério Público, o arguido e o assistente estiverem de acordo com a continuação do julgamento pelos novos factos, se estes não determinarem a incompetência do tribunal.
3. Nos casos referidos no número anterior, o presidente concede ao arguido, a requerimento deste, prazo para preparação da defesa não superior a dez dias, com o consequente adiamento da audiência, se necessário.”

Repare-se que ambos os artigos aplicam-se à *alteração dos factos*, que pode ser substancial ou não substancial. Se os factos são totalmente independentes dos que são objecto do processo e não têm com este qualquer conexão, não parece que se possa prescindir da normal tramitação do processo.

O artigo 358.º, n.º3, equipara o regime da simples alteração de qualificação jurídica ao regime da alteração não substancial de factos.<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> O assento n.º 2/93 (publicado no Diário da República, Iª série, de 10 de Março de 1993) veio fixar, como jurisprudência uniforme, que o tribunal era livre de alterar a qualificação jurídica dos factos, desde que estes não sofressem alteração. O acórdão do Tribunal Constitucional n.º 445/97 (publicado no Diário da República, Iª série, de 5 de Agosto de 1997) veio declarar este assento inconstitucional «na medida em que, conduzindo a diferente qualificação jurídica à condenação do arguido em pena mais grave, não se prevê que este seja prevenido da nova qualificação jurídica e se lhe dê oportunidade de defesa». Essa comunicação está hoje prevista no n.º3 do artigo 358.º, que na sua letra não distingue conforme a diferente qualificação conduza a pena mais ou menos grave. Pretende-se, mediante a comunicação, compatibilizar a liberdade de qualificação jurídica dos factos com o direito de o arguido ser ouvido e poder discutir essa qualificação.



Maia Gonçalves entende não ser necessária a comunicação ao arguido quando a alteração da qualificação jurídica é para uma infracção que representa um *minus* relativamente à da acusação ou da pronúncia, como ocorre nos casos de convoção de furto ou de qualquer crime qualificado para o crime simples, ou de convoção de crime doloso para o crime por negligência. De um modo geral, entende este autor que a comunicação não será necessária sempre que entre o crime da acusação ou da pronúncia e o da condenação há uma relação de especialidade ou de consumpção e a convoção é efectuada para o crime menos gravoso. Exemplo: convoção de furto qualificado para furto simples; de roubo para furto; de homicídio ou de ofensas à integridade física cometidos dolosamente para os mesmos crimes por negligência, etc<sup>77</sup>.

Sobre a comunicação ao arguido, havendo alteração da qualificação jurídica, Teresa Beleza entende que qualquer alteração, a menos que seja invocada ou sugerida pela defesa, deve ser seguida de uma efectiva possibilidade de análise e contra-argumentação por parte do arguido, mesmo que não se trate de alteração de que possa resultar uma condenação em pena mais grave<sup>78</sup>.

As situações em que ocorre uma alteração nos elementos espaço-temporais – arguido acusado da prática de um crime de homicídio num determinado dia, às 14 horas, em que a prova produzida em audiência conduza à conclusão de que o crime foi cometido às 15 horas -, sem que estejamos perante “crime diverso” e sem que ocorra “alteração substancial dos factos”, determinará a aplicação do artigo 358.º, n.º1, comunicando-se a alteração ao arguido e concedendo-lhe, se ele o requerer, o tempo estritamente necessário para a preparação da defesa.

Havendo uma alteração substancial dos factos apurada em julgamento, se os novos factos apurados formam com os constantes da acusação ou do despacho de pronúncia uma unidade que não permita a sua autonomização, não existindo acordo para a continuação do julgamento, colocam-se diversos problemas.

Frederico Isasca, referindo-se a novos factos não autonomizáveis, porque e na medida em que formam, juntamente com os constantes da acusação ou da pronúncia, quando a houver, uma tal unidade de sentido que não permite a sua autonomização, propõe que os mesmos sejam considerados na determinação da medida concreta da pena<sup>79</sup>.

Leonel Dantas pronunciou-se no sentido do regresso à fase do inquérito para averiguação dos factos integrantes da alteração, defendendo que, no processo

<sup>77</sup> Código de Processo Penal Anotado e Comentado, 1999, 11.ª edição, nota 3 ao artigo 358.º

<sup>78</sup> Dizer e contraditar o Direito: a qualificação jurídica dos factos em processo-crime, Scientia Iuridica, Tomo XLVIII, N.º277/279, 1999, p. 97.

<sup>79</sup> Ob. cit., p. 207.

base, “o tribunal declarar-se-á impossibilitado de prosseguir por impossibilidade legal *“stricto sensu”*, o que esgotará a realização da fase processual em que o processo se encontre”<sup>80</sup>.

Germano Marques da Silva defende que a única solução razoável é considerar que se verifica uma *excepção inominada* que determina que o processo seja remetido à fase do inquérito para que, mais bem investigado, possa a acusação abranger, se for o caso, o facto que a audiência de julgamento indiciou <sup>81</sup>.

O Acórdão do STJ, de 28 de Janeiro de 1993 (C.J., Acs. do STJ, Ano I, Tomo I, p. 178 e segs.), num caso em que o arguido fora acusado por homicídio privilegiado, tendo o tribunal entendido que se não provara o “privilegiamento” e que a condenação deveria ser por homicídio simples, perfilhou o entendimento de que, havendo uma alteração substancial dos factos e não havendo consenso para a continuação do julgamento, deveria ser ordenada a *suspensão da instância*, concluindo: “Não se instaurará nenhum novo processo, continuando a ser o mesmo, só que regressando, por via da constatação de novos factos, à fase de investigação, havendo como que uma “reabertura do inquérito” em face de factos que não devem deixar de ser investigados”.

Diversa foi a orientação seguida pelo STJ, no seu Acórdão de 17 de Dezembro de 1997 (C.J., Acs. do STJ, Ano V, Tomo III, p. 257). Entendeu o STJ que, no caso de oposição ao prosseguimento do julgamento, depois de iniciada a alteração substancial dos factos da acusação, nos termos do artigo 359.º, n.º1, do CPP, deve o tribunal mandar extrair certidão de todo o processado, ordenar o arquivamento do processo e remeter essa certidão ao Ministério Público. Esta solução traduz-se, afinal, numa *absolvição da instância*, em processo penal.

Sobre esta matéria, mantenho algumas dúvidas que carecem de melhor estudo.

No entanto, sempre direi que o entendimento que defende a *suspensão da instância* parece-me ser pouco congruente e dificilmente defensável, já que a reabertura do inquérito, no mesmo processo, terá de conduzir a uma nova decisão de encerramento dessa fase processual, a impugnar, eventualmente, através de novo requerimento de abertura de instrução. Ora, não se vê como qualificar a situação processual entretanto criada como de verdadeira *suspensão da instância*, já que não será possível retomar o processo nos termos e no momento em que o mesmo se encontrava quando foi objecto da decisão de suspensão (esta é, no essencial, a crítica efectuada por Leonel Dantas à tese da *suspensão da instância*).

---

<sup>80</sup> *Ob. cit.*, p. 106.

<sup>81</sup> *Curso ... III*, 2.ª edição, p. 281.

## **V – A SENTENÇA PENAL**

### **1 – NO CPP DE 1929**

O artigo 450.<sup>o</sup> do CPP de 1929 estabelecia que a sentença condenatória deveria conter a indicação do nome, idade, profissão, naturalidade e residência do réu; a indicação dos factos de que fora acusado; os factos que se julgaram provados, distinguindo os que constituíssem a infracção dos que fossem circunstâncias agravantes ou atenuantes; a citação da lei aplicável; a condenação na pena aplicada, a indemnização por perdas e danos e impostos de justiça; a ordem de remessa do respectivo boletim para o registo criminal e a data e assinatura do juiz ou juízes que a proferiram.

Por sua vez, o artigo 452.<sup>o</sup>, relativo ao conteúdo da sentença absolutória, determinava a inclusão, além da identificação do réu, da indicação dos factos de que este fora acusado e da data e assinatura do juiz ou juízes que a proferiram, devendo ainda conter a absolvição e os seus fundamentos.

O artigo 455.<sup>o</sup> determinava que, publicada a sentença, o juiz, quando o julgasse conveniente, dirigia ao réu uma breve alocução, exortando-o, no caso de condenação, a conformar-se com a decisão e a corrigir-se; e, no caso de absolvição, a que com o posterior comportamento justificasse a sentença absolutória.

A respeito da esclarecimento ou reforma da sentença, regia o artigo 456.<sup>o</sup>: “Depois de proferida a sentença, os representantes da acusação e da defesa poderão requerer na audiência que o tribunal esclareça ou supra qualquer deficiência, se entenderem que ela contém lacunas ou obscuridades.”

### **2 – NO CPP DE 1987**

Da leitura do artigo 374.<sup>o</sup>, relativo aos requisitos da sentença penal, resulta que esta consta de três partes:

- I. o relatório,
- II. a fundamentação,
- III. o dispositivo.

I – O relatório é a parte meramente descritiva dos elementos objectivos constantes do processo e contém:

- as indicações tendentes à identificação do arguido, do assistente e das partes civis;
- a indicação do crime ou dos crimes imputados ao arguido (basta a indicação das incriminações legais);
- a indicação *sumária* das conclusões contidas na contestação, se tiver sido apresentada.

II – A fundamentação consta:

- da enumeração dos factos provados <sup>82</sup>;
- da enumeração dos factos não provados;
- na exposição (tanto quanto possível completa, *ainda que concisa*), dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão,
- com a indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

Os factos provados e não provados são todos os constantes da acusação e da contestação, quer sejam substanciais quer instrumentais, e ainda os que resultarem da discussão da causa e que sejam relevantes para a decisão. Saliente-se que a imposição da enumeração dos factos provados e não provados só se satisfaz com a relação ou narração minuciosa, isto é, um a um, dos factos provados e não provados.

O STJ, no seu Acórdão de 26 de Setembro de 1990, BMJ nº 399, p. 432, pronunciou-se no sentido de que o artigo 374.º, n.º2, do CPP, impõe que na sentença se enumerem pormenorizadamente os factos provados, sendo incorrecto proceder a remissões.

As razões de direito que servem para fundamentar a decisão devem também ser especificadas na fundamentação.

---

<sup>82</sup> Por vezes, a indicação dos factos provados é feita com referência à acusação, à contestação e à discussão da causa. Parece-me ser preferível, no entanto, uma enumeração dos factos que respeite a *cronologia* dos acontecimentos, o que facilita a ulterior aplicação do direito, independentemente de serem factos constantes da acusação, da contestação ou resultantes da discussão da causa.

É frequente a confusão entre *factos provados*, *meios de obtenção de prova* e *meios de prova*. Assim, dá-se como provado que, no decurso de uma busca domiciliária, “foi apreendida uma substância de cor branca (...) que submetida a exame laboratorial no Laboratório de Polícia Científica revelou tratar-se de cocaína”. Este procedimento mistura prova, meios de obtenção de prova e meios de prova, pois o facto que deve constar do elenco da matéria provada é que foi apreendida a quantidade X de cocaína, remetendo-se a referência aos meios de prova para o momento da indicação e exame crítico das provas.

No que toca à fundamentação da decisão de facto, exige-se a indicação e *exame crítico das provas* que serviram para formar a convicção do tribunal. Não basta, por conseguinte, indicar os meios de prova utilizados, tornando-se necessário *explicitar* o processo de formação da convicção do tribunal, a partir desse meios de prova, com apelo às regras de experiência e aos critérios lógicos e racionais que conduziram a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido. Só assim será possível comprovar se foi seguido um processo lógico e racional na apreciação da prova ou se esta se fundou num subjectivismo incomunicável que abre as portas ao arbítrio.

Escreve Marques Ferreira<sup>83</sup>, a respeito da motivação de facto: “Estes motivos de facto que fundamentam a decisão não são nem os factos provados (*thema decidendum*) nem os meios de prova (*thema probandum*) mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substracto 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”. E acrescenta, mais adiante: “A fundamentação ou motivação deve ser tal que, *intraprocessualmente*, permita aos sujeitos processuais e ao tribunal superior o exame do processo lógico ou racional que lhe subjaz, pela via de recurso, conforme impõe inequivocamente o art. 410.º, n.º2 (...).” Por sua vez, *extraprocessualmente*, a fundamentação deve assegurar pelo conteúdo, um respeito efectivo pelo princípio da legalidade na sentença e a própria independência e imparcialidade dos juízes uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade”.

Por vezes, as motivações das decisões de facto contêm verdadeiros resumos dos depoimentos prestados pelas testemunhas. Não é esse o sentido da exigência de motivação, já que uma reprodução dos depoimentos, que a lei não impõe, não tem a virtualidade de substituir a falta de um juízo crítico sobre as provas produzidas e que serviram para alicerçar a convicção do tribunal.

O Ac. nº 680/98, do Tribunal Constitucional, de 2 de Dezembro de 1998, D.R., 2ª Série, de 5 de Março de 1999<sup>84</sup>, julgou inconstitucional a norma do n.º2 do artigo 374.º

<sup>83</sup> “Meios de Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal/ O Novo Código de Processo Penal*, p. 229 e 230.

<sup>84</sup> Este acórdão foi anotado por Eduardo Maia Costa, na *Revista do Ministério Público*, 78, p. 147 e seguintes. Na sua anotação, este autor analisa, em termos sintéticos, a actividade probatória enquanto actividade complexa, não só porque incide sobre meios de prova que requerem abordagens diferentes, como também porque não há apenas um só facto a provar, mas sim uma pluralidade de factos, com graus de relevância muito diversos. A análise crítica das provas – primeiro sobre cada uma delas, isoladamente, depois sobre a globalidade – é vista como o *ponto nodal* do processo probatório, pelo qual o tribunal, da amálgama das provas produzidas, vai “separar o trigo do joio”, seleccionar as informações válidas e rejeitar as outras, “de acordo com os critérios da experiência comum, mas também à luz dos conhecimentos científicos e técnicos postos à sua disposição”. A motivação visa a reconstituição do processo lógico-mental seguido pelo julgador.

do CPP de 1987, na interpretação segundo a qual a fundamentação das decisões em matéria de facto se basta com a simples enumeração dos meios de prova utilizados em 1.ª instância, não exigindo a explicitação do processo de formação da convicção do tribunal, por violação do dever de fundamentação das decisões dos tribunais previsto no n.º1 do artigo 205.º da Constituição, bem como, quando conjugado com a norma das alíneas b) e c) do n.º2 do artigo 410.º do mesmo Código, por violação do direito ao recurso consagrado no n.º1 do artigo 32.º, também da Constituição.

Caso se entenda contrariar doutrina fixada em Acórdão do S.T.J. de fixação de jurisprudência, deve ser cumprido um especial dever de fundamentação expressa dessa divergência, nos termos do artigo 445.º, n.º3.

III – O dispositivo contém:

- as disposições legais aplicáveis;
- a decisão condenatória ou absolutória;
- o destino das coisas ou objectos relacionados com o crime;
- a ordem de remessa de boletins ao registo criminal;
- a data e as assinaturas dos membros do tribunal.

A sentença penal deverá observar o disposto no CPP e no Código das Custas Judiciais, em matéria de custas.

A sentença condenatória, além dos requisitos gerais, deverá conter:

- os fundamentos que presidiram à escolha e à medida da sanção aplicada;
- a indicação, se for caso disso, do início e do regime do cumprimento da sanção aplicada, de outros deveres que ao condenado sejam impostos e a sua duração, bem como o plano individual de readaptação social.

De forma a evitar quaisquer eventuais equívocos, a condenação deverá conter:

- a indicação do arguido condenado,
- a identificação expressa do tipo legal de crime pelo qual é condenado;
- a indicação por *extenso* das penas e montantes indemnizatórios (artigo 94.º, n.º5).

Havendo suspensão de execução da pena há que indicar:

- o período de suspensão
- as condições da suspensão.

As condenações em pena de multa deverão conter:

- a indicação do n.º de dias,
- a indicação do montante da taxa diária,
- a indicação do quantitativo global da multa.

Em caso de cúmulo jurídico, importará especificar, no dispositivo, a condenação relativa a cada um dos crimes e, de seguida, indicar a condenação resultante do cúmulo.

Em caso de aplicação de um perdão, este deve ser referido depois da condenação na pena integral, sem se referir apenas a pena remanescente depois dessa aplicação. Também só deste modo se pode aferir a correcção dessa aplicação.

Sendo a sentença condenatória (ou decretando dispensa de pena), após a sua leitura, o presidente do tribunal, quando o julgar conveniente, dirige ao arguido breve alocução, exortando-o a corrigir-se (artigo 375.º, n.º 2 e 3).

Não há que proceder a qualquer alocução no caso de a sentença proferida ser absolutória – muito menos para expressar o desconforto do juiz com a sentença que acabou de proferir, o que poderá transformar uma decisão absolutória numa forma inaceitável de admoestação pública do arguido absolvido – com a circunstância agravante de tal alocução constituir uma verdadeira “condenação” informal e, por isso mesmo, insusceptível de recurso<sup>85</sup>.

A sentença absolutória pode ser publicada, integralmente ou por extracto, em jornal indicado pelo arguido, desde que (cumulativamente):

- a) o arguido o requeira até ao encerramento da audiência;
- b) haja assistente constituído no processo;
- c) o tribunal o considere justificado.

A publicação será ordenada pelo tribunal no dispositivo da sentença, condenando o assistente nas despesas da publicação, a título de custas (378.º, n.º1 e 2).

Enquanto *acto processual* a sentença pode padecer de *inexistência*<sup>86</sup>, *nulidade* ou mera *irregularidade*.

O artigo 379.º, n.º 1, comina de nulidade a sentença que não contenha a fundamentação ou a decisão condenatória ou absolutória; que condene por factos diversos dos descritos na acusação ou na pronúncia, se a houver, fora dos casos e

<sup>85</sup> Não excludo a possibilidade de o juiz presidente, mesmo em caso de absolvição, dirigir algumas breves palavras explicativas ao arguido, se as considerar necessárias para assegurar a melhor compreensão da decisão. Nunca essas palavras, no entanto, poderão comportar qualquer censura ou a manifestação de uma convicção pessoal do juiz, desconforme à decisão absolutória, o que seria incompreensível e inaceitável.

<sup>86</sup> Na análise dos vícios da sentença, consideram-se *vícios de essência* aqueles que, atingindo a sentença nas suas qualidades essenciais, dão lugar à sua *inexistência* (Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, III, p. 299). A jurisprudência tem entendido como inexistente a sentença que, embora conste da acta como lida, não foi entregue na secretaria pelo juiz que presidiu ao julgamento e, conseqüentemente, não foi junta aos autos.

das condições previstos nos artigos 358.º e 359.º, ou quando o tribunal deixe de pronunciar-se sobre questões que devesse apreciar ou conheça de questões de que não podia tomar conhecimento. Estas nulidades são sanáveis, mas podem ser também arguidas em motivação de recurso para o tribunal superior (n.º 2 do mesmo artigo e acórdão de fixação de jurisprudência n.º 1/94, publicado na Iª série do Diário da República de 11 de Fevereiro de 1994). O tribunal *a quo* pode supri-las, aplicando-se, com as necessárias adaptações, o preceituado no artigo 414.º, n.º4.

Nos termos do artigo 380.º, n.º1, o tribunal procede, oficiosamente ou a requerimento, à correcção da sentença quando, fora dos casos de nulidade, não tiver sido observado, ou não tiver sido integralmente observado, o artigo 374º quanto aos requisitos da sentença; ou quando esta contiver erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade cuja eliminação não importe modificação essencial.

Maia Gonçalves defende que o conceito de modificação essencial deve ser aferido em relação ao que estava no pensamento do tribunal decidir, e não em relação ao que ficou escrito; por isso se incluem, entre os casos de correcção da sentença, os erros materiais ou de escrita. Escreve este autor:“(…) em relação ao que estava no pensamento do tribunal escrever todas as modificações são essenciais, pois de outro modo ficaria aberto o caminho para alterar o decidido quando o poder de jurisdição está esgotado”<sup>87</sup>.

Leal Henriques e Simas Santos acrescentam ser necessário que o erro, lapso, obscuridade ou ambiguidade resulte dos próprios termos da decisão.<sup>88</sup>

Luís Correia de Mendonça<sup>89</sup> enumera os seguintes princípios de fundamentação das sentenças (referindo-se às sentenças civis, enuncia princípios que podemos transpor para as sentenças penais):

- princípio da simplicidade e precisão de linguagem (o juiz deve expressar o seu pensamento de forma rigorosa, mas que não impeça a compreensão, na medida do possível, do seu conteúdo pelas partes e pela comunidade em geral),
- princípio da coerência lógica (entre os fundamentos e a decisão não pode haver contradição lógica)
- e princípio da exaustão (o juiz deve resolver todas as questões submetidas à sua apreciação ou cujo conhecimento lhe seja imposto oficiosamente).

---

<sup>87</sup> Código de Processo Penal Anotado e Comentado, 12.ª edição, p. 726.

<sup>88</sup> Código de Processo Penal, II, 2.ª edição, p. 612.

<sup>89</sup> Ver Luís Correia de Mendonça e José Mouraz Lopes, “Julgar: Contributo para uma Análise Estrutural da Sentença Civil e Penal”, *Revista do CEJ*, nº 1, 2º semestre de 2004, pp. 214 e segs.



## VI – O PROCESSO DE AUSENTES

O CPP de 1929 previa, entre os processos especiais, os processos de ausentes.

Este processo tinha lugar quando o réu não podia ser notificado do despacho de pronúncia ou equivalente, por não ser encontrado, e ainda quando, sendo notificado, faltava injustificadamente ao julgamento e não fosse encontrado (artigos 562.º, 563.º, 569.º e 570.º deste diploma).

O processo de ausentes não determinava a absoluta inaplicabilidade das formas de processo comum, mas apenas daquelas fases de tais processos a partir as quais era exigida a presença do arguido, ou seja, a partir do despacho de pronúncia ou da audiência de julgamento, se não tivesse lugar tal despacho ou se só em julgamento o réu se tornasse revel.

Os artigos 563.º e 565.º referiam-se aos casos de *ausência injustificada*. Nos pressupostos aí previstos, procedia-se ao julgamento à revelia, a efectuar pelo tribunal singular, com redução da prova a escrito, se o processo seguisse a forma correcional e, nos restantes processos, se a acusação e a defesa expressamente declarassem que não prescindiam de recurso (artigo 568.º). No caso do processo ser de querela, deveria ser obrigatoriamente reduzida a escrito a prova produzida (artigo 571.º§1.º).

Sendo impossível proceder à notificação do despacho de pronúncia, seguia-se os termos dos artigos 570.º e 571.º, com notificação edital do réu para se apresentar em prazo entre 10 e 30 dias, com a cominação de que, não se apresentando, o processo prosseguia à sua revelia.

Constituíam especialidades do processo de ausentes: o julgamento por juiz singular em processo de querela, em vez do tribunal colectivo (artigo 571.º, §1.º); a redução obrigatória da prova a escrito em processo de querela e processo correcional (artigos 568.º e §1.º do artigo 571.º); a admissibilidade de recurso no prazo de cinco dias após a notificação da sentença, quando o réu fosse preso ou se apresentasse em juízo (artigo 564.º, §6.º, e artigo 571.º, §3.º); e a possibilidade de, no mesmo prazo, o réu condenado em pena de prisão superior a dois anos requerer um novo julgamento (artigo 571.º, §3.º) e de o tribunal *ad quem* impor officiosamente este novo julgamento (artigo 577.º).

O artigo 566.º reportava-se a situações de *ausência justificada*, pressupondo que havia sido designado dia para julgamento e que o réu tinha deixado de comparecer justificadamente. Em face dessa situação, era designado novo dia para julgamento, respeitando os prazos de dilação referidos no § 1.º do artigo 566.º, do que o réu deveria ser devidamente notificado. Se o réu voltasse a faltar, era mais uma vez designada nova data, dentro dos 15 dias subsequentes, sendo o réu notificado de que o julgamento teria lugar nesse dia, como se ele estivesse presente, à sua revelia. Na data designada, o julgamento tinha lugar, mesmo que o réu não comparecesse, tudo se passando como se estivesse presente, fazendo-se as notificações ao réu no seu defensor ou advogado constituído.

O CPP de 1987 eliminou esta forma de processo e consagrou, na sua versão inicial, a regra da inadmissibilidade do julgamento de pessoas ausentes.

Após a revisão constitucional de 1997, são actualmente admissíveis, nos termos do artigo 333.º, julgamentos sem a presença do arguido desde que este seja considerado regularmente notificado. Quando não é possível esta notificação, por desconhecimento do paradeiro do arguido, será este declarado contumaz, com as restrições de direitos inerentes a esta situação e a suspensão dos termos do processo (artigos 335º e 337º).

A audiência pode ter lugar na ausência do arguido com o seu consentimento sempre que este se encontre praticamente impossibilitado de comparecer, nomeadamente, por idade, doença grave ou residência no estrangeiro (artigo 334.º, n.º2).

## VII – A RESPONSABILIDADE CIVIL CONEXA COM A RESPONSABILIDADE CRIMINAL

### 1 – NO CPP DE 1929

Estabelecia o artigo 29.º, do CPP de 1929:

“O pedido de indemnização por perdas e danos resultantes de um facto punível, por que sejam responsáveis os seus agentes, deve fazer-se no processo em que correr a acção penal e só poderá ser feito separadamente em acção intentada nos tribunais civis nos casos previstos neste código”.

É sabido que a prática de uma infracção criminal pode constituir fundamento de duas pretensões dirigidas contra os seus agentes: uma acção penal, para julgamento e aplicação das reacções criminais adequadas; uma acção cível, para ressarcimento dos danos patrimoniais e não patrimoniais de que a infracção tenha sido causa. Na discussão sobre se as duas acções devem ser objecto do mesmo processo ou se deverão ser decididas em processos autónomos, foram apontadas diversas soluções: os sistemas da identidade, o da absoluta independência e o sistema da adesão.

O mencionado artigo 29.º consagrou o princípio da *adesão obrigatória*, com excepções que traduzem o princípio da *alternatividade* ou *opção*. Estas excepções constavam do artigo 30.º, que previa a possibilidade de a acção cível de perdas e danos por infracção penal que não dependesse de acusação ou participação particular ser proposta em separado perante o tribunal civil, quando a acção penal não tivesse sido exercida pelo Ministério Público dentro de seis meses, a contar da participação em juízo, ou estivesse sem andamento durante esse lapso de tempo; quando o processo tivesse sido arquivado; ou quando o réu tivesse sido absolvido na acção penal.

O § 1.º do mesmo artigo 30.º previa a possibilidade de intentar a acção cível em separado quando a acção penal dependesse de participação ou acusação particular; sendo que, neste caso, se a acção civil fosse instaurada, ficaria extinta a acção penal.

Caso tivesse sido instaurado processo penal por infracção que dependesse de participação ou acusação particular, somente poderia ser intentada em separado a

acção civil quando o processo penal estivesse sem andamento por seis meses ou mais, sem culpa da parte acusadora, quando o processo tivesse sido arquivado ou o réu tivesse sido absolvido (§2.º do mesmo artigo 30.º).

A transacção na acção cível impedia o exercício da acção penal que dependesse de participação ou acusação particular (artigo 31.º).

O artigo 33.º estatuiu que a extinção da acção penal antes do julgamento (que se entendia ser o julgamento em 1.ª instância) impedia que o tribunal continuasse a conhecer da acção por perdas e danos, a qual todavia poderia ser proposta no tribunal civil.

Prescrevia o artigo 34.º, corpo:

“O juiz, no caso de condenação, arbitrará aos ofendidos uma quantia como reparação por perdas e danos, ainda que lhe não tenha sido requerida”.

O quantitativo da indemnização, a atribuir também a outras pessoas que a ela pudessem ter direito (§1.º), era determinado segundo o prudente arbítrio do julgador, que atenderia à gravidade da infracção, ao dano material e moral por ela causado, à situação económica e à condição social do ofendido e do infractor (§2.º). As pessoas a quem fosse devida a indemnização podiam requerer a respectiva liquidação em execução de sentença, a fazer no tribunal civil e servindo de título exequível a sentença penal (§3.º). Se estivesse pendente ou tivesse sido julgada no tribunal civil acção por perdas e danos, nos casos em que a lei o permitia, a reparação civil não seria fixada na acção penal (§4.º).

No âmbito de vigência do CPP de 1929, discutia-se a questão da natureza civil ou penal da reparação de perdas e danos arbitrada em processo penal. Desta questão dependeria a aplicação dos princípios e regras próprios do direito e processo civil, ou do direito e processo penal; a necessária coincidência, ou não necessária coincidência, da reparação arbitrada em processo penal e da reparação arbitrada numa acção civil, e o facto de a reparação arbitrada em processo penal formar, ou não, caso julgado nos termos próprios do processo civil.

Figueiredo Dias<sup>90</sup> defendia a natureza penal da indemnização. Invocava o regime do citado artigo 34º, de arbitramento oficioso, que afastava o princípio do pedido, «princípio intocável» do processo civil». Os critérios indicados no §2º deste artigo para a fixação da indemnização conduziriam a resultados diferentes dos do processo civil, mencionando-se como critério a gravidade da infracção antes de se

---

<sup>90</sup> Ver *op. cit.*, pp. 544 e seguintes.

fazer referência ao dano material e moral. As exigências de prevenção e reparação do crime, em confronto com o valor objectivo do dano, poderiam conduzir a montantes da indemnização arbitrada em processo penal diferentes dos montantes da indemnização arbitrada em processo civil. E quando a reparação em processo penal fosse inferior à eventual indemnização do processo civil, não estaria vedada a possibilidade de recurso posterior a esta jurisdição para obtenção do montante correspondente à diferença em causa.

Colocava-se a questão do valor da sentença penal sobre a indemnização de perdas e danos, sobretudo quando arbitrada oficiosamente.

Parece inequívoco que a eficácia do caso julgado da sentença penal só podia ser extensiva aos intervenientes na acção cível em processo penal.

Também não suscitava dúvidas a circunstância de ficar precluída a possibilidade de proposição de acção cível para pedir maior indemnização quando a indemnização arbitrada ao lesado fosse igual àquela que havia sido pedida

Porém, nos casos em que a indemnização fosse arbitrada sem requerimento, ou em montante inferior ao requerido suscitavam-se algumas dúvidas.

Maia Gonçalves considerava preferível a orientação de que a sentença penal não constituía caso julgado e que, por isso, seria possível uma nova apreciação da questão da indemnização em termos civis<sup>91</sup>.

Castanheira Neves, no caso de condenação em que fosse arbitrada uma indemnização sem pedido por parte do lesado ou em montante inferior ao do pedido, entendia não ser de excluir a validade da reposição da apreciação dos danos e respectiva indemnização em termos puramente civis, “pois sempre se terá de admitir a possibilidade de não terem sido cobertos em processo criminal todos os danos civilmente indemnizáveis. Quer dizer, o caso julgado da decisão penal não terá também aqui maior extensão da que lhe atribui em geral o art. 153.º do Código (...) devendo acrescentar-se que o tribunal civil não deixará, evidentemente, de ter em conta o montante que o autor tenha porventura já recebido a título de indemnização no processo criminal (...)”<sup>92</sup>.

No entanto, o STJ, relativamente ao direito estradal, consagrou a orientação contrária, ao firmar jurisprudência, pelo assento de 28 de Janeiro de 1976, no

---

<sup>91</sup> Anotação ao artigo 32.º do CPP de 1929.

<sup>92</sup> *Ob. cit.*, p. 194 e 195.

sentido de que a decisão penal constituía caso julgado, quanto à indemnização arbitrada, entre o condutor – ainda que simultaneamente proprietário do veículo – e o lesado.

O artigo 12.º do Decreto-Lei n.º 605/75, de 3 de Novembro, estabeleceu a possibilidade de reparação civil mesmo em caso de absolvição pelo crime, reforçando a tese da natureza civil desta reparação.

O artigo 128.º do Código Penal de 1982 (hoje artigo 129.º) veio estabelecer a regra de que a indemnização de perdas e danos emergente de um crime é regulada pela lei civil.

## **2 – O REGIME DO CPP DE 1987**

O artigo 71.º estabelece que o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei.

Consagra-se, pois, o princípio da *adesão obrigatória*, com as excepções indicadas nas diversas alíneas don.º1 do citado artigo.

Estas excepções constam das diversas alíneas do n.º 1 do artigo 72.º:

Assim, o pedido pode ser deduzido em separado, perante o tribunal civil:

- quando o processo penal não tiver conduzido à acusação dentro de oito meses a contar da notícia do crime, ou estiver sem andamento durante esse lapso de tempo;
- quando o processo penal tiver sido arquivado ou suspenso provisoriamente, ou o procedimento se tiver extinguido antes do julgamento;
- quando o procedimento depender de queixa ou acusação particular;
- quando não houver ainda danos ao tempo da acusação, estes não forem conhecidos ou não forem conhecidos em toda a sua extensão;
- quando a sentença penal não se tiver pronunciado sobre o pedido de indemnização civil, nos termos do artigo 82.º, n.º 3 (reenviando a questão para os tribunais civis, dada a sua complexidade ou morosidade);
- quando o pedido for deduzido contra o arguido e outras pessoas com responsabilidade meramente civil, ou somente contra estas haja sido provocada, nessa acção, a intervenção principal do arguido;
- quando o valor do pedido permitir a intervenção civil do tribunal colectivo, devendo o processo penal correr perante tribunal singular; quando o processo penal correr sob a forma sumária ou sumaríssima;

- e quando o lesado não tiver sido informado da possibilidade de deduzir o pedido civil no processo penal ou notificado para o fazer, nos termos regulados nos artigos 75.º, n.º 1, e 77.º, n.º 2.

Por força do disposto no n.º 2 do artigo 72.º, no caso de o procedimento depender de queixa ou acusação particular, a prévia dedução do pedido perante o tribunal civil pelas pessoas com direito de queixa ou acusação particular vale como renúncia a este direito.

Discutiu-se se a dedução do pedido de indemnização perante o tribunal civil depois da apresentação da queixa implicava, ou não, desistência desta. Dizia-se que importava distinguir entre *renúncia* (que incide sobre um direito e é anterior ao exercício deste) e a *desistência* (a qual supõe já a formulação de um pedido), sendo os termos do preceito citado relativos apenas à *renúncia*. O acórdão do STJ denominado “assento” n.º 5/2000 (publicado na Iª série do Diário da República de 2 de Março de 2000) fixou jurisprudência nos seguintes termos:

“A dedução, perante a jurisdição civil, do pedido de indemnização, fundado nos mesmos factos que constituem objecto da acusação, não determina a extinção do procedimento quando o referido pedido civil tiver sido apresentado depois de exercido o direito de queixa se o processo estiver sem andamento há mais de oito meses após a formulação da acusação”.

Preceitua o artigo 73.º, n.º 1: “O pedido de indemnização civil pode ser deduzido contra pessoas com responsabilidade meramente civil e estas podem intervir voluntariamente no processo penal”.

O pedido de indemnização civil é deduzido pelo lesado, entendendo-se como tal a pessoa que sofreu danos ocasionados pelo crime, ainda que se não tenha constituído ou não possa constituir-se assistente (artigo 74.º, n.º 1).

O artigo 77.º regula a formulação do pedido e o artigo 78.º a contestação do mesmo.

O artigo 82.º, n.º 1, prevê a possibilidade de liquidação da indemnização em execução de sentença e o n.º 3 deste artigo o reenvio para os tribunais civis quando as questões suscitadas pelo pedido de indemnização civil inviabilizarem uma decisão rigorosa ou forem susceptíveis de gerar incidentes que retardem intoleravelmente o processo penal.

O artigo 84.º estabelece que a decisão penal, ainda que absolutória, que conhecer do pedido de indemnização civil constitui caso julgado nos termos em que a lei atribui eficácia de caso julgado às sentenças civis.

O artigo 82.º A, introduzido pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, estabeleceu a possibilidade de o tribunal, oficiosamente, poder arbitrar uma reparação pelos prejuízos sofridos, quando isso seja imposto por particulares exigências de protecção da vítima. A quantia arbitrada – que não é a indemnização – será tida em conta em acção que venha a conhecer do pedido civil de indemnização.

Como já se disse, o artigo 129.º do Código Penal preceitua que a indemnização por perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil. Por conseguinte, não oferece dúvidas a aplicação do regime civil substantivo quanto aos pressupostos e ao quantitativo da indemnização.

Já no que concerne aos princípios e regras processuais há que aplicar o processo penal, pois não é o facto de ter sido deduzido um pedido de indemnização civil, por força do princípio de adesão, que desvirtua a natureza penal do processo. Só assim não acontecerá, a meu ver, naquelas situações em que o processo prossegue exclusivamente para o conhecimento do pedido civil (por força de uma lei de amnistia que o estabeleça ou da prescrição do procedimento), em que a extinção do procedimento se mostra incompatível com a aplicação de determinadas regras processuais penais (como as da contumácia, por exemplo).



# Apêndice

## NOTA PRÉVIA:

Neste apêndice alinham-se alguns apontamentos sobre a temática da execução das reacções criminais, em termos muito esquemáticos, que apresentam as linhas gerais do sistema português actualmente em vigor.



## A EXECUÇÃO DAS REACÇÕES CRIMINAIS

### TÓPICOS

(Execução das penas)

#### 1 – *Natureza da execução e título executivo*

Dispõe o artigo 467.º, n.º1, do CPP de 1987:

“As decisões penais condenatórias transitadas em julgado têm força executiva em todo o território português ou sob administração portuguesa e ainda em território estrangeiro, conforme os tratados, convenções e regras de direito internacional”.

À aplicação da pena na sentença condenatória segue-se a sua execução. O título executivo é a sentença transitada em julgado.

Como salienta Germano Marques da Silva, a execução da sentença condenatória não constitui, como no processo executivo (civil), um processo autónomo, “antes um conjunto de decisões idóneas para executar directamente a decisão final condenatória”.<sup>93</sup>

O título executivo, apesar do trânsito em julgado da sentença, pode ser condicional, como acontece no caso da suspensão da execução da pena de prisão.

#### 2 – *Órgãos de execução*

Dispõe o artigo 470.º do CPP:

- “1. A execução corre nos próprios autos perante o presidente do tribunal de primeira instância em que o processo tiver corrido.
2. Se a causa tiver sido julgada em primeira instância pela relação ou pelo Supremo Tribunal de Justiça, ou se a decisão tiver sido revista e confirmada, a execução corre na comarca de domicílio do condenado, salvo se este for magistrado judicial ou do Ministério Público aí nem exercício, caso em que a execução corre no tribunal mais próximo”

É ao tribunal competente para a execução que cabe decidir as questões relativas à execução das penas e das medidas de segurança e à extinção da responsabilidade, bem como à prorrogação, pagamento em prestações ou substituição por trabalho da pena de multa e ao

---

<sup>93</sup> *Ob. cit.*, p. 192. Segue-se, de perto, este autor, na exposição breve de algumas das linhas do regime legal.

cumprimento da prisão subsidiária da multa (artigo 474.º). Cabe ao mesmo tribunal declarar extinta a pena ou a medida de segurança (artigo 475.º).

Além do tribunal da execução, definido nos termos do citado artigo 470.º, intervém na execução da pena de prisão o Tribunal de Execução das Penas (TEP).

Os TEP são tribunais de competência especializada, com competências muito amplas e diversificadas, sendo-lhes atribuídas funções jurisdicionais, funções consultivas e funções de vigilância e de garantia dos direitos dos reclusos, conforme dispõem os artigos 91.º e 92.º da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (LOFTJ)<sup>94</sup>.

Em matéria de execução da pena de prisão, da pena relativamente indeterminada e da medida de segurança de internamento de inimputáveis, compete aos TEP, no âmbito das suas funções jurisdicionais:

- a) Conceder a liberdade condicional e decidir sobre a sua revogação;
- b) Decidir o internamento ou a suspensão da execução da pena de prisão de imputáveis portadores de anomalia psíquica sobrevinda durante a execução da pena de prisão, bem como a respectiva revisão;
- c) Decidir sobre a modificação da execução da pena de prisão relativamente aos condenados que padeçam de doença grave e irreversível, em fase terminal;
- d) Rever, prorrogar e reexaminar a medida de segurança de internamento de inimputáveis;
- e) Conceder a liberdade para prova e decidir sobre a sua revogação;
- f) Homologar o plano individual do condenado em pena relativamente indeterminada e respectivas modificações;
- g) Proferir despacho de declaração de contumácia e do decretamento do arresto relativamente a condenado que dolosamente se tiver eximido parcialmente à execução da uma pena de prisão, de uma pena relativamente indeterminada ou de uma medida de segurança de internamento;
- h) Declarar a extinção da pena de prisão, da pena relativamente indeterminada e da medida de segurança de internamento;
- i) Decidir sobre a prestação de trabalho a favor da comunidade ou sobre a sua revogação no caso de execução sucessiva de medida de segurança e pena privativa de liberdade;
- j) Decidir sobre o cancelamento provisório no registo criminal de factos ou decisões nele inscritos;
- k) Decidir sobre a revogação de indulto, bem como fazer a sua aplicação, e aplicar a amnistia e o perdão genérico, sempre que os respectivos processos se encontrem na secretaria ainda que transitoriamente

No âmbito das suas funções consultivas, cabe aos TEP:

- Emitir parecer sobre a concessão do indulto.

---

<sup>94</sup> Lei n.º 3/99, de 13 de Janeiro.

No âmbito das funções de vigilância e de garantia dos direitos dos reclusos, cabe ao juiz do TEP:

- a) Visitar os estabelecimentos prisionais da respectiva circunscrição, a fim de tomar conhecimento da forma como estão a ser executadas as condenações;
- b) Apreciar, por ocasião da visita, as pretensões dos reclusos que para o efeito se inscrevam em livro próprio, ouvindo o director do estabelecimento;
- c) Conhecer dos recursos interpostos pelos reclusos de decisões disciplinares que apliquem sanção de internamento em cela disciplinar por tempo superior a oito dias;
- d) Conceder e revogar saídas precárias prolongadas;
- e) Exercer as demais competências conferidas por lei.

Saliente-se que a promoção da execução das penas e das medidas de segurança compete ao Ministério Público, nos termos do artigo 469.º do CPP.

### 3 – A execução da pena de prisão

De harmonia com o disposto no artigo 477.º do CPP, o Ministério Público, a quem compete promover a execução da sentença condenatória, envia ao TEP, aos serviços prisionais e de reinserção social, no prazo de cinco dias após o trânsito em julgado, cópia da sentença que aplicar pena privativa da liberdade, indicando, nos casos em que seja admissível a liberdade condicional, as datas a partir das quais esta poderá ser concedida. Tratando-se de pena relativamente indeterminada fará ainda a indicação mencionada no n.º3 do citado artigo.

Os condenados em pena de prisão dão entrada no estabelecimento prisional por mandado do juiz competente (artigo 478.º).

No termo do cumprimento da pena de prisão ou para início do período de liberdade condicional, os presos são libertados por mandado do juiz e, em caso de urgência, a libertação pode ser ordenada por qualquer meio de comunicação devidamente autenticado, remetendo-se posteriormente o respectivo mandado (artigo 480.º).

Tratando-se de pena de prisão relativamente indeterminada, o artigo 89.º do Código Penal dispõe que é elaborado um plano individual de readaptação do delinquente.

Esta pena caracteriza-se pelo facto do tempo de prisão ser fixado na sentença condenatória entre um mínimo e o máximo, sendo o *quantum* concreto determinado apenas na fase de execução.

Nos casos de prisão relativamente indeterminada, a liberdade condicional só pode ser concedida depois de atingido o limite mínimo fixado pelo tribunal de condenação, que corresponde a 2/3 da prisão que ao facto caberia (artigos 83.º, n.2, 84.º, n.º2 e 86.º, n.º2, do Código Penal).

#### **4 – A execução da pena de multa**

A multa deve ser paga após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo de quinze dias o prazo de pagamento, a contar da notificação para o efeito, a menos que o pagamento tenha sido diferido ou que o tribunal tenha autorizado o pagamento pelo sistema de prestações (artigo 489.º).

A requerimento do condenado, a multa pode ser substituída por dias de trabalho (artigo 490.º).

Não sendo paga, voluntária ou coercivamente através de execução patrimonial, procede-se à conversão da multa em prisão subsidiária pelo tempo correspondente, reduzido a 2/3 (artigo 49.º, n.º1, do Código Penal).

Se o condenado provar que a razão do não pagamento da multa lhe não é imputável, a execução da prisão subsidiária pode ser suspensa, por um período de 1 a 3 anos, ficando a suspensão subordinada ao cumprimento de deveres ou regras de conduta de conteúdo não económico ou financeiro.

A multa pode ser, no todo ou em parte, substituída por trabalho, a requerimento do condenado. Os dias de trabalho serão prestados em estabelecimentos, oficinas ou obras do Estado ou de outras pessoas colectivas de direito público, ou ainda de instituições de solidariedade social, quando se conclua que essa forma de cumprimento realiza de forma adequada e suficiente as finalidades da punição (artigo 48.º do Código Penal).

#### **5 – A substituição da execução da pena de prisão**

##### **Internamento de imputáveis portadores de anomalia psíquica**

O condenado a pena de prisão, imputável ao tempo do crime, mas que sofra de anomalia psíquica ao tempo do crime ou sobrevinda posteriormente, poderá ser internado em estabelecimento destinado a inimputáveis, pelo tempo correspondente à duração da pena, nos termos dos artigos 104.º a 108.º do Código Penal.

#### **6 – Modificação da execução da pena de prisão**

##### **Condenados afectados por doença grave e irreversível em fase terminal**

Nos termos da Lei n.º 36/96, de 29 de Agosto, pode ser modificada a execução da pena de prisão desses condenados, quando a tal não se oponham as exigências de prevenção ou de ordem e paz social, nas seguintes modalidades:

- a) Internamento do condenado em estabelecimento de saúde ou de acolhimento adequado; ou
- b) Obrigação de permanência na habitação.

## 7 – A suspensão da execução da pena

A suspensão da execução da pena é uma *pena substitutiva* da pena de prisão.

O período de suspensão é fixado entre 1 e 5 anos a contar do trânsito em julgado da sentença condenatória.

A suspensão pode ser subordinada ao cumprimento de deveres, à observância de regras de conduta ou acompanhada de regime de prova (artigos 50.º e seguintes do Código Penal).

Perante a falta de cumprimento culposa das condições de suspensão, o tribunal pode: (artigo 55.º do Código Penal):

- a) Fazer uma solene advertência;
- b) Exigir garantias de cumprimento das obrigações que condicionam a suspensão;
- c) Impor novos deveres ou regras de conduta, ou introduzir exigências acrescidas no plano de readaptação;
- d) Prorrogar o período de suspensão até metade do prazo inicialmente fixado, mas não por menos de 1 ano nem por forma a exceder 5 anos.

A suspensão da execução será revogada sempre que no seu decurso o condenado (artigo 56.º do Código Penal):

- a) Infringir grosseira ou repetidamente os deveres ou regras de conduta impostos ou o plano individual de readaptação social; ou
- b) Cometer crime pelo qual venha a ser condenado, e revelar que as finalidades que estavam na base da suspensão não puderam, por meio dela, ser alcançadas.

A revogação da suspensão da execução da pena não funciona de forma automática.

Decorrido o período da suspensão, não havendo motivos que possam conduzir à sua revogação, a pena é declarada extinta (artigo 57.º do CP).

## 8 – A liberdade condicional

Germano Marques da Silva define a liberdade condicional como uma pena substitutiva da pena de prisão que consiste na libertação do condenado durante o tempo que faltar para o cumprimento da pena, podendo ser-lhe impostas pelo tribunal regras de conduta ou sujeitá-lo ao regime de prova.<sup>95</sup>

Considerando o regime comum ou geral da liberdade condicional – e não entrando nos regimes da liberdade condicional no âmbito da pena relativamente indeterminada, da execução sucessiva de várias penas de prisão, da execução sucessiva de pena e de medida

---

<sup>95</sup> *Ob. cit.*, p. 216.

de segurança privativas da liberdade, ou dos casos de internamento de imputáveis -, podemos esquematizar as seguintes noções gerais:

- o regime de liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado (artigo 61.º);
- os pressupostos da sua aplicação variam em função da pena aplicada, do tempo cumprido e de outros requisitos, como a natureza do crime
- a concessão da liberdade é facultativa quando depende da verificação de alguma das condições indicadas nas alíneas a) e b) do artigo 61.º, n.º2; é obrigatória quando tem apenas como seu pressuposto o tempo de pena já cumprida, o que ocorre no caso de pena de prisão superior a 5 anos em que o condenado tenha já cumprido cinco sextos da pena;
- é em relação à pena fixada na sentença que se fazem os cálculos de metade, dois terços e cinco sextos mencionados no artigo 61.º;
- ao condenado em liberdade condicional podem ser impostas regras de conduta, o regime de prova e o plano de readaptação social previstos para a suspensão da execução da pena de prisão;
- a liberdade condicional é revogada nos mesmos termos em que deve ser revogada a suspensão da execução da pena, determinando a revogação a execução da pena de prisão ainda não cumprida.