

LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA E PROVA INDIRECTA ¹

CEJ 25.05.2013

*

O tema que me é proposto permanece complexo.

Suscita inúmeras abordagens.

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

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

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

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

*

Esquema de desenvolvimento:

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

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

*

(a) O princípio da livre apreciação das provas

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

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

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

É sempre da formação de uma convicção que se trata.

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

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

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

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

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

² Figueiredo Dias, *Lições de Processo Penal*, 2004, p.202

³ Taruffo, *La prueba*, p. 135

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

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

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

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

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

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

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

⁴ Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal, II*, p. 298

⁵ Figueiredo Dias, *Direito Processual Penal, 2004*, p. 202-3

(b) As regras da experiência

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

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

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

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

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

Refere:

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

“O juiz historiador tem que reconstituir um facto individual que ele mesmo não percepcionou. Na melhor das hipóteses, o juiz historiador conseguirá ainda assim ter acesso a fragmentos da matéria de facto” (Sousa Mendes exemplifica com o “artigo de jornal” no crime de difamação através da comunicação social).⁷

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

⁷ Paulo de Sousa Mendes, *idem, p.1003*

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

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

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

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

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

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

⁸ Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1003

⁹ Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1011

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

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

(c) A decisão contra as regras da experiência

O acórdão do TRC de 15.5.2013¹¹, relatado por Jorge Jacob, ilustra a aplicação prática desta doutrina:

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

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

Tendo a mulher acompanhado o marido nas consultas ao escritório do advogado, e estando a denúncia à Ordem assinada por ambos, e não considerando

¹⁰ Paulo de Sousa Mendes, *idem*, p.1011

¹¹ Este e todos os acórdãos citados estão disponíveis em www.dgsi.pt

normal que o assunto não tivesse sido discutido entre os cônjuges, a 1ª instância condenara também a mulher.

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

(d) A decisão contra a presunção legal

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

No acórdão do TRE de 20.12.2012, que relatei, a demandante cível recorrera da absolvição. Tratava-se de caso em que o arguido, sobrinho da ofendida demandante, estava acusado da prática de crime de abuso de confiança do art. 205º, nºs 1 e 4-b) do Código Penal.

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

instado a restituir, se recusara sempre a fazê-lo, contrariando a vontade da ofendida, causando-lhe grande desgosto, incómodo e preocupação.

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

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

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

Ao ter dado como provado que a demandante transferira dinheiros próprios para duas contas conjuntas com o seu sobrinho, tendo-o feito por ser uma pessoa idosa, doente, viúva e sem filhos, e por aquele se ter prontificado a ajudá-la na administração dos dinheiros, e ainda que o sobrinho procedera ao levantamento das quantias depositadas, sem o seu conhecimento e contra a sua vontade, e que se recusara a restituí-las contrariando em tudo a vontade da ofendida, ficou por explicar, de modo racional e lógico, porque razão se consideraram, então, como *não provados* os restantes factos da acusação.

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

(e) A verdade práctico-jurídica

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

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

No acórdão do STJ de 06-10-2010, relatado por Henriques Gaspar, afirma-se que “a verdade processual, na reconstituição possível, não é nem pode ser uma verdade ontológica. A verdade possível do passado, na base da avaliação e do julgamento sobre factos, de acordo com procedimentos, princípios e regras estabelecidos. Estando em causa comportamentos humanos da mais diversa

¹² Entre muitos, Acórdão TC nº 137/2002

natureza, que podem ser motivados por múltiplas razões e comandados pelas mais diversas intenções, não pode haver medição ou certificação segundo regras e princípios cientificamente estabelecidos. Por isso, na análise e interpretação – interpretação para retirar conclusões – dos comportamentos humanos há feixes de apreciação que se formaram e sedimentaram ao longo dos tempos: são as regras da experiência da vida e das coisas que permitem e dão sentido constitutivo à regra que é verdadeiramente normativa e tipológica como meio de prova – as presunções naturais.”

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

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

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

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

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

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

(f) A fundamentação da matéria de facto

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

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

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

O Código de 1929 não previa a fundamentação da matéria de facto e os juízes penais não a concretizavam. Na sentença, à especificação dos factos provados seguia-se então a decisão sobre a questão de direito. A doutrina de que o exame das provas se deveria considerar já então obrigatório, por aplicação do regime que desde 1961 vigorava no processo civil, nunca vingou na jurisprudência.¹³

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

A decisão de facto não viabilizava um efectivo controlo.

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

Nas palavras de Marques Ferreira, proferidas logo nos primeiros trabalhos sobre o novo Código, divulgados pelo CEJ em 1988, “a obrigatoriedade de tal motivação surge em absoluta oposição à prática judicial na vigência do Código de

¹³ *Maia Gonçalves, Código de Processo Penal anotado, p. 855*

Processo Penal de 1929 e não poderá limitar-se a uma genérica remissão para os diversos meios de prova fundamentadores da convicção do tribunal (...) está intimamente conexionada com a concepção democrática ou antidemocrática que insufla o espírito de um determinado sistema processual (...).

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

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

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

Mesmo assim, persistem pontuais incorrecções de que deixo nota:

- Análise da prova documental por simples remissão para páginas do processo;

¹⁴ Marques Ferreira, *Jornadas de Direito Processual Penal, O Novo Código de Processo Penal, 1988, 229/30*

¹⁵ Acórdão TC n.º 198/2004.

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

No reverso, insisto:

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

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

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

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

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

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

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

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

(g) A prova indirecta

As exigências de fundamentação das decisões judiciais não são uniformes.

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

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

A prova indirecta determina especiais exigências de fundamentação.

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

¹⁶ Paulo de Sousa Mendes, *loc. cit.*

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

¹⁸ Taruffo, *La Prueba*, p. 60

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

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

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

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

Indirectas podem ser quaisquer provas, obtidas por qualquer meio.

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

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

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

Nas suas lições classifica os vários tipos de indícios, discorre sobre os procedimentos a adoptar na apreciação e relação desses indícios, concluindo que eles “são tanto mais valiosos quanto mais precisos, ... mais concludentes se

¹⁹ Taruffo, *La Prueba*, p. 60

²⁰ Cavaleiro de Ferreira, *Curso de Processo Penal*, II, p. 289.

²¹ *idem*

apresentem, mais próximos da categoria dos indícios necessários, e quanto mais numerosos”.²²

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

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

Avançaria três notas elementares:

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

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

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

Dos dez acórdãos do STE que sumaria, destaco o Ac. STE nº 560/2006 de 19.05.2006:

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

²² idem, p.292

²³ Euclides Dâmaso, *Prova Indiciária, Julgar nº 2*

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

No acórdão do STE de 22.05.2006, nº 557/2006, acentua-se como pressuposto para a correcta aplicação deste tipo de prova:

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

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

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

Estas considerações facilitam a lógica de raciocínio judicial porquanto se baseia na provável semelhança das condutas humanas realizadas em circunstâncias semelhantes, a menos que outra coisa resulte no caso concreto que

²⁴ Santos Cabral, *Prova Indiciária e as novas formas de criminalidade*, Julgar nº 17

se analisa, ou porque se demonstre a existência de algo que aponte em sentido contrário ou porque a experiência ou perspicácia indicam uma conclusão contrária”

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

Não deve, porém, baixar-se o parâmetro de exigência de prova, quanto a crimes mais difíceis de investigar e provar. O que não impede que se encare com maior normalidade a inexistência de prova directa nesses casos, e que a prova indirecta deva então concentrar toda a atenção.

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

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

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

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

Há-de, pois, existir e ser revelado um percurso intelectual, lógico, sem soluções de descontinuidade, e sem uma relação demasiado longínqua entre o facto conhecido e o facto adquirido. A existência de espaços vazios no percurso lógico de congruência segundo as regras da experiência, determina um corte na

continuidade do raciocínio, e retira o juízo do domínio da presunção, remetendo-o para o campo já da mera possibilidade física mais ou menos arbitrária ou dominada pelas impressões. ”

(h) A prova do dolo

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

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

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

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

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

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

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

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

Maior dificuldade pode suscitar a apreciação das declarações do arguido.

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

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

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

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

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

O acórdão do TRE de 22.11.2011, que relatei, tratou o silêncio do arguido, o valor probatório das declarações inverosimilhantes de arguido e a prova indirecta.

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

- no depoimento da ofendida, confirmativo dos factos provados relativos à subtracção dos bens e ao seu valor; nada soube dizer, porém, quanto à autoria dos factos:

- na apreensão da máquina fotográfica, em casa de um terceiro, F;

- no depoimento de F, que indicou o arguido como tendo sido a pessoa que deixara a máquina em sua casa, numa ocasião em que o deixara ali pernoitar atenta a situação de total carência económica e desprotecção social em que ele se encontrava;

- nas declarações do arguido, de negação da prática dos factos, ou seja, negou a subtracção dos bens, mas admitiu ter deixado a máquina fotográfica na

casa de F; justificou a posse do artigo furtado, por “compra a um desconhecido, num café, por 30€ e para o ofertar a alguém”;

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

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

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

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

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

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

Assim, “do facto do arguido haver sido encontrado na posse de objectos furtados não se pode inferir, com suficiente segurança, pelas regras da lógica e da experiência comum, que ele foi autor do furto”²⁵ e “a simples detenção dos objectos furtados por parte do arguido, desacompanhada de qualquer outro

²⁵ Ac. TRP 28.01.2009 Rel. Isabel Pais Martins

indício, não permite induzir a forma como as coisas furtadas foram por ele obtidas, nem que ele as obteve nas condições requeridas pelo art. 203º do CP”.²⁶

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

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

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

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

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

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

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

²⁶ Ac. TRG 18.01.2009 Rel. Cruz Bucho

²⁷ Ac. TRC 11.05.2005 Rel. Oliveira Mendes

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

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

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

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

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

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

²⁸ Ac. STJ 12.03.2009, Rel Santos Cabral

único indício nem sempre tem uma força persuasiva inferior à da prova directa ou demonstrativa”.²⁹

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

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

É uma decisão importante, da qual destaco uma passagem:

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

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

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

²⁹ Ac. TRL 07.01.2009 Rel. Carlos Almeida

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

(j) A utilização dos métodos indiciários nos crimes fiscais

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(I) O apreciador de provas

Esgotei o tempo e vou terminar.

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

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

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

A fronteira da dúvida razoável não é um dado.

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

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

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

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

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

*

Ana Maria Barata de Brito

Juíza Desembargadora no TRE

³⁰ Ana Sacau e Andreia Rodrigues, *Reflexões sobre o papel da experiência do juiz na tomada de decisões judiciais*, *Julgar* n.º 8, p. 159.