



FRANCISCA MARQUES DE FRANÇA

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

**“A PROVA DOS ELEMENTOS DETERMINANTES PARA A IMPUTAÇÃO
SUBJETIVA”**

**Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau de Mestre em
Direito, na especialidade de Direito Forense e Arbitragem.**

Orientador:

Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto

Professor na NOVA School of Law

Março, 2023



FRANCISCA MARQUES DE FRANÇA

RELATÓRIO DE ESTÁGIO CURRICULAR NO JUÍZO CENTRAL CRIMINAL DE LISBOA

**“A PROVA DOS ELEMENTOS DETERMINANTES PARA A IMPUTAÇÃO
SUBJETIVA”**

Relatório de Estágio com vista à obtenção do grau de Mestre em Direito,
na especialidade de Direito Forense e Arbitragem.

Orientador: Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto
Professor na NOVA School of Law

Supervisor do Estágio: Dr. Rui Figueiredo Coelho

Março, 2023

DECLARAÇÃO ANTIPLÁGIO

Declaro por minha honra que o trabalho que apresento é original e que todas as minhas citações estão corretamente identificadas.

Tenho consciência de que a utilização de elementos alheios não identificados constitui uma grave falta ética e disciplinar.

AGRADECIMENTOS

Um carinhoso agradecimento à minha mãe e ao Filipe.

Um agradecimento especial ao Professor Doutor Federico de Lacerda da Costa Pinto, pela orientação e cuidado constantes, na apreciação do detalhe e do rigor científico.

Ao Dr. Rui Coelho, pelo acompanhamento exímio, e pela experiência de estágio proporcionada, que superou todas as expectativas.

MODO DE CITAR E NÚMERO DE CARACTERES

1. A dissertação foi escrita ao abrigo do atual acordo ortográfico da língua portuguesa.
2. Na citação de textos anteriores ao Acordo Ortográfico de 1990 ou que não o sigam, mantém-se a grafia original.
3. O corpo da dissertação, no qual se inclui espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 156 883 caracteres.
4. As citações de textos escritos em língua estrangeira estão traduzidas para português, sendo a tradução da responsabilidade da autora.
5. Todas as citações apresentadas referem-se a obras consultadas, jurisprudência (disponível on-line) e processos consultados aquando da realização do estágio.
6. São seguidas as Normas Portuguesas n.º 405-1 e 405-4 do Instituto Português da Qualidade.
7. A bibliografia final encontra-se organizada alfabeticamente da seguinte forma: APELIDO, nome do autor, *título da obra*, edição, local: editora e ano.
8. A bibliografia referenciada em nota de rodapé aquando da primeira referência apresenta-se conforme a bibliografia final, ao que acresce a indicação da(s) página(s).
9. Nas referências seguintes é apresentada da seguinte forma: APELIDO, nome do autor, *título da obra* (abreviado), cit.nota x (sendo que o x representa o número da nota de rodapé onde a obra é referenciada de forma completa), página(s).

ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS

Ac.	Acórdão
Al. / Als.	Alínea / Alíneas
Art. / Arts.	Artigo / Artigos
Atual.	Atualizada
Cfr.	Conforme
Cit.nota x	Citado na nota de rodapé de x ¹
Consult.	Consultado em
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CRP	Constituição da República Portuguesa
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
JCCL	Juízo Central Criminal de Lisboa
LOSJ	Lei de Organização do Sistema Judiciário
MP	Ministério Público
p. / pp.	página / páginas
p. e p.	previsto e punível
Proc.	Processo
Rel.	Relator(a)
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
ROFTJ	Regime de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
SEF	Serviço de Estrangeiros e Fronteiras
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TEP	Tribunal de Execução de Penas

¹ x representa o número da nota de rodapé onde se encontra a referência completa.

TR	Tribunal da Relação
TRC	Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

RESUMO

O presente relatório resulta de um estágio curricular realizado no Juízo Central Criminal de Lisboa no âmbito da componente não letiva do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem da NOVA School of Law. O tema do relatório versa sobre a prova dos elementos determinantes para a imputação subjetiva.

A verificação dos elementos que compõem o tipo subjetivo de ilícito é indispensável para a afirmação da responsabilidade criminal do agente. Este elemento, que integra a tipicidade, distingue-se pelas suas características intrínsecas, que se referem ao seu caráter “íntimo” e “pretérito”, e conduzem a uma maior dificuldade quanto ao seu conhecimento e prova. Contudo, apesar da sua centralidade e importância no processo penal, constatamos que este tema permanece alvo de um escasso desenvolvimento. Como tal, pareceu-nos que o seu tratamento pouco vai mais além da sua definição dogmática, ficando por concretizar como se procede à sua determinação em sede de julgamento e, posteriormente, ao nível da fundamentação da decisão.

Nesta exposição procuramos integrar os conhecimentos e a experiência prática adquiridos durante o estágio curricular, com a investigação que realizámos. Pretendeu-se, em primeiro lugar, esclarecer quais são os elementos determinantes da imputação subjetiva, compreendendo de seguida o leque dos meios de prova que permitem ao tribunal formular uma hipótese referente aos mesmos.

Embora esta prova se apresente como uma das grandes dificuldades da prática processual, a mesma não está impossibilitada, mas exige um exercício concreto de valoração pelo tribunal de julgamento.

Palavras-chave: estágio; tipo subjetivo de ilícito, imputação subjetiva, prova direta, prova indireta, valoração.

ABSTRACT

This report is the result of an internship carried out at the Central Criminal Court of Lisbon, undertaken as part of the non-teaching component of the master's degree in Forensic Law and Arbitration at NOVA School of Law. The subject of the report is the proof of the determining elements for subjective imputation.

The elements' verification that makes up the subjective type of illegality is essential for asserting the criminal responsibility of the agent. This element is distinguished by its intrinsic characteristics as an "intimate" and "past" element, which determines a greater difficulty of knowledge and proof. However, despite its uniqueness and importance in the criminal process, we have found that this topic remains the subject of limited development. As such, it seemed that its treatment goes little beyond its dogmatic definition, leaving unanswered how its determination is carried out in the trial and subsequently at the decision-making level.

In this exposition, we sought to integrate the knowledge and practical experience gained during the internship with the research we conducted. First, we aimed to clarify what the determining elements of subjective imputation are, followed by an understanding about the range of means of proof that allow the court to formulate a hypothesis regarding them.

Although this proof presents itself as one of the great difficulties of procedural practice, it is not impossible, but requires a concrete exercise of valuation by the trial court.

Keywords: subjective elements, evidence, knowledge, intention, direct evidence, circumstantial evidence, valuation.

Índice

INTRODUÇÃO	14
PARTE I-ESTÁGIO CURRICULAR	15
1. OBJETIVOS DO ESTÁGIO.....	15
2. BREVE DESCRIÇÃO E ANÁLISE DO CONTEÚDO DO ESTÁGIO	15
PARTE 2-DISSERTAÇÃO-“A PROVA DOS ELEMENTOS DETERMINANTES PARA A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA”	21
1. ENQUADRAMENTO	21
2. OBJETIVOS	23
3. METODOLOGIA	23
Capítulo I-O TIPO SUBJETIVO DE ILÍCITO	25
1. A ESTRUTURAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO DE ILÍCITO	25
2. O DOLO PENAL	25
3. A NEGLIGÊNCIA.....	29
4. LIMITAÇÕES À PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO	30
Capítulo II-A PROBLEMÁTICA DA PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NO DIREITO ESTRANGEIRO	32
Capítulo III-A ATIVIDADE PROBATÓRIA PARA A DETERMINAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO	39
1. A PROVA DIRETA.....	39
2. O SENTIDO, O VALOR E OS LIMITES DA PROVA INDICIÁRIA NA DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO	44
Capítulo IV-A PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO EM FUNÇÃO DOS ELEMENTOS A PROVAR, exposição dos casos e análise da prática judiciária	54
1. Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL de 10-05-2021	54
2. Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL de 07-03-2023	58
3. Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL de 13-07-2021	63
Capítulo V-O CONTROLE DA DECISÃO JUDICIAL	66
1. SOBRE A NECESSIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA DECISÃO JUDICIAL	66
2. OS LIMITES À DECISÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO EM SEDE DE RECURSO.....	68
SÍNTESE FINAL	70
CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	74

INTRODUÇÃO

O presente estágio curricular está inserido no âmbito do plano curricular obrigatório do Mestrado em Direito Forense e Arbitragem, da NOVA School of Law e foi realizado no seu 1.º semestre do segundo ano, correspondente à fase não letiva e orientado pelo Professor Doutor Frederico de Lacerda da Costa Pinto.

A realização deste estágio tem como intuito a criação de uma oportunidade de contacto diário com a realidade das instituições de Justiça e com as atividades realizadas pelos seus profissionais. O presente relatório diz respeito ao estágio curricular realizado nos meses de setembro, outubro, novembro, dezembro de 2022 e janeiro de 2023 no Juízo Central Criminal de Lisboa (JCCL), sob a orientação do Exmo. Sr. Dr. Juiz Rui Coelho.

Para dar cumprimento à carga horária definida para esta unidade curricular, foi apresentado um plano de estágio que visa contemplar as 840 (oitocentas e quarenta) horas propostas.

Este trabalho encontra-se dividido em duas partes, sendo a primeira uma descrição do estágio realizado no JCCL, onde se analisa o trabalho desenvolvido para atingir os objetivos propostos. Na segunda parte é apresentado o tema de investigação que resultou da reflexão realizada ao longo desse período: “A prova dos elementos determinantes para a imputação subjetiva”.

PARTE I-ESTÁGIO CURRICULAR

1. OBJETIVOS DO ESTÁGIO

Os objetivos do presente estágio estão enquadrados em três vertentes:

- Vertente teórica;
- Aquisição de conhecimentos teórico-práticos;
- Acompanhamento de profissionais/detentores de cargos na área de Direito Penal e Direito Processual Penal.

E são:

1. Adquirir conhecimentos específicos sobre o funcionamento dos órgãos jurisdicionais;
2. Conhecer e compreender o trabalho institucional e em equipa no domínio da magistratura judicial;
3. Perceber a dinâmica dos fluxos de trabalho na área de especialização do aluno, Mestrado em Direito Forense e Arbitragem – vertente Magistratura.

2. BREVE DESCRIÇÃO E ANÁLISE DO CONTEÚDO DO ESTÁGIO

O estágio realizado no JCCL teve, conforme já referimos, a duração de quatro meses, tendo início no dia 12 de setembro de 2022 e terminando no dia 12 de janeiro de 2023.

O JCCL está localizado no Campus de Justiça, sito no Parque das Nações (edifício A), Lisboa. Este juízo integra vinte e quatro juízes que compõem oito coletivos. A sua competência advém dos arts.º 81.º, n.º 3, al. c), 118.º e 130.º, n.º 1 da Lei da Organização do Sistema Judiciário (LOSJ). A sua área de jurisdição é o município de Lisboa², que pertence à comarca de Lisboa³.

A competência deste tribunal é de três tipos: as competências material e funcional, nos termos do art.º10.º do Código de Processo Penal (CPP) e a competência territorial, definida pelo art.º19.º do CPP.

A primeira advém da lei fundamental e da respetiva regulamentação quanto à organização judiciária, compreendida nos arts.º 202.º a 224.º da Constituição da

² Conforme disposto no anexo III do Decreto-Lei (DL) n.º 49/2014, de 27-03 do Regime Aplicável à Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (ROFTJ).

³ Ver anexo II da LOSJ.

República Portuguesa (CRP)⁴. A competência funcional define-se em função das espécies de atos a praticar ou das fases do processo⁵.

Quanto à competência territorial, cabe a este juízo o julgamento dos crimes praticados dentro da área territorial do município de Lisboa (art.º19.º, n.º1 do CPP).

No que concerne à competência dos juízos centrais criminais, a mesma vem definida no art.º 118.º, n.º 1 da LOSJ. A característica distintiva destes juízos, por contraposição aos juízos locais criminais, é a composição do tribunal que assume a natureza de “tribunal coletivo”.

A competência do tribunal coletivo e do tribunal do júri é determinada pelos arts.º 133.º a 137.º da LOSJ. Quanto à competência material do tribunal coletivo, em concreto, importa ter em atenção o art.º134.º da LOSJ⁶.

O leque de processos que são julgados no JCCL é amplo e percorre todas as formas de criminalidade, desde os crimes contra os bens jurídicos iminentemente pessoais, como os crimes contra a vida e contra a integridade física; crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual; crimes contra o património e ambos contra o património e contra a integridade física. Por último, foram também vários os processos em que os arguidos vinham acusados pelo crime de tráfico de estupefacientes, conforme “Tabela 1”.

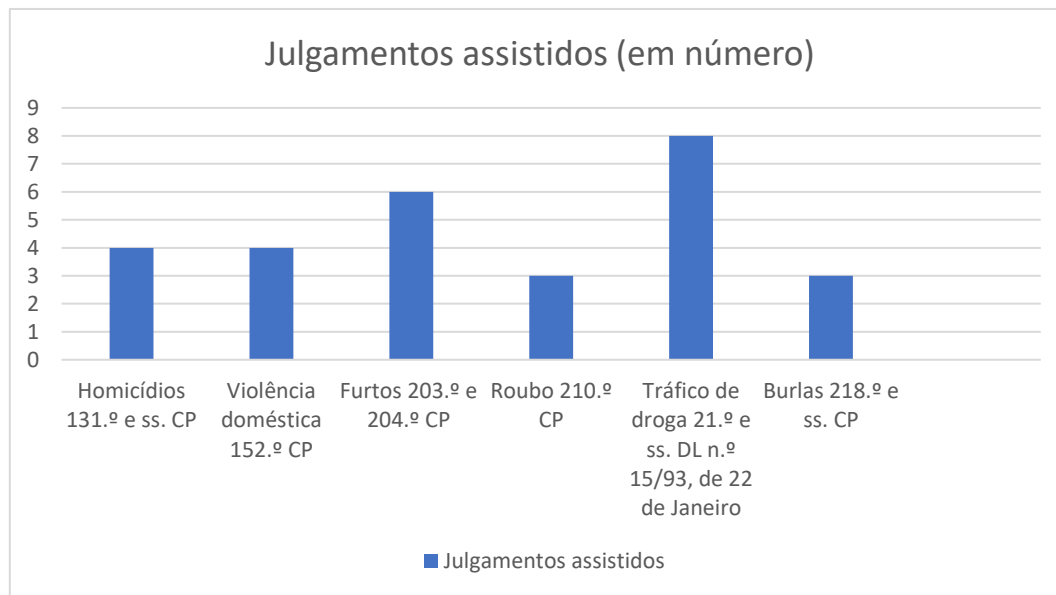


Tabela1: Julgamentos assistidos

⁴ GAMA LOBO, Fernando, *Código de Processo Penal Anotado*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p.24.

⁵ *Ibidem*. Visto que a competência material pode estar “(...) ordenada e delimitada no que respeita ao desenvolvimento do processo [...] mediante competências diversas conforme as fases da promoção e desenvolvimento processual. GASPAR, Henrique [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 48.

⁶ O qual remete para o art.º 14º do CPP.

Os objetivos propostos foram atingidos através de várias atividades.

O **objetivo I** – “*Adquirir conhecimentos específicos sobre o funcionamento dos órgãos jurisdicionais*”, foi cumprido.

Atividades realizadas: visita às instalações do tribunal, consulta de processos e acompanhamento da tramitação processual e estudo das questões substantivas e processuais suscitadas no âmbito dos processos submetidos a julgamento.

A visita às instalações do tribunal teve lugar no início do estágio, compreendendo os diferentes setores que compõem o JCCL, nomeadamente, as salas de audiências, o piso destinado ao Ministério Público (MP), a secretaria do Tribunal e o Tribunal de Execução das Penas (TEP). Esta atividade permitiu-me conhecer a estrutura física e a divisão administrativa do tribunal.

Quanto à segunda atividade, desde o início do estágio foram-me disponibilizados diversos processos considerados relevantes para a minha aprendizagem, permitindo-me o contacto com o processo penal e a sua estrutura.

Por último, no que diz respeito ao estudo das questões substantivas e processuais suscitadas no âmbito dos processos submetidos a julgamento, estas foram relevantes pois possibilitaram a análise, o aprofundamento e a integração dos conhecimentos que adquiri nas aulas teóricas, bem como a perceção de alguns dos problemas que se colocam no dia a dia dos tribunais. Assim, destacamos alguns casos que podem ser cientificamente relevantes pela sua gravidade e pelos problemas jurídicos que suscitaram.

Caso 1 – Sobre a promoção da suspensão provisória do processo

No âmbito deste processo o MP deduziu uma Acusação contra 59 arguidos, na sua maioria bombeiros, os quais foram acusados pela prática do crime de falsificação de documentos previsto e punível (p.e p.) pelo art.º 256.º do Código Penal (CP).

A questão suscitada foi de natureza processual, no sentido de saber se o MP não deveria ter promovido a suspensão provisória do processo, ao abrigo do art.º 281.º do CPP, atendendo ao teor da Acusação, ao grau de culpa dos arguidos, às exigências de prevenção e aos reflexos na dimensão do processo – o qual acabou por ganhar a dimensão de um “megaprocesso”; ao invés de ter prosseguido com o processo para julgamento pelo tribunal coletivo. Desta forma, ficava garantida a celeridade processual.

Caso 2 – A má-fé processual no processo penal

Neste caso, um advogado condenado, por diversas vezes, pelo crime de usurpação de funções, nos termos do art.º 358.º, als. b) e c) do CP, não obstante essa condição, interpunha vários recursos, além de arguir nulidades processuais sem fundamento.

Esta conduta tinha por objetivo o retardar da decisão do Tribunal e é reveladora de uma estratégia de invocação de invalidades no processo, tipicamente associada àquilo que nós representamos como a má-fé processual⁷.

Embora esta figura não exista no âmbito do processo-crime, é de repensar a resposta a este tipo de conduta processual num contexto em que são igualmente afetados outros valores como a celeridade da justiça e a sua efetividade. Todavia, admitimos que o caso possa ser mais complicado em processo penal, na medida em que a existência dessa figura limitaria o direito de defesa, que tem proteção constitucional, nos termos do art.º 32.º, n.º1 da CRP.

Caso 3 – A má-fé processual no processo penal, outro exemplo

Ainda no âmbito da temática anterior, foi-me apresentado outro exemplo de uma conduta semelhante, no âmbito de um processo em que estava em causa a prática de crimes económico-financeiros. Esta conduta traduziu-se na dimensão do recurso interposto para o Tribunal da Relação (TR) que contava com mais de 800 páginas, enquanto o acórdão proferido por este tribunal tinha apenas 40⁸.

Este processo suscita outra questão relevante para efeitos de prevenção geral e especial da prática dos crimes económico-financeiros que, pelo tempo que levam as decisões a transitar em julgado, lhes é atribuído um certo cariz de impunidade.

O objetivo II – “*Conhecer e compreender o trabalho institucional e em equipa no domínio da magistratura judicial*”, foi também integralmente cumprido.

Atividades realizadas: acompanhamento do trabalho do orientador, contacto e comunicação com os funcionários judiciais, aprendizagem da dinâmica do funcionamento de uma audiência final e assistência a outras diligências processuais, e perceção da interação entre magistrados judiciais, magistrados do MP e oficiais de justiça.

Neste sentido, ao longo dos quatro meses de estágio acompanhei não só o trabalho do meu orientador como também o dos restantes juízes deste tribunal. A partir daqui

⁷ A figura da má-fé processual apenas está pensada para o processo civil, nos termos do art.º 542.º do Código de Processo Civil (CPC), vindo descrita como “(...) um tipo especial de ilícito em que a parte, com dolo ou negligência, agiu processualmente de forma inequivocamente reprovável, violando deveres de legalidade, boa-fé, probidade, lealdade e cooperação (...)”, «Litigância de má-fé», Lexionário [Em linha]. Diário da República Eletrónico. [Consult. 23 jan. 2023]. Disponível na Internet: <URL: <https://dre.pt/dre/lexionario/termo/litigancia-ma-fe>>.

⁸ Sendo que os meios que estão ao dispor da defesa, na verdade estariam a ser usados como “(...) um meio de impedir a descoberta da verdade [...] como forma de emperrar ainda mais a máquina judiciária, com a colocação de obstáculos [...] que visam impedir o trânsito em julgado da decisão.” (itálico nosso) in ABRANTES GERALDES, António, A., PIMENTA, Paulo, PIRES DE SOUSA, Luís Filipes, *Código De Processo Civil Anotado., Vol. I, Parte Geral e Processo de Declaração, Artigos 1.º a 702.º*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 642, vide al. d) do n.º1 do art.º 542.º do CPC.

percecionei que o trabalho de um magistrado judicial implica sempre um trabalho em rede não só com os colegas, como também os demais profissionais do tribunal e que todos são importantes para o eficaz funcionamento da Justiça.

Neste âmbito referimos também a greve dos guardas prisionais que decorreu duramente o período de vigência do estágio e que determinou não só o adiamento de várias audiências de julgamento ou, em alternativa, que os arguidos tivessem de ser ouvidos à distância. Embora este acontecimento tenha determinado o impedimento de assistir a algumas audiências, permitiu-me também ter contacto com toda a complexidade do sistema judicial, que vai para além dos limites do tribunal.

Para a aprendizagem da dinâmica do funcionamento de uma audiência final foi particularmente relevante ter assistido aos vários momentos de produção da prova, nomeadamente, as declarações do arguido, ao abrigo da al. a) do art.º 341.º do CPP, a inquirição das testemunhas, a qual está regulada no art.º 348.º do CPP, a par da assistência às declarações das partes civis cfr. art.º 145.º do CPP, reprodução de um primeiro interrogatório judicial, nos termos do art.º 141.º do CPP⁹, bem como a consulta de imagens e gravações de videovigilância, previstas no art.º 167.º do CPP.

Além de poder assistir a estas diligências, pude igualmente estar presente nas deliberações para a tomada de decisão quanto aos factos discutidos no julgamento, discussão das questões levantadas em cada processo, constatação dos factos e determinação da medida da pena.

Por último, assisti também a algumas audições de condenado, nos termos do art.º 495.º do CPP, em cumprimento do disposto nos arts.º 55.º e 56.º do CP, às audiências para leitura de acórdão, consagradas no art.º 373.º do CPP; e para a determinação de cúmulo jurídico, nos termos do art.º 472.º do CPP.

No âmbito do estágio surgiu ainda a possibilidade de assistir a um debate instrutório. O debate instrutório vem previsto nos arts.º 297.º e ss. do CPP e tem por finalidade, nos termos do art.º 298.º do mesmo diploma, permitir a discussão dos “indícios de facto” e

⁹ Tendo em conta o Ac. do Tribunal Constitucional (TC), n.º 770/2022, de 21-12-2020, Proc. n.º 739/2020, Rel. Joana Fernandes Costa, disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt>, que considerou inconstitucional a interpretação segundo a qual podem valer em julgamento as declarações do arguido sem que tenha havido lugar à sua reprodução ou leitura em audiência. A lei é omissa quanto a este ponto e existe jurisprudência em ambos os sentidos: da obrigatoriedade de reprodução das declarações prestadas em sede do primeiro interrogatório judicial ou da sua não obrigatoriedade. A prática não foi uniforme no âmbito dos julgamentos assistidos em sede de estágio e naqueles que consideravam que não era obrigatória a reprodução, perguntavam ao arguido se prescindia da mesma, o que ficava a constar em ata.

“elementos de direito”, que resultam da fase anterior do processo, no sentido de saber se são suficientes para justificar a submissão do arguido a julgamento.

A assistência a este debate foi particularmente relevante pela dinâmica diferente que apresenta quando comparada com uma audiência de julgamento. Nesta sede verifica-se uma ampla discussão dos pressupostos, que têm de estar verificados, para prosseguir para a fase de julgamento¹⁰.

O **objetivo III** – *“Perceber a dinâmica dos fluxos de trabalho na área de especialização do aluno, Mestrado em Direito Forense e Arbitragem – vertente Magistratura”*, foi atingido.

Atividade realizada: acompanhamento da atividade do magistrado.

A realização desta atividade permitiu-me desenvolver as minhas competências analíticas e de conhecimento jurídico. Foi através da mesma que obtive o tema do trabalho de investigação “A prova dos elementos determinantes para a imputação subjetiva”, que resultou da troca de ideias com o Dr. Rui Coelho, bem como com os demais magistrados com os quais pude falar sobre esta temática, sendo unânime a opinião de que esta se apresentava como a principal dificuldade sentida no âmbito da sua atividade.

Em suma, o estágio curricular permitiu aliar os conhecimentos teóricos a uma experiência prática assente no funcionamento dos tribunais e na responsabilidade e sensibilidade do juiz na aplicação do Direito, sobretudo na concretização dos pressupostos que conduzem à responsabilidade criminal, em especial, do tipo subjetivo de ilícito.

¹⁰ Por exemplo, no caso concreto, referente ao julgamento assistido, estava em causa a prática de um crime de corrupção passiva p. e p. pelo art.º 373.º do CP. Discutiu-se quando é que começava a contar o prazo de prescrição do crime: se desde o momento do recebimento de vantagens (posição defendida pelo MP no âmbito do debate), se a partir do momento em que há a ofensa ao Estado ou ainda quando é detetado o acordo firmado entre o corruptor e o corrompido.

PARTE 2-DISSERTAÇÃO-“A PROVA DOS ELEMENTOS DETERMINANTES PARA A IMPUTAÇÃO SUBJETIVA”

1. ENQUADRAMENTO

RAGUÉS I VALLÈS, em 1999, afirmou que “Quando se indaga sobre as vias de aplicação dos conceitos [*relativos ao elemento subjetivo do tipo*], na maioria das ocasiões encontramos um grande vazio teórico como resposta, e muitos dos raciocínios a partir dos quais se resolvem os casos na prática permanecem ocultos.”(itálico nosso)¹¹. Ainda assim, esta apresenta-se como uma das grandes dificuldades da *praxis* processual e como uma das questões centrais do Direito Processual Penal¹².

Tendo isto em conta, nas páginas que se seguem propomo-nos a estudar a concreta forma de determinação do elemento subjetivo do tipo.

Apesar deste ser um problema recorrente, pois é uma questão que se coloca sempre que há lugar à prática de um crime, não existe ainda um grande rigor metodológico quanto à sua determinação¹³. Não obstante, é de extrema importância para a segurança jurídica das decisões judiciais¹⁴, pois estabelece uma garantia de que casos idênticos são decididos recorrendo a critérios uniformes¹⁵.

A importância associada a esta segurança jurídica relaciona-se com o facto de estar em causa a prática de um crime, cuja consequência jurídica pode consistir na aplicação daquela que se assume como a consequência mais gravosa do Direito Penal que é a

¹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: José M.ª Bosch Editor, 1999, p. 201.

¹² De facto “(...) a determinação dos elementos subjetivos do tipo deve ser contemplada como a cruz do processo penal, um problema que assume uma natureza urgente na prática, mas que apenas foi desenvolvido sob o ponto de vista teórico.” LOOS, F., *apud* RAGUÉS I VALLÈS, *ibidem*, p. 200.

¹³ RUÇO, Alberto Vicente, *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, p.300: “É compreensível [...] face ao exposto [...] acerca da lenta passagem de um sistema de prova livre não motivada para um sistema de prova livre motivada, que nem a jurisprudência nem a doutrina nacional tenham elaborado ainda uma metodologia aplicável à decisão da matéria de facto (...)”. Ainda no mesmo sentido RAGUÉS I VALLÈS refere que se na doutrina encontramos as construções teóricas que analisam a delimitação do conceito de dolo, concretamente analisado, não existem muitas respostas apesar da sua “importância inquestionável” para a aplicação prática do Direito Penal, *in* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Consideraciones sobre la prueba del dolo» *in* *Revista de Estudios de la Justicia* [em linha], N.º 4, 2004, p. 17. [Consult.28 out. 2022] Disponível na internet <URL: <https://revistas.uchile.cl>>.

¹⁴ Que recolhem uma “intrínseca brutalidade” *in* FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razon: Teoria Del Garantismo Penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 21.

¹⁵ O facto de “(...) na prática quotidiana ser inevitável que casos iguais tenham soluções distintas [...] não pode deixar de ser visto como algo anómalo [...] a ciência penal e, em especial, a dogmática jurídica só têm pleno sentido se partirmos da premissa teórica segundo a qual *dois casos idênticos só podem ter uma solução correta*.” cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Consideraciones sobre la prueba...», cit. nota 13, p.18.

privação da liberdade¹⁶. Por estas razões, a determinação dos pressupostos que têm de estar verificados para a aplicação de uma pena deve ser realizada de forma segura.

Face ao exposto, apresenta-se-nos pertinente que a abordagem científica desta temática contribua para o seu esclarecimento.

Existem, no entanto, duas questões que irão liderar todo este desenvolvimento:

Em primeiro lugar, encontram-se as especiais dificuldades da prova, quer pela já referida ausência de considerações sobre a sua concretização na prática; quer pelas próprias características deste elemento que se apresenta como sendo algo “íntimo” e “pretérito”¹⁷. Desta forma, colocam-se entraves ao seu conhecimento e apreensão que são sentidas por terceiros, nomeadamente, pelo julgador. De referir também que o próprio agente pode, inclusive, não conseguir ele mesmo concretizar o que representou¹⁸. Além de que, convenhamos referir, quem comete um crime normalmente procura ocultar os respetivos vestígios¹⁹.

A prova assume um lugar central no processo penal e invoca particulares desafios. Desde logo, pelo próprio conceito, surge a dificuldade de determinar o que é a prova e o que significa chegar à prova dos factos no processo. Há ainda o terceiro desafio de saber em que consiste chegar à prova dos factos que compõem, especificamente, o elemento subjetivo do crime. É este último que procuramos ultrapassar.

A partir daqui chegamos à segunda questão, a sua demonstração na fase de julgamento, mas, principalmente no que diz respeito às competências do juiz aquando da elaboração da decisão, em que se pretende dar como demonstrado (e argumentado) o elemento subjetivo, indispensável para fundamentar uma condenação.

¹⁶ Sendo a pena “(...) uma segunda violência que se acrescenta ao delito (...)” in FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razon...*, cit. nota 14, p. 21.

¹⁷ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, pp. 191 e 204 e RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, «Consideraciones sobre la prueba...», cit. nota 13, p.17 trata-se de “(...) um conhecimento alheio que não é apreendido apenas com base na perceção sensorial (...)”.

¹⁸ FRAMBÉRY-IACOBONE, Alexandre, «Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral: Perspectives d’histoire pénale contemporaine», in *Clio@Themis - Revue électronique d’histoire du droit* [Em linha], n.º 19 (2020), p.12. [Consult. 6 out. 2022]. Disponível na internet <URL: <https://journals.openedition.org/cliiothemis/178>>.

¹⁹ ASENSIO MELLADO, J. M., *apud* DÂMASO SIMÕES, Euclides, «Prova indiciária: contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente» in *Revista JULGAR* [Em linha] N.º 2, 2007, p.205. [Consult.28 out. 2022]. Disponível na internet <URL: <http://julgar.pt/prova-indiciaria-contributos-para-o-seu-estudo-e-desenvolvimento-em-dez-sumarios-e-um-apelo-premente/>>.

Iremos verificar no nosso trabalho que a prova do elemento subjetivo do crime se consubstancia no estabelecimento dos factos²⁰ (materiais e objetivos), os quais têm de ser verificados²¹ e argumentados. Só assim é possível aplicar o Direito²².

2. OBJETIVOS

Com este trabalho pretende-se clarificar o método utilizado para a determinação do elemento subjetivo do tipo.

Não se pretende padronizar as decisões judiciais ou introduzir critérios num princípio, o princípio da livre apreciação da prova (art.º 127.º do CPP), que pela sua natureza não os admite²³, mas sim contribuir para a sistematização dos conhecimentos existentes sobre esta matéria.

Somos convictos de que a mais-valia deste trabalho assenta na revisão bibliográfica que iremos realizar, contribuindo assim para preencher o vazio teórico quanto a esta temática; a aplicação prática dos conceitos que integram o elemento subjetivo do tipo.

3. METODOLOGIA

Nas páginas que se seguem trataremos o presente tema de forma compartimentada.

No primeiro capítulo iremos recordar a definição do tipo subjetivo de ilícito, bem como os elementos que o integram.

No segundo capítulo serão revistas as soluções apresentadas no Direito Estrangeiro para a resolução do problema: a conceção psicológica, as conceções normativas e a proposta de um “sentido social” para a determinação do dolo.

²⁰ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *LOS HECHOS EN EL DERECHO Bases argumentales de la prueba*, 3.ª Ed. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 46.

²¹ SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal: admissibilidade e valoração*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 15, onde esclarece que a aplicação de qualquer a norma, pressupõe, antes de mais, a verificação da hipótese de facto prevista.

²² FERREIRA, Manuel Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa, 1955-1958, p. 279, explicita a divisão do processo em duas fases: a verificação dos factos que condicionam a aplicação da lei e a outra que será a aplicação da referida lei.

²³ Sem prejuízo do seu “(...) condicionamento e orientação para as finalidades processuais (...)”, in VIEIRA NEVES, Rosa, *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 133. E dos respetivos limites constitucionais e legais (endógenos e exógenos) vide ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 345 e 346, (anotação ao art.º127.º do CPP).

No terceiro capítulo deste trabalho, que é o centro da presente dissertação, analisamos qual a atividade probatória para a determinação do elemento subjetivo, percorrendo o recurso aos vários meios de prova: a prova direta; no âmbito desta, a confissão e a prova indireta.

Tendo tudo isto em conta, cremos estar numa posição que nos permite aplicar os resultados do nosso estudo na prática judiciária.

Finalmente, faremos uma breve incursão na questão do controlo judicial das decisões, nomeadamente, procuraremos identificar os limites, colocados ao Tribunal da Relação em sede de recurso, quanto ao controlo da decisão em matéria de facto respeitante à verificação do elemento subjetivo.

Capítulo I-O TIPO SUBJETIVO DE ILÍCITO

1. A ESTRUTURAÇÃO DO TIPO SUBJETIVO DE ILÍCITO

É no âmbito da estrutura legal do crime que podemos encontrar os elementos subjetivos. O crime é composto por uma ação típica, ilícita, culposa e punível. É ao nível do segundo elemento constitutivo do crime, a tipicidade, que encontramos o tipo subjetivo de ilícito.

O crime é sempre o produto da vontade²⁴ ou intenção humanas, exigidas pelos elementos subjetivos do ilícito²⁵. As formas relevantes que a vontade reveste são o dolo e a negligência²⁶, bem como os elementos subjetivos especiais do tipo.

2. O DOLO PENAL

O dolo penal, como foi referido, está sempre associado à vontade, mas trata-se de uma vontade específica do agente, na medida em que é “(...) dirigida para o facto descrito como crime (o facto típico)”²⁷.

Para que o dolo esteja verificado devem concorrer dois elementos: a representação e a resolução de realização do facto típico representado. Aqui a terminologia pode variar de entre os vários autores, mas, em essência, sempre teremos o *conhecimento*²⁸ do facto típico e a *vontade*, os quais são equiparados, respetivamente, ao elemento intelectual ou cognoscitivo e ao elemento volitivo.

Esta representação refere-se a todos os elementos ou circunstâncias que constituem o tipo subjetivo de ilícito objetivo²⁹. Quanto ao nível de conhecimento necessário, é

²⁴ Sendo que “Sem vontade dirigida ao facto, directa ou indirectamente, não há crime porque o facto não é então um feito do homem, não é o resultado da sua vontade.” in MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, 2.^a ed., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015, p. 94.

²⁵ FARIA COSTA, José de, *Noções Fundamentais de Direito Penal:(fragmenta iuris poenalis)*, 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 215.

²⁶ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português...*, cit.nota 24, p. 94.

²⁷ *Ibidem*, p. 100.

²⁸ *Ibidem*, onde o autor acrescenta que além de “conhecimento” podemos falar de uma “consciência” do facto.

²⁹ TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016, p. 328. Sobre o grau de conhecimento que o agente deve ter quanto aos elementos objetivos constitutivos do tipo legal vide FIGUEIREDO DIAS quando refere que no “momento intelectual” do dolo o que se pretende é que o agente conheça tudo quanto é necessário a uma “(...) correta orientação da sua consciência ética para o desvalor jurídico que concretamente liga à ação intentada, para o seu carácter ilícito.” in FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Direito*

“(…)indispensável e suficiente o conhecimento dos efeitos prático-jurídicos (...)” que estão associados à prática do facto típico³⁰. Quanto à vontade, exige-se que seja dirigida à realização do facto típico ilícito³¹ ou, pelo menos, que o agente se *conforme* com a mesma³².

Assim sendo, pode definir-se dolo como “(…) a conduta do agente adequada à realização de um facto típico que representou e quis (...)”³³.

A doutrina reconhece três espécies do dolo:

Em primeiro lugar, temos o dolo direto (art.º14.º, n.º1 do CP), no âmbito do qual o agente *representa* o facto típico ilícito. Simultaneamente tem a vontade de realizar esse mesmo facto, pelo que atua com esse propósito: concretizar a realização típica do facto representado, *resolução* do agente³⁴.

Em segundo lugar, o dolo necessário (art.º14.º, n.º 2 do CP), onde a realização do facto típico, embora não se constitua como o “(…) fim a que o agente se propõe (...)”³⁵ é a consequência necessária deste último.

Por fim, no dolo eventual (art.º14.º, n.º 3 do CP) a realização do facto típico é prevista como uma consequência possível da conduta do agente, que se conforma com a possibilidade de realização da mesma³⁶.

Esta divisão é corroborada pelas definições dogmáticas propostas por TAIPA DE CARVALHO³⁷ que distingue o dolo direto como se referindo ao *objetivo imediato* da ação do agente e o dolo necessário como a *consequência certa* da sua atuação.

A definição dos elementos que integram o conceito de dolo não é, contudo, pacífica, não sendo aceite de forma unânime pela Doutrina.

Quanto ao dolo eventual, o mesmo autor define-o como a *conformação com o risco*. Todavia, esta afirmação não está totalmente correta, na medida em que o objeto do dolo é o facto típico, o que inclui o resultado ou as consequências do facto. Pode haver a aceitação do risco sem querer o resultado desvalioso, por exemplo, à semelhança do que acontece nos desportos de risco.

Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime, 3.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2019, p. 380.

³⁰ TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal*,..., cit.nota 29, p. 328.

³¹ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português*..., cit.nota 24, p. 102.

³² TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal, Parte Geral*..., cit.nota 29, p. 329.

³³ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português*..., cit.nota 24, p. 100.

³⁴ Sendo “(…) o fim subjetivo do agente é o próprio facto tipicamente ilícito.”, *ibidem*, p. 103.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Ibidem*, p.104. No mesmo sentido SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel [et. al.], *Código Penal: Anotado*, 4.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2014, p. 221.

³⁷ TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal, Parte Geral*..., cit.nota 29, pp. 332 e 333.

FERNANDA PALMA determina que é necessário reequacionar estes elementos, da consciência e da vontade³⁸. Para a autora o problema é o da definição do “(...) conteúdo exato da posição subjetiva (...)”. Questionando se o dolo corresponde a “(...) uma posição subjetiva meramente intelectual [ou se] (...) apenas um sentido atribuído pela sociedade à ação.”³⁹.

O conhecimento das circunstâncias da realização do facto típico é sempre necessário⁴⁰. Todavia, refere que o comportamento doloso nunca se pode desligar de uma “(...) certa noção de *intencionalidade*.”⁴¹, que está presente em todas as modalidades do dolo, pois há uma “(...) lógica da satisfação de desejos que caracteriza o raciocínio prático(...)”⁴².

E conclui que:

“Aquilo que a doutrina laboriosamente estabeleceu como conhecimento e vontade de realização do facto típico é, necessariamente, a simplificação da análise da realidade, cujo correspondente sintético é a decisão ou a intencionalidade ante as consequências.”⁴³.

Tendo isto em conta, verificando-se que o conhecimento do facto típico e das suas consequências é indispensável⁴⁴, resta determinar uma “conceção extrovertida”⁴⁵ de vontade, enquanto decisão da realização do facto típico.

No caso do dolo direto e do dolo necessário, constatando-se sempre o conhecimento exigido, a decisão (“vontade”) verifica-se através da realização do facto típico, enquanto meio de “(...) satisfação dos motivos principais ou [...] seu resultado inevitável (...)”⁴⁶.

³⁸ PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, 5.^a ed., Lisboa: AAFDL, 2020, p. 138, de modo a haver uma aproximação “(...) da racionalidade do agir intencional (...)”.

³⁹ *Ibidem* pp. 135 e 136. Igualmente na p. 145: “A decisão criminosa é um estado psicológico vivido ou uma mera descrição do significado social de um comportamento?”.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 137 e 139.

⁴¹ *Ibidem*, p. 137 e que se assume como o “(...) mais elevado grau de racionalidade comportamental.”.

⁴² Esta intencionalidade não se deve remeter a “(...) estados privados de consciência, dificilmente acessíveis e constatáveis.”, *ibidem*, p. 138. Devendo afastar-se a ideia de um “enigmático elemento volitivo do dolo”, p. 141. Tendo isto em conta deve ser determinada uma “(...) objetivização jurídica da definição dos modos de comportamento voluntário (...)”, p. 138.

⁴³ *Ibidem*, p. 141.

⁴⁴ Apontando como mais rigorosa a fórmula: “conhecimento da consequentialidade típica do comportamento”, *ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 153 e 167.

⁴⁶ No dolo direto há uma coincidência do “(...) objeto da vontade do agente [...] com a realização do facto típico.”, *ibidem*, p. 143. No dolo necessário, o agente sabe que esse resultado típico é consequência inevitável da sua conduta. E, por isso, a intencionalidade é *pressuposta*, “(...) na medida em que o agente tem de *aceitar* a realização daquilo que prevê como inevitável.”, p. 137.

Nos casos de dolo eventual “(...) a inevitabilidade da assimilação na motivação da ação da realização do facto típico não é, à partida, evidente.”, porque há sempre a possibilidade de o resultado típico não se verificar⁴⁷. Ainda assim, o risco é inevitável.

No entanto, não basta essa inevitabilidade, tendo de haver uma “consideração *séria* do risco” (e não apenas a mera conformação com o mesmo), o que implica que este seja aceite com todas as suas consequências⁴⁸, inclusive a produção do resultado.

A decisão de agir (“vontade”) afere-se com base na aceitação destes dois fatores: a inevitabilidade do risco e a possibilidade do resultado⁴⁹. Deste modo, ainda que o agente possa não ter a intenção da produção do resultado típico, corre esse risco inevitável em ordem à satisfação dos seus interesses, explicitando que é essa “(...) inevitabilidade de um risco intenso [...] que torna o dolo eventual expressão de um modo de escolha entre alternativas de ação (...)”⁵⁰.

Podemos ainda encontrar no nosso ordenamento jurídico-penal a figura do “dolo de perigo”⁵¹ que se assume como o elemento subjetivo dos crimes de perigo concreto. O dolo de perigo implica um perigo “(...) incluído tipicamente num crime de perigo concreto(...)”⁵². Além disso, deve o agente ter a consciência da possibilidade de verificação do evento que consiste na lesão de determinado bem jurídico⁵³, isto é, o “dano”⁵⁴. Deste modo, o perigo tem um carácter relacional com o dano⁵⁵.

O “dolo de perigo” é absolutamente incompatível com o “dolo de dano”, na medida em que ao contrário do que acontece neste último, no primeiro não é feita menção ao “resultado danoso”⁵⁶. Todavia, o “dolo de perigo” não prescinde de ter como referência a figura do dolo⁵⁷. O “dolo de perigo” é, no entanto, um dolo específico que se manifesta quando o agente assume o perigo inevitável (de produzir o “resultado danoso”), tendo

⁴⁷ *Ibidem*, p. 155.

⁴⁸ *Ibidem*, pp. 155 e 156.

⁴⁹ “Sendo o risco inevitável e o resultado típico possível, há uma assimilação desse estado pela decisão de agir.”, *ibidem*.

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ Que foi desenvolvida por RUI PEREIRA tendo em conta o art.144.º do CP *vide* PEREIRA, Rui C., *O dolo de Perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*, Lisboa: Lex, 1995.

⁵² *Ibidem*, p. 99.

⁵³ *Ibidem*, p. 37.

⁵⁴ *Ibidem*, pp. 33 e 37.

⁵⁵ Numa relação de “causalidade potencial” com o dano, na medida em que devemos entender o perigo como algo objetivamente existente, referindo-se esse perigo a uma “(...) possibilidade ou probabilidade de dano.”, *ibidem*, p.38.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 92.

⁵⁷ Sendo que o autor refere mesmo que o conceito de dolo de perigo tem que ser enquadrado no conceito geral de dolo, *ibidem*, p. 132.

dolo em relação ao mesmo, pois aceita “jogar com o risco” e prevê como possível o dano, não tendo razões para confiar na sua não produção⁵⁸.

Sendo assim, o dolo de perigo pode ser subsumível à modalidade do dolo necessário⁵⁹, na medida em que o agente representa e aceita o perigo criado e embora não pretenda o “resultado danoso”⁶⁰, atua tendo consciência da possibilidade da sua verificação.

Finalmente, em certos casos podemos ainda encontrar os elementos subjetivos especiais⁶¹ que surgem a par dos elementos objetivos e que têm o dolo como o “(...) elemento subjetivo comum e intrinsecamente inerente a todo o tipo de ilícito doloso.”⁶².

3. A NEGLIGÊNCIA

A negligência é também uma forma de vontade⁶³. Todavia, não se verifica a vontade enquanto *resolução* do agente de realização do facto típico⁶⁴. No crime negligente pune-se a “(...) a ação ou omissão mal dirigida, por falta de cuidado do agente, para um fim objetivo lícito ou ilícito (...)”⁶⁵.

No âmbito da ação negligente o agente, à semelhança do que acontece com o dolo, também tem a possibilidade de evitar a realização do facto típico (previsto ou previsível pelo mesmo) se respeitar as regras de cautela impostas pela experiência ou por normas legais. Por isso, a imputação a título negligente fundamenta-se na violação voluntária dessas regras de cautela⁶⁶.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 22 e 141.

⁵⁹ Referindo que “Em face do art. 14.º do CP o dolo de perigo só é configurável autonomamente como dolo necessário.”, *ibidem*, pp. 133 a 135.

⁶⁰ Não sendo a atuação do agente dirigida à prática do facto típico consubstanciado no dano, mas ao risco da sua produção.

⁶¹ Sendo o crime de furto p. e p. pelo art.º 203.º do CP o exemplo paradigmático apresentado por FARIA E COSTA, José de, *Noções Fundamentais...*, cit. nota 25, p. 215 remetendo para a sua anotação ao mesmo artigo. Neste sentido, o crime de furto exige como elemento subjetivo especial do tipo “(...) uma intencionalidade exclusivamente virada para a (des)apropriação [...] É, por consequência, esta vertente do elemento “ilegítima intenção de apropriação” que se tem de acopular ao dolo.” in COSTA ANDRADE, Manuel da, FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial - Tomo II - Vol. I, 2.ª ed.*, Coimbra: Gestlegal, 2022, p.57.

⁶² TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal, Parte Geral...*, cit. nota 29, p. 327. Como o autor bem exemplifica, este “um ou outro elemento subjetivo” pode consistir na “(...) intenção de apropriação, de enriquecimento ou de causar prejuízo, nos vários crimes patrimoniais (...)”.

⁶³ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português...*, cit. nota 24, p. 94, pois está aqui também em causa uma “ação humana voluntária”, p. 126.

⁶⁴ Tal como afirma GERMANO MARQUES DA SILVA, aqui estamos perante um facto que “não é querido pelo agente.” *Ibidem*.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ *Ibidem*.

O que se exige aqui por parte do agente é que este seja diligente e cumpridor quer das regras de conduta exigíveis ao homem médio, quer das normas legais que estão prescritas para a salvaguarda dos bens jurídicos⁶⁷.

Assim, a ação negligente implica estas duas condições.

É importante referir que no âmbito da negligência a conduta inicial do agente é voluntária, é querida, mas a realização do facto típico ilícito, ainda quando previsto, não é intencionada pelo agente.

Finalmente, atentando aos “elementos positivos da negligência”⁶⁸ torna-se mais fácil determinar que elementos devem ser provados: a “conduta humana voluntária”, por ação ou omissão; a “violação de um dever de cuidado ou diligência”; e a “previsão ou previsibilidade do facto ilícito”.

Considerando os pressupostos anteriores, a distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente⁶⁹ consiste no facto de em ambas as situações o agente *representar* a realização da conduta típica, a diferença está na *aceitação* da possibilidade de produção desse resultado e do risco de verificação desse mesmo resultado. Isto vai de encontro à posição de FERNANDA PALMA e que, salvo melhor entendimento, consideramos a mais completa e que permite uma valoração específica e objetiva da posição pessoal do agente e da sua atitude decisória.

4. LIMITAÇÕES À PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO

Há ainda que ter em conta todas as garantias constitucionais e legais que delimitam o espaço que pode ser percorrido na determinação dos elementos que compõem o elemento subjetivo do tipo de ilícito e que, por sua vez, limitam aquela que podemos entender como a “verdade”.

Quanto às garantias constitucionais importa referir o art.º 32.º, n.º 8 da CRP que delimita o tipo de provas admissíveis no processo penal⁷⁰.

⁶⁷ *Ibidem*, referindo-se aqui à “diligência objetiva”. “É a esta atitude de espírito, de agir mal por distração, de falta de diligência, que se chama negligência.”, p. 127.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 129.

⁶⁹ Quanto às razões que justificam a importância jurídico-prática da distinção entre o dolo eventual e a negligência consciente observe-se atentamente os argumentos apresentados por TAIPA DE CARVALHO, Américo A., *Direito Penal, Parte Geral...*, cit. nota 29, pp. 333 e 334.

⁷⁰ Nesta disposição constitucional enumeram-se as provas consideradas nulas e, portanto, não admissíveis, “não podendo ser utilizadas”, nos termos do art.º 126.º, n.º1 do CPP, significando a impossibilidade da valoração das provas que entram nessa categoria in CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 524.

No âmbito das garantias legais encontramos os limites à prova que se consubstanciam nas proibições legais de prova⁷¹, aludidas no n.º 3 do art.º 118.º do CPP⁷² e nas regras de produção da prova⁷³.

Neste sentido, a verdade que vamos obter é simultaneamente objetivo e limite do processo penal. Pelo que, não obstante a necessidade de apuramento da verdade no processo, em especial aquela que respeita a determinação do elemento subjetivo do tipo, há que respeitar as regras legais da produção de prova e as respetivas proibições⁷⁴.

⁷¹ COSTA ANDRADE, Manuel da, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2022, p. 89.

⁷² E que estando consagradas com a “(...) autonomia, generalidade e consistência que permitem perspectivá-las como uma das construções basilares da dogmática processual penal.”, *ibidem*, p. 13.

⁷³ Que têm uma “tendência oposta” às primeiras e visam “(...) disciplinar os processos e modos como a prova deve ser regularmente levada a cabo.”, *ibidem*, p. 89.

⁷⁴ As quais determinam que “(...) para além da ordenação da perseguição penal, o direito processual penal se constitua também em seu limite (...), *ibidem*, p. 125.

Capítulo II-A PROBLEMÁTICA DA PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Esta questão jurídica, apesar de não ser exclusivamente uma preocupação nacional, é igualmente pouco desenvolvida noutros ordenamentos jurídicos.

Nesta matéria os maiores desenvolvimentos foram feitos pela Doutrina espanhola, nomeadamente, por RAGUÉS I VALLÈS. Na sua análise, o autor trata em particular a prova do dolo, concluindo que serão punidos a título negligente aqueles crimes em que não se verificam os pressupostos da conduta dolosa.

Este autor sumaria e apresenta-nos três vias possíveis para a prova do dolo: a conceção psicológica, as conceções normativas e, por último, o “sentido social” como critério para a determinação do dolo.

Desta forma, iremos detalhar estas três vias:

a) A conceção psicológica

Segundo esta perspetiva, o dolo é averiguado como um acontecimento psicológico.

Assim sendo, na “conceção psicológica do dolo”⁷⁵, para que se possa concluir que o agente atuou dolosamente, é necessário demonstrar que contou com determinados conhecimentos e intenções⁷⁶ no momento da prática do facto típico. Estes conhecimentos do agente remeter-se-iam ao plano da sua esfera mental consubstanciando-se, por isso, num “(...) acontecimento de natureza psicológica (...)”⁷⁷.

Sendo o dolo entendido como um fenómeno psicológico, esta conceção defende que este elemento subjetivo é passível de averiguação e pode ter lugar num momento posterior, o do processo penal.

Tendo isto em vista, só com base nos resultados dessa averiguação, a condenação pela prática de uma conduta dolosa seria legítima⁷⁸. Por outro lado, se através dessa averiguação não for possível constatar os processos psíquicos do dolo, a conduta só pode ser punida a título negligente⁷⁹.

⁷⁵ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 190.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 205.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 206.

Este é o primeiro argumento a favor da legitimidade desta conceção e assenta na impossibilidade de haver uma condenação pela prática de um crime a título doloso sem a certeza acerca da existência efetiva do conhecimento necessário para o efeito⁸⁰.

Não obstante a correção deste argumento sobre a legitimidade, fica por esclarecer qual a via adequada à determinação daquilo que foi verdadeira e efetivamente objeto de conhecimento por parte do agente. Tendo isto em conta, o autor propõe analisar as diferentes vias disponíveis para demonstrar, no âmbito do processo, qual foi o “conteúdo da subjetividade do acusado”⁸¹, averiguando igualmente a sua idoneidade.

De entre estas possíveis vias temos: o recurso às ciências empíricas, a confissão do acusado e a prova por indícios⁸².

O objetivo aqui, para que se possa confirmar a aplicabilidade (e consequente legitimidade) da conceção psicológica para a determinação do dolo, é o de ser possível, pelo menos através de uma destas vias, alcançar a plena averiguação dos fenómenos psicológicos, assegurando-se assim uma total correspondência entre os factos provados e a realidade psicológica exigida para a condenação⁸³.

Se, segundo a conceção psicológica, o dolo pressupõe determinados conhecimentos internos do agente, pela sua origem, caberia às disciplinas que estudam o psiquismo humano, nomeadamente, a psicologia e a psiquiatria, a sua averiguação⁸⁴.

Este não se afigura, porém, um método adequado. Em primeiro lugar, conforme aponta o autor, não se confia que estas ciências tragam um maior grau de certeza que outros métodos não científicos para a determinação deste conhecimento como, por exemplo, a prova por indícios⁸⁵. Em segundo lugar, questiona-se se estas ciências podem, de facto, apresentar critérios ou “(...) regras indiscutíveis para a determinação desse conhecimento íntimo e pretérito (...)” em que é baseada a determinação processual do dolo⁸⁶. Por último, parece haver uma inadequação concetual no sentido em que a dogmática penal trabalha com um conceito de dolo que não corresponde por inteiro àquele que seria utilizado por estas ciências referente à “realidade psicológica dos indivíduos”⁸⁷.

⁸⁰ Assim sendo, se não se demonstrar que o agente contou com aquele grau de conhecimento deixa-se “(...)a porta aberta para várias arbitrariedades.”, *ibidem*, p. 207.

⁸¹ *Ibidem*, p. 208.

⁸² *Ibidem*, p. 213.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Ibidem*, pp. 213 e 214.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 216.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 217.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 218. O que levaria a que alguns autores propusessem uma reformulação do conceito de dolo, adequada a esta realidade psicológica.

Outros argumentos são apresentados quanto à inviabilidade destas ciências para a averiguação do dolo enquanto fenómeno psicológico, nomeadamente, o facto de obterem apenas um “(...) juízo de probabilidade sobre a ocorrência de um determinado facto psíquico.”⁸⁸ e de exigirem a “(...) colaboração da pessoa cuja realidade psíquica é submetida a análise (...)”⁸⁹.

Desta forma o autor conclui que embora estas ciências possam fornecer informações relevantes sobre certos traços de personalidade do arguido, não conseguem determinar com *certeza* os conhecimentos internos do agente, quando este realizou o facto típico⁹⁰.

Concordamos com o autor quando este refere que o mesmo se passa em relação às outras vias que podiam ser utilizadas para a averiguação do dolo enquanto “fenómeno de natureza psicológica”.

Quanto à confissão (outra das vias), se esta fosse auto inculpatória, na perspetiva da conceção psicológica, toda a condenação seria legítima, na medida em que não haveria margem possível de erro⁹¹. Consoante iremos verificar, no âmbito da análise da confissão enquanto meio de prova do elemento subjetivo, isso não corresponde à verdade.

Quanto à prova por indícios (a última das vias propostas) também se verifica que nunca aporta um juízo de certeza.

Como nenhum destes meios probatórios cumpre as exigências determinadas pela conceção psicológica, pois nunca consegue alcançar esse patamar de certeza⁹², o resultado é o de ser praticamente impossível condenar alguém pela prática de um crime

⁸⁸ *Ibidem*, p. 222.

⁸⁹ *Ibidem*. O autor assinala que há um contrassenso tendo em conta o segundo argumento apontado para a legitimidade da conceção psicológica do dolo. Quanto a este ponto, defende-se que o agente só pode ser punido pela prática de uma conduta a título de dolo se a sua realidade psicológica for correspondente, pelo que é garantido a todo o cidadão a possibilidade de ser advertido, em qualquer situação, das condutas que possa praticar e que são sancionadas com a “(...) sanção penal por delito doloso (...)”. Deste modo, “(...) uma renúncia à realidade psicológica como pressuposto aplicativo do dolo nega a possibilidade de tal advertência.” cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 210. A inexistência desta advertência, para as conceções psicológicas, significava estar a tornar os cidadãos “meros objetos perante o Estado”. No entanto, se para a determinação do dolo recorremos a métodos que exigem a colaboração do arguido estamos de igual modo a torná-lo num objeto do processo penal e do próprio Estado, na fase de investigação, ao submetê-lo a esta avaliação psicológica.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 222.

⁹¹ O argumento aqui é se o conhecimento é equiparado a fenómenos psíquicos, não observáveis pelos sentidos de outra pessoa, só os consegue descrever adequadamente quem vivenciou esses mesmos fenómenos, *ibidem*, pp. 233 e 234.

⁹² *Ibidem*, p. 259. E que, sendo assim, o juiz conta com um conjunto de meios bastante precário.

doloso⁹³ o que, tal como bem assinala RAGUÉS I VALLÈS, coloca em causa a eficácia do Direito Penal⁹⁴.

Uma vez que esta “certeza”, entendida como o fator determinante da possibilidade de aplicação da conceção psicológica, nunca se verifica na sua plenitude⁹⁵, esta conceção torna-se inaplicável. Assim sendo, seria também considerada ilegítima e, por isso, tem de ser afastada.

Sem prejuízo disso, alguns autores defendem que não podemos deixar de ter em conta a realidade psicológica como uma referência⁹⁶.

b) As conceções normativas

As conceções normativas surgem, em primeiro lugar, na sequência da rejeição da conceção psicológica e dos respetivos conceitos fundamentais, a par da sua aplicabilidade. Neste sentido, os autores que defendem estas conceções desconsideram que a “determinação do dolo” passe pela averiguação dos fenómenos psicológicos⁹⁷, levando o juiz a considerar que tem de partir de dados distintos a esses fenómenos.

Assim sendo, determinam que a verificação dos factos necessários para o preenchimento do conceito de dolo consiste na atribuição ou imputação de um determinado conhecimento (ou vontade), seguindo métodos distintos dos da averiguação dos fenómenos de natureza psicológica⁹⁸.

O método das conceções normativas passa por atribuir os elementos necessários à “prova do dolo” a partir de determinados elementos exteriorizados com a atuação do agente, concluindo sobre os conhecimentos que este detinha. Isto pressupõe uma operação inversa à adotada na conceção psicológica⁹⁹.

⁹³ Como afirma MUÑOZ CONDE, “(...) quando a perspectiva psicológico-individual não oferece os dados ou conhecimentos que espera poder adotar [...] encontramos-nos perante a nossa própria ignorância que deve conduzir à absolvição ou à aplicação do *in dubio pro reo*.” in prefácio de DIEZ RIPOLLÉS, José, *Los elementos subjetivos del delito, Bases metodológicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1990, p. 13.

⁹⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 260 “Assim, com uma aplicação coerente da conceção psicológica, os tipos incriminadores puníveis com base na sua realização dolosa tornam-se praticamente inaplicáveis e ficam efetivamente derogados (...)”.

⁹⁵ “De não ser possível essa averiguação, esta perspectiva encontra-se diante de uma encruzilhada difícil que leva a questionar seriamente a sua validade conceptual no seio de uma disciplina eminentemente prática como o é a Ciência do Direito Penal.”, *ibidem*, p. 262.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 231. Neste âmbito poderíamos analisar, por exemplo, o papel que as ciências empíricas podem desempenhar na determinação do estado psíquico do arguido aquando da prática dos factos, relevante para efeitos da sua imputabilidade.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 275.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 191.

⁹⁹ SOTO, J. Calderón, *La prueba del dolo y su motivación en las sentencias condenatorias emitidas por el Primer Y Tercer Juzgados Unipersonales de Huánuco*, [em linha], Peru, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da Universidad Nacional Hermilio Valdizán, 2016, dissertação de mestrado, p. 56. Disponível em: <https://repositorio.unheval.edu.pe>. [Consult. 10 out. 2022].

Consequentemente, não podemos partir de conceitos como a “vontade” ou a “intenção”, mas de dados que possam ser averiguáveis. Neste âmbito, HANS Kelsen refere que o juiz tem que, com a prova, determinar as circunstâncias externas “(...) a partir das quais se presume de forma jurídica determinados fenómenos psíquicos (...)”¹⁰⁰.

Falamos aqui de uma objetivação dos critérios em categorias “socialmente compreensíveis” do conhecimento e da vontade da prática do facto típico¹⁰¹, questionando-se quais os conhecimentos de um “homem médio”, colocado na mesma posição e circunstâncias do agente¹⁰², e se esses conhecimentos eram coincidentes com os deste último. Deste modo, o problema da determinação do dolo passa a ser uma questão de “valoração social”¹⁰³.

As críticas apontadas a estas concepções são várias. Em primeiro lugar, temos o risco de *instrumentalização* do agente. Tal sucede em virtude da probabilidade de não existir uma correspondência entre os factos, imputados ao agente e provados, e a sua realidade psicológica; sendo o mesmo, ainda assim, condenado. Esta circunstância afeta a legitimidade das concepções normativas¹⁰⁴.

A segunda crítica refere que ao renunciar-se à “subjetividade do agente”¹⁰⁵ surge o perigo de serem mais os casos em que se afirma que este contou com determinados conhecimentos, do que aqueles em que efetivamente contou com os mesmos. Desta forma, imputa-se um dolo inexistente por razões de prevenção geral¹⁰⁶.

Finalmente, outra das críticas apresentadas às concepções normativas refere-se à ausência de critérios práticos da imputação subjetiva do dolo¹⁰⁷. RAGUÉS I VALLÈS refere também que além desta ausência de critérios, os que existem não são aplicáveis na prática¹⁰⁸, o que determina a impossibilidade destas concepções poderem valer.

¹⁰⁰ HANS Kelsen *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 296.

¹⁰¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 296.

¹⁰² *Ibidem*, p. 297.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 296.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 276.

¹⁰⁵ Outra das críticas associada às concepções normativas que optando por critérios mais objetivos como o “sentido social da conduta” acabam por renunciar à subjetividade do autor penal. *Ibidem*, p. 303.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 304 e 305.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 276. Neste sentido, o autor explicita que para que as concepções normativas possam valer, devem explicitar com clareza quais os critérios utilizados na atribuição dos conhecimentos ao agente, sob pena de o juiz, ao imputar esses conhecimentos, entrar no plano da arbitrariedade ante a inexistência de um critério de imputação claro.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 319.

c) O “sentido social” como critério para a determinação do dolo

RAGUÉS I VALLÈS apresenta como proposta final o critério do “sentido social” para determinação do dolo. Desta forma, o método passaria por verificar se aqueles comportamentos, à luz daquilo que é compreendido pela sociedade, seriam ou não subsumíveis à categoria dos comportamentos dolosos. Por outras palavras, valora-se como comportamento consciente (doloso) “(...) aquele facto que também o é desde a ótica dos destinatários da mensagem que incorpora a sanção penal (...)”¹⁰⁹.

Esta proposta conjuga duas vertentes da relação da sociedade com o Direito:

Por um lado, ao serem determinadas as características do comportamento doloso com base na perceção social, é estabelecida uma ligação com os fins da prevenção geral (quanto à prática dos crimes)¹¹⁰; por outro lado, dá resposta à necessidade sentida pela sociedade de punição de quem comete um crime¹¹¹. Desta forma, o autor entende que é conseguido o diálogo entre a mensagem que o Direito pretende transmitir e a coletividade, enquanto seu destinatário¹¹².

Além do mais, esta permite que o convencimento quanto à verificação do tipo doloso assente num critério mais objetivo, “o social”¹¹³, e não numa apreciação subjetiva do juiz, devendo a sua certeza moral estar refletida na consciência social¹¹⁴.

Naturalmente que uma conceção como esta não pode deixar de compreender os respetivos riscos, em especial, o facto de poder vir a ser desconsiderado aquilo que o agente verdadeiramente conheceu, pois os critérios propostos pela sociedade para a definição de uma conduta como dolosa podem não coincidir com os seus conhecimentos reais¹¹⁵.

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 323 e 324.

¹¹⁰ E aqui o autor, por seu turno, relaciona com a função extraprocessual da sentença, na medida em que este critério de valoração facilitaria a compreensão e entendimento da decisão judicial como *justa*, que só o é assim percecionada quando “(...) o seu conteúdo é suscetível de ser [...] compreendido pela coletividade(...)”, MAIWALD *apud* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 324.

¹¹¹ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 323 “(...) a pena dos crimes dolosos tem a finalidade de dar resposta àqueles factos que, desde una perspectiva social, transmitem à sociedade uma mensagem de negação de uma norma penal.”

¹¹² *Ibidem*, p. 324.

¹¹³ No mesmo sentido FRAMARINO DEI MALESTA, Nicola, *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 2.^a ed., Lisboa: Clássica Editora, 1927, p. 54 “(...) a certeza moral do juiz, a certeza da criminalidade, para ser fundamento legítimo de condenação, deve encontrar apoio na consciência social.”

¹¹⁴ Assim, “Se o juiz, embora quando se sinta pessoalmente convencido da criminalidade do imputado, acha que as suas razões não são tais que possam criar uma igual convicção em qualquer outro cidadão racional e desinteressado, deve absolver.”, *ibidem*, p. 55. A isto se chama o “caráter social” do convencimento cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 325.

¹¹⁵ Assim o autor reconhece que “(...) uma condenação de uma conduta como dolosa baseada no sentido social do facto implica sempre uma certa margem de erro, que se traduz no risco de que com a sanção penal se possa estar a instrumentalizar o sujeito condenado.”, *ibidem*, p. 328.

A verdade é que, tal como reconhece o autor, é possível converter as ideias vertidas nesta proposta em regras mais específicas, as “regras da experiência”¹¹⁶, que nos auxiliam na determinação da verificação de determinados acontecimentos¹¹⁷.

Com base nesta breve incursão pelo trabalho do autor sobre a “prova do elemento subjetivo do tipo”, em particular, a prova do “dolo”, verificamos que a determinação do elemento subjetivo embora se possa referir a elementos de carácter psíquico não passa pela comprovação desses elementos¹¹⁸. Segundo RAGUÉS I VALLÈS devemos olhar, por um lado, para as características “externas e percetíveis” e, por outro, para a norma penal. Face a estes dados, e pela apreciação que é feita, conclui-se que se as características do comportamento forem conformes a uma concreta norma penal, verifica-se o dolo.

¹¹⁶ São as regras da experiência o elemento “(...) que unifica os factos a provar e os factos probatórios num todo coerente e com sentido, com capacidade para formar a convicção do juiz no sentido de que o facto ocorreu (...)” in RUÇO, Alberto Vicente, *Prova e Formação...*, cit. nota 13, p. 20. São estas regras que permitem explicar *porque é que as coisas usualmente ocorrem assim*, sendo que “(...) determinado facto, não directamente provado, é a consequência natural ou resulta, com uma probabilidade próxima da certeza ou para além de toda a dúvida razoável, de um facto conhecido.” in SANTOS CABRAL, «Branqueamento de capitais e prova indiciária», in *Revista Julgar Online* [em linha], março (2020), p. 2 [Consult. 22 out. 2022]. Disponível em: <URL: <http://julgar.pt/branqueamento-de-capitais-e-prova-indiciaria/>>.

¹¹⁷ “Estas regras, são no fundo as regras vigentes na própria sociedade.” in COSTA PACHECO, Nicole da, *A Alegação e Prova do Dolo no Direito Processual Penal: - Em especial: As consequências da falta da sua Alegação na Acusação...*, [em linha] Lisboa, Universidade Católica, 2016, tese de mestrado p. 45. [Consult. 26 set. de 2022]. Disponível em: < <https://repositorio.ucp.pt>>. E continuando: “Diremos que, o juiz na sua árdua tarefa de julgar deve procurar em cada caso o sentido social do dolo de acordo com determinadas regras da experiência comum, segundo aquilo que é o normal e o entendimento geral.”.

¹¹⁸ Os quais são de impossível apreensão na perspetiva de RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 324.

Capítulo III-A ATIVIDADE PROBATÓRIA PARA A DETERMINAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO

1. A PROVA DIRETA

O primeiro aspeto a referir sobre a relação entre a prova direta e a determinação do elemento subjetivo do tipo é a possibilidade de ser feita a prova deste elemento, através dos meios de prova direta. Utilizamos aqui o termo “possibilidade”, na medida em que a aptidão da prova direta para a prova deste elemento depende da complexidade do caso em análise.

Assim sendo, podemos afirmar que, em determinadas ocasiões, o elemento subjetivo é suscetível de prova direta. As circunstâncias que devem concorrer para que isso aconteça são: a valoração desses meios de prova e a posterior conjugação dos resultados obtidos a partir dos mesmos.

Valorar os meios de prova significa que não podemos olhar para a prova direta de forma acrítica, o que implica que a simples utilização deste meio de prova não dita que estes factos estejam *direta e automaticamente provados*¹¹⁹, isto é, que os resultados obtidos com esta prova são garantidos.

Por sua vez, este ato de valoração tem lugar em dois momentos:

O primeiro onde é apreciado o valor de cada um dos meios de prova direta¹²⁰ produzidos no decurso da audiência de discussão e julgamento. Através dessa valoração os factos são provados e fixados no processo.

No âmbito desta apreciação, o juiz realiza um exercício constituído por uma valoração em sentido estrito, atribuindo um valor de “verdadeiro” ou “falso” a determinada

¹¹⁹ GASCÓN ABELLÁN, Marina, *LOS HECHOS...*, cit. nota 20, p. 80, aborda a «conceção canónica» que se refere à prova direta como sendo capaz de fundamentar por si só a convicção judicial sobre o facto: “A prova direta [...] é capaz, por si só, de fundamentar a convicção judicial sobre esse facto, pois essa prova incide diretamente sobre o mesmo.”, assimilando-se, assim, à “prova histórica”. Quanto ao papel da prova direta na formação da convicção judicial, há que dizer que embora seja capaz de a fundamentar, tal sucede, não por versar diretamente sobre o facto, mas porque houve lugar a um processo crítico de valoração dos resultados obtidos por intermédio dessa prova, discordando-se, por isso, da afirmação que refere que a prova direta “(...) surge direta e espontaneamente, sem mediação e sem necessidade de raciocínio (...)”.

¹²⁰ À luz do princípio da livre apreciação da prova, nos termos no art.º127.º do CPP. Numa perspetiva racionalizada deste princípio, identificam-se os “(...) critérios a que os juízes devem atender ao valorar as provas e, por outro lado, ao modo como se estabelece o «momento» em que se atinge ou não a certeza da prova de um determinado facto.” in GAMA, António etc., *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal*, Tomo II, Arts. 124.º a 190.º, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 84.

afirmação feita no processo e interpretando as afirmações que foram consideradas verdadeiras.

Dando como exemplo do que referimos anteriormente, em sede de audiência de discussão e julgamento, uma testemunha depõe sobre factos, dos quais teve conhecimento direto. Este depoimento numa primeira abordagem é apenas um conjunto de afirmações¹²¹.

Esta relatou «Vi A disparar sobre B.», “(...) este depoimento só prova que a testemunha disse que viu A disparar sobre B(...)”¹²², não passando de uma mera afirmação quanto ao facto de A ter disparado sobre B.

O mesmo se verifica em relação aos restantes meios de prova (prova documental, prova por escutas telefónicas, prova por confissão, etc.), que nos trazem também afirmações quanto aos factos (as quais constituem o passo inicial do processo de valoração), mas, por enquanto, não se afastam dessa qualidade de afirmação.

De notar ainda a particularidade de estarmos perante uma testemunha pois aqui o Tribunal, em simultâneo, deve, antes de mais, apreciar a sua credibilidade, nomeadamente, através do uso das regras da experiência comum¹²³ que permitem valorar se um determinado facto tem maior ou menor probabilidade de ser verdadeiro, concluindo-se, desta forma, sobre a coerência do discurso e quanto à credibilidade daquela testemunha. A realização de inferências é pois uma etapa indispensável da valoração¹²⁴.

Por fim, atendendo a este conjunto de fatores: credibilidade atribuída ao meio de prova, conteúdo das afirmações trazidas ao processo e contexto em que se inserem, o juiz atribui um valor de “verdadeiro” ou de “falso” às afirmações proferidas quanto aos factos. É aqui que entra a valoração em sentido estrito como um juízo qualificativo. Este raciocínio é a primeira etapa da valoração.

¹²¹ CASTRO MENDES, J. de, *Do conceito de prova em processo civil*, Lisboa: Ática, 1961, p. 531, o verdadeiro “(...) objeto da prova não é a realidade, mas uma representação intelectual (...)” com a correspondente “(...) afirmação; globalmente, uma versão.”

¹²² GASCÓN ABELLÁN, Marina, *LOS HECHOS...*, cit. nota 20, p. 82 e PIRES DE SOUSA, Luís, *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 24.

¹²³ PIRES DE SOUSA ao falar da valoração da prova testemunhal indica que “Na prova direta ou representativa, o juiz aplica máximas de experiência no momento em que valora a atendibilidade e credibilidade da fonte (...)” in PIRES DE SOUSA, Luís, *Prova Testemunhal: Noções de Psicologia do Testemunho*, 2.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 24.

¹²⁴ GASCÓN ABELLÁN explica bem porque é que estas inferências têm sempre de existir: não obstante a prova direta ser designada como sendo feita por “observação empírica”, na maior parte das vezes (senão em todas) o juiz não estava presente quando se produziram os factos, sendo que o conhecimento dos mesmos não é imediato ou direto, mas sim mediato ou indireto in GASCÓN ABELLÁN, Marina, *LOS HECHOS...*, cit. nota 20, p. 89 e PIRES DE SOUSA, Luís, *Prova por Presunção...*, cit. nota 122, p. 24.

A segunda etapa é a interpretação onde a atividade do julgador consiste em ponderar acerca do significado fornecido por certo meio de prova. No âmbito do nosso trabalho de investigação, importam as afirmações que, de algum modo, possam contribuir para a prova do elemento subjetivo do tipo.

Tendo isto em vista, os factos obtidos por intermédio dos meios de prova direta são factos *interpretados* quanto ao seu significado, e *valorados* quanto à sua qualidade de verdadeiro ou falso.

Por último, para que a prova direta seja apta à prova do elemento subjetivo, é inevitável a articulação dos vários meios de prova. A conjugação destes meios não tem de constituir um momento estanque e pode ocorrer em simultâneo a essa valoração, auxiliando as conclusões que o juiz retira quanto aos factos.

No final da valoração da prova direta podemos obter duas conclusões quanto ao elemento subjetivo: a prova direta foi um meio apto para a prova deste elemento; ou o recurso aos meios de prova direta pode não ter sido suficiente, pelo que, neste cenário, o que podemos ter são os “indícios”.

Como iremos ver, no capítulo da prova indiciária, é aqui que entra o segundo momento de valoração da prova direta. Tendo chegado à prova daqueles factos, por intermédio dos meios de prova direta, mas constatando que não são suficientes para a prova do elemento subjetivo, importa perceber se têm a potencialidade de revestir a qualidade de indícios.

Temos também, como prova direta, a confissão do arguido.

A confissão vem prevista no Capítulo III “Da produção da prova”, nos termos do art.º 344.º do CPP e consiste na declaração do agente, perante a autoridade judiciária competente, da prática do crime¹²⁵. Na fase de julgamento, significa que o agente confessou os factos constantes da acusação que lhe vêm imputados (art.º 344.º, n.º1 do CPP).

Pela riqueza da informação contida no ato de confissão, a qual conforma, seguindo estes moldes, um depoimento na primeira pessoa sobre os factos ocorridos¹²⁶, é tentador

¹²⁵ CLIMENT DURÁN *apud* RODRIGUES DA CUNHA, José António, «A colaboração do arguido com a Justiça – A confissão e o arrependimento no sistema penal português», in *Revista Julgar* [em linha], n.º 32, (maio-agosto 2017), p.49 [Consult. 22 jan. 2023]. Disponível em: <URL: <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2017/05/JLGR32-JARC.pdf>>.

¹²⁶ E daí decorre a sua caracterização como meio de prova particularmente privilegiado da prova dos factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime cfr. RODRIGUES DA CUNHA, José António, *A colaboração do arguido com a Justiça: A sua relevância no âmbito da escolha e determinação da medida da pena*, [em linha], Porto, Universidade Portucalense, 2017, tese de mestrado, p.59. [Consult.22 jan. 2023]. Disponível em: < <http://repositorio.uportu.pt>>.

pensar que poderá ser o único meio de conseguir uma “certeza plena” referente aos conhecimentos com os quais o agente contava no momento da realização da conduta objetivamente típica.

No entanto, apenas existe uma *modalidade* de confissão: a confissão integral¹²⁷ e sem reservas¹²⁸.

Se a confissão revestir essas qualidades¹²⁹ e, nesse sentido, abranger também os factos que dizem respeito ao elemento subjetivo¹³⁰, não há dúvidas quanto à sua relevância¹³¹ na determinação¹³² (e prova) do mesmo.

Não sendo assim, não só não tem o valor de confissão como pouco pode acrescentar para a prova da intenção do agente. Esta situação ocorre e identifica uma das limitações da confissão.

Outra das limitações atribuídas à confissão refere-se às situações em que o arguido opta por não confessar os factos, fazendo uso do seu direito ao silêncio¹³³.

RAGUÉS I VALLÈS¹³⁴ identifica ainda como limitação a confissão “falsa”, por várias razões, nomeadamente, para tentar encobrir outro agente¹³⁵.

¹²⁷ ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código de Processo...*, cit. nota 23, p.889 (anotação ao art.º 344.º do CPP), esclarece que não abranger todos os “factos imputados” significa não incluir todos os factos relevantes para a imputação criminal, pelo que deixa de ser uma confissão integral e passa a ser uma confissão *parcial*.

¹²⁸ “Devendo considerar-se confissão integral aquela que abrange todos os factos imputados, e *confissão sem reservas* aquela que não acrescenta novos factos susceptíveis de dar aos imputados um tratamento diferente do pretendido” in Ac.TRC, de 5 de junho de 2019, Proc. n.º 104/17.0GAACB.C1, relatora Elisa Sales. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt>>.

¹²⁹ Sendo essa a única confissão “livre, integral e incondicional” in SOARES PEREIRA, Rui, *Acerca do valor probatório da confissão do arguido*, Direito da Investigação Criminal e da Prova, Coimbra, Almedina, 2014, p. 191.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 206 assinala que a confissão, sendo integral e sem reservas inclui, nomeadamente, os factos “(...) que se referem à intenção com que o arguido atuou.”

¹³¹ Precisamente porque “(...) tendo o arguido participado diretamente nos factos, ninguém melhor do que ele para os confirmar ou, se necessário, esclarecer.” in RODRIGUES DA CUNHA, José António, *A colaboração do arguido com a Justiça – A confissão...*, cit.nota 125, p. 51.

¹³² Possibilitando, deste modo, o acesso ao “(...) mundo interno, ao qual pertencem os estados subjetivos(...)”, caracterizado sempre por uma certa “intangibilidade e inacessibilidade” in GONÇALVES, Inês da Cruz, *Os estados subjetivos e o problema da prova do dolo no âmbito do processo penal*, [em linha], Minho, Universidade do Minho, Escola de Direito, 2018, tese de mestrado, p. 72. [Consult. 2 nov. de 2022]. Disponível em: < <http://repositorium.sdum.uminho.pt>>. Como refere também COSTA PACHECO, não há ninguém melhor para traduzir estes estados subjetivos que o próprio agente que os vivenciou in COSTA PACHECO, Nicole da, *A Alegação e Prova do Dolo...*, cit.nota 117, p. 36.

¹³³ Nos termos dos arts.º 32.º, n.º1 e 61.º, n.º1, al.d) do CPP. Ante, igualmente, a necessidade de garantir “(...) a autenticidade e espontaneidade dos contributos declarativos do acusado (...)” in OLIVEIRA E SILVA, Sandra, *Arguido como Meio de Prova contra si Mesmo considerações em torno do princípio a «nemo tenetur se ipsum accusare (vel prodere)*, Coimbra: Almedina, 2019, pp. 344 e 353.

¹³⁴ RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 235.

¹³⁵ ALBERTO RUÇO assinala situações em que o arguido confessa voluntariamente factos que não praticou, na medida em que importa salvaguardar a liberdade do autor dos factos, pelo que há que olhar com cautela para a confissão in RUÇO, Alberto Vicente, *Prova e Formação...*, cit.nota 13, p. 244.

Finalmente, a última limitação identificada por este autor refere-se ao facto de nem sempre o próprio agente conhecer e representar na sua íntegra os factos que praticou ou ter noção daquilo que representou, não sendo a confissão propositadamente falseada, mas resultado de uma compreensão errónea, por parte do agente¹³⁶. Aqui podemos ter, por exemplo, um cenário em que o arguido não se recorda exactamente do que representou, mas numa tentativa de “corrigir o mal que fez”, declara ter representado todos os elementos que compõem o tipo subjetivo.

Concluindo, para que a confissão, enquanto meio de prova direta, possa ser utilizada para a prova do elemento subjetivo, deve tratar-se de uma confissão integral e sem reservas. Se o arguido se pronuncia quanto aos factos, mas não confessa a intenção o que temos é apenas um conjunto de declarações do arguido.

Por conseguinte, cumpre ainda analisar a possibilidade de utilização destas declarações para a prova do elemento subjetivo do tipo.

À semelhança do que acontece com os demais meios de prova direta, também as declarações do arguido devem ser valoradas, para que se possa aferir da respetiva credibilidade e do seu contributo na determinação da intenção do agente. Ultrapassando o crivo da credibilidade, estas declarações, conjugadas com o resultado trazido pelos demais meios de prova, podem ter algum valor na determinação do elemento subjetivo.

Por outro lado, é importante ter em conta que as declarações do arguido são simultaneamente um meio de prova e um meio de defesa¹³⁷ e podem, de outro modo, não passar apenas de uma tentativa de desculpabilização dos factos conhecidos na acusação, não atribuindo o Tribunal qualquer valor às mesmas.

¹³⁶ Assim, pode o autor dos factos – no sentido de se autoinculpar – atribuir-se certos conhecimentos, referindo que contou com os mesmos, no momento da realização da conduta típica *in* RAGUÉS I VALLÈS, Ramon, *El dolo y su prueba...*, cit. nota 11, p. 234.

¹³⁷ MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, 4.^a ed., Lisboa: Verbo, 2008, p.197.

2. O SENTIDO, O VALOR E OS LIMITES DA PROVA INDICIÁRIA NA DEMONSTRAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO

No que diz respeito aos conceitos “prova indiciária” e “prova indireta”, aos quais nos referimos com frequência ao longo da presente exposição, não há qualquer diferença na sua utilização. Esta ideia é corroborada pela jurisprudência¹³⁸. Os mesmos apenas diferem quanto às ideias para a qual cada uma das expressões nos remete. Ao referirmo-nos a esta prova como “indiciária” ou “prova por indícios” pensamos, justamente, num dos elementos que a constitui¹³⁹. Já a menção à prova como “indireta” alude ao carácter indireto desta prova, onde prevalece a descrição da existência de um raciocínio intermediário entre factos já previamente provados no processo e outros factos principais a provar¹⁴⁰.

Todavia, ambas as expressões se referem a um meio de prova¹⁴¹ (e de outro modo não pode ser entendida), pelo que a prova indiciária (ou indireta) participa igualmente no processo de formação da convicção do julgador¹⁴².

Optámos pelo termo “prova indiciária”, na medida em que é aquele que melhor revela a dependência face aos indícios¹⁴³.

¹³⁸ Se atentarmos, por exemplo, à jurisprudência espanhola que é referenciada num dos primeiros e mais importantes textos sobre a utilização e admissibilidade da prova indiciária em Portugal, encontramos a *Sentencia do Tribunal Supremo*, de 06-04-2006, n.º 392/2006, na qual as expressões são todas utilizadas para se referir a um mesmo *meio de prova* “1-A prova indiciária, circunstancial ou indirecta.”. Nesta outra *Sentencia do Tribunal Supremo*, de 22-05-2006, n.º 557/2006, a prova indiciária vem referida sob várias vestes nominativas “A prova por indícios, indirecta, mediata, circunstancial, por inferências, por presunção ou por conjecturas.” in SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária e as novas formas de criminalidade», in *Revista Julgar* [Em linha], n.º 17 (Jan.-Abr. 2012), pp. 18 e 19. [Consult. 22 out. 2022]. Disponível na internet <URL:<http://julgar.pt/prova-indiciaria-e-as-novas-formas-de-criminalidade/>>. No mesmo sentido de utilização destas expressões sem distinção: Ac. do TRC, de 21-03-2012, Proc. n.º 460/10.1JALRA.C1, Rel. Paulo Valério, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹³⁹ E que determina sua “eficácia probatória” in Ac. do TRL, de 24-09-2019, Proc. n.º 294/17.2JGLSB.L1-5, Rel. Artur Vargues, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴⁰ É através desse raciocínio “(...) e partindo de tais indícios [que] se concluiu pela verificação do facto punível e da participação do arguido no mesmo.” in Ac. do STJ, de 09-02-2012, Proc.n.º 233/08.1PBGDM.P3.S1, Rel. Santos Cabral, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁴¹ CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba penal doctrina y jurisprudencia*, 2.ª ed., Barcelona: Tirant Blanch, 1999, p.623, onde reconhece que a prova indireta é igualmente um meio de prova, a par dos meios de prova direta.

¹⁴² RUÇO, Alberto, Vicente, *Prova Indiciária: por que razão um facto é um indício ou base de uma presunção?*, Torres Novas: Gráfica Almondina, 2013, p. 28.

¹⁴³ Chamamos aqui a atenção para o que é referido por MORAIS PINTO no sentido em que, ainda assim, “(...) a prova indiciária não se identifica com o conceito de indício (...)”, configurando-se como uma realidade mais ampla do que o conceito de indício in MORAIS PINTO, Marta Sofia, «A prova indiciária no processo penal» in *Revista do Ministério Público* [Em linha], n.º 128 (Outubro: Dezembro 2011), p. 207. [Consult. 22 out. 2022]. Disponível na internet <URL: <https://rmp.smmp.pt>>.

A prova indiciária é um meio apto para a determinação do elemento subjetivo. Contudo, não basta reconhecer a sua elevada importância¹⁴⁴ na prova de um elemento tão íntimo e tão pretérito, é também necessário perceber como trabalhar esta prova.

Assim sendo, começamos por referir que este meio de prova não tem um valor autónomo. A prova indiciária não pode funcionar sozinha pois sempre dependerá da prova de outros factos: os indícios.

Se atentarmos às regras de funcionamento deste meio de prova, facilmente conseguimos compreender esta conclusão: só depois de obtidos os indícios ou “factos-base”, conseguimos aplicar as regras da lógica e da experiência comum e realizar as inferências que caracterizam o raciocínio típico deste meio de prova¹⁴⁵. Este último consiste, precisamente, em chegar ao *factum probandum* a partir do *factum probans*. Mas, como podemos observar, há aqui um ponto de partida inevitável¹⁴⁶ que é a determinação daqueles indícios que vão servir de base ao raciocínio referido¹⁴⁷.

Por outro lado, a própria definição de “indício” dá-nos essa indicação. Como bem refere o Conselheiro Santos Cabral, o indício é “(...) um facto, demonstrado através de uma prova direta (...)”¹⁴⁸. Deste modo, há lugar a uma atividade probatória anterior, que precede este segundo momento probatório onde o julgador faz uso da prova indireta.

Tendo isto em conta, a prova indireta não ocorre em primeiro lugar e, ainda que se afigure como um meio apto para a determinação do elemento subjetivo, carece *a priori* que seja feita a prova direta dos indícios¹⁴⁹.

¹⁴⁴ SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 14, onde determina que “(...) a prova indiciária (...) é transversal a toda a teoria da prova, começando pela averiguação do elemento subjectivo de crime, que só deste modo pode ser alcançado (...)”.

¹⁴⁵ Tal como afirmava NAVARRO DE PAIVA, “Há casos em que a probabilidade do facto principal, o delicto, não pode verificar-se senão por intermédio de muitos factos (...). Esta expressão metafórica leva-nos a considerar os factos, enquanto dependentes uns dos outros, como anéis, que devem todos unir-se para que a cadeia subsista. Desde que falta um só anel, a cadeia quebra e deixa de existir.” in NAVARRO DE PAIVA, José da Cunha, *Tratado theorico e práctico das provas no processo penal*, Coimbra: Livraria Portuguesa, 1895. p. 174.

¹⁴⁶ Nas palavras de AIRES DE SOUSA “A prova do facto-indício ou base da presunção constitui o impulso necessário ao juízo de inferência sobre o facto principal.” in AIRES DE SOUSA, Susana, *Prova indirecta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal*. In *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 2756.

¹⁴⁷ Por aqui se mostra aquela que é a *essência* da prova indiciária que “(...) pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica (...)” in SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 13.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 22.

¹⁴⁹ *Sentencia do Tribunal Supremo*, de 01-03-2006, n.º 190/2006: «I-Para que o juízo de inferência resulte em verdade convincente é necessário que a base indiciária, plenamente reconhecida mediante prova directa (...)» - falamos em base indiciária – os indícios – e da sua prova, através da prova directa” in SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 17. Veja-se ainda o Ac. do TRL de 24-09-2019,

A dependência diante destes factos é igualmente expressa na jurisprudência, através da exigência de um requisito de ordem “formal”. Veja-se por exemplo o Ac. do STJ¹⁵⁰ “A prova indiciária é suficiente para determinar a participação no facto punível se da sentença constarem os factos-base”. O texto de SANTOS CABRAL foi essencial para compreender as potencialidades de utilização da prova indiciária numa altura em que esta era ainda olhada com desconfiança no nosso ordenamento jurídico; de igual modo a jurisprudência espanhola por si mencionada exige este requisito formal: “(...) que na sentença se expressem os factos base ou indícios que se considerem plenamente comprovados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência(...)”¹⁵¹.

Assim se determina o primeiro passo da metodologia proposta para a utilização da prova indiciária, que deve ser compreendida, numa primeira fase, sob a perspetiva da sua falta de autonomia. Tudo isto implica um esforço adicional da prova direta que terá de cumprir com determinados requisitos para que os indícios possam ser trabalhados¹⁵².

Considerando esta última afirmação, as características jurisprudencialmente fixadas para os indícios vão assumir a qualidade de patamares de exigência para a prova direta dos factos.

Destas características destaca-se a “força probatória suficiente”, que para ser alcançada depende da realização de um esforço adicional por parte do Tribunal, no momento da produção de prova direta pois quanto maior for a qualidade dos indícios, maior a qualidade dos resultados conseguidos com a prova indiciária, atenta a dependência da mesma em relação aos primeiros. De outro lado, caso estas características não estejam verificadas, aqueles factos não podem ser utilizados no raciocínio da prova indireta.

cit. nota 139, onde se explicita que um dos requisitos dos quais depende a eficácia probatória da prova indiciária é precisamente a “prova dos indícios”.

¹⁵⁰ Ac. do STJ, de 11-07-2007, Proc. n.º 07P1416, Rel. Armando Monteiro in SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 21.

¹⁵¹ *Sentencia do Tribunal Supremo*, de 06-04-2006, n.º 392/2006 e ainda *Sentencia do Tribunal Supremo*, de 21-11-2006, n.º 1133/2006 : “2-A prova da procedência do dinheiro cambiado, elemento essencial para a condenação por branqueamento, exige que se explanem devidamente os indícios em que assenta, isto é, que se descrevam os “factos básicos” que por via da prova indiciária (inferência ou dedução) nos possam conduzir à afirmação de que esse dinheiro provinha do tráfico de drogas.”, *ibidem*, pp. 18 e 20.

¹⁵² Só assim é que os indícios se podem assumir como “(...) a matéria com que se trabalha ou sobre a qual se apoia a presunção (...)” in CLIMENT DURÁN, Carlos, *La prueba penal...*, cit. nota 141, p. 623.

Quanto às características dos indícios, as mesmas estão mais do que assentes na doutrina e na jurisprudência, nacional e estrangeiras, de entre as quais são particularmente proveitosos o Direito Espanhol e o Direito Italiano¹⁵³.

Iremos começar com a análise do Direito Espanhol, onde serão apresentadas as condições que os tribunais superiores de Espanha, o *Tribunal Constitucional* e o *Tribunal Supremo*, consideram essenciais para que a prova indiciária seja capaz de afastar “toda a dúvida razoável” e vir a fundamentar a decisão condenatória¹⁵⁴. Todas estas condições que, por sua vez, acabaram por ser praticamente reproduzidas pelo nosso ordenamento jurídico¹⁵⁵.

Quer os requisitos de admissibilidade da prova indiciária fixados pelo *Tribunal Supremo*, quer aqueles que são delimitados pelo *Tribunal Constitucional*, para superar a presunção de inocência acabam por coincidir entre si e duplicar-se. De entre estes requisitos encontramos a pluralidade de indícios¹⁵⁶, necessidade de prova¹⁵⁷ desses mesmos indícios, de carácter acusatório, para além disso, devem ser periféricos ao facto a provar e inter-relacionados entre si¹⁵⁸.

¹⁵³ Tal como aponta SILVA PEREIRA, “Os tribunais portugueses inspiram-se nas soluções apresentadas pela lei, doutrina e jurisprudência italiana e espanhola.” in SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, p. 59.

¹⁵⁴ Neste âmbito, deixamos apenas uma breve nota no sentido de que, consoante as diferentes intervenções, os indícios apresentados pelo *Tribunal Supremo* são diferentes daqueles apresentados pelo *Tribunal Constitucional*, cujo controlo será, nomeadamente, ao nível do respeito pelos preceitos constitucionais. Assim sendo, em Espanha podemos ter dois tipos de controlo: a montante e a jusante. A montante, temos os requisitos determinados pelo *Tribunal Supremo*. Já o controlo que é feito pelo *Tribunal Constitucional* será *ex post*. Especificamente cabe a este tribunal verificar se os indícios utilizados e as presunções que se obtiveram foram suficientes para afastar a dúvida razoável, afastando-se assim a presunção de inocência, *ibidem*, p. 80.

¹⁵⁵ Que, começando a admitir a utilização da prova indiciária, aproveitou a “ampla criação jurisprudencial” espanhola, que, por ser tão rica, tornou este direito processual tão apelativo e proveitoso à questão no tratamento português da prova indiciária, *ibidem*, p. 81.

¹⁵⁶ O *Tribunal Supremo* aqui acrescenta que, sendo únicos devem possuir uma “singular potência acreditativa”, *ibidem*.

¹⁵⁷ Nomeadamente, através de prova direta. O *Tribunal Constitucional* refere ainda que a partir desses factos base plenamente provados o facto probando deve deduzir-se com precisão, *ibidem*.

¹⁵⁸ Estes correspondem na sua totalidade aos requisitos essenciais definidos pelo *Tribunal Constitucional* – e que acabam por ser reproduzidos nas sentenças do *Tribunal Supremo* – para que a decisão condenatória se possa basear na prova indiciária e referem-se ao que são designados pela doutrina como “requisitos materiais”, PASTOR ALCOY *apud* SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, p. 90. De entre os requisitos materiais determinados pelo *Tribunal Constitucional* temos ainda a “racionalidade da inferência” e a “motivação da sentença”. Já quanto aos requisitos processuais teríamos a explanação do raciocínio, o qual deve “(...) estar assente em regras do critério humano ou em regras da experiência comum(...)” e a motivação da sentença onde a “racionalidade da inferência” é controlável porque foi exteriorizada, pelo órgão judicial in SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, p. 90, que esclarece que há aqui uma indicação dos factos base completamente provados.

Analisando o Direito Italiano, verificamos que os requisitos de admissibilidade da prova indiciária, ao contrário do que sucede no Direito Espanhol, estão determinados por disposição normativa¹⁵⁹.

Conforme disposto no art.º 192.º, n.º 2 do *Codice di Procedura Penale* de 1988¹⁶⁰, os indícios devem ser *graves, precisos e concordantes*. A gravidade refere-se à conexão entre o elemento de prova e o facto probando que, quanto maior for, mais forte é a possibilidade de provar a ocorrência do facto probando¹⁶¹. Em segundo lugar, os indícios devem dizer respeito a factos concretos. Por último, devem convergir na mesma conclusão.

Antes da reforma que introduziu este artigo, uma outra exigência era a de que o indício deveria ser “certo”, isto é, estar judicialmente provado. Todavia, este requisito não foi transposto, sendo o mais próximo o da gravidade. Esta é a característica mais interessante, porquanto configura a principal exigência feita à prova direta para que os indícios obtidos através de si possam ser utilizados: a sua prova que se equipara à sua certeza.

Quanto ao ordenamento jurídico português, à semelhança do que sucede com o Direito Espanhol, não temos nenhuma norma escrita que prescreva as características para os indícios¹⁶² sendo as mesmas o resultado de uma recolha jurisprudencial inspirada nas experiências estrangeiras.

Essas características, que têm vindo a ser enfatizadas pela jurisprudência portuguesa, são: a certeza, o carácter incriminatório, a circunstancialidade e contemporaneidade, independência e interrelação, gravidade, precisão e concordância¹⁶³.

¹⁵⁹ Sem prejuízo de também terem resultado de uma criação jurisprudencial e doutrinária.

¹⁶⁰ Onde se pode ler que “(...) a existência de um facto não pode ser inferida a partir de indícios a menos que estes sejam graves, precisos e concordantes(...)”.

¹⁶¹ SILVA PEREIRA refere também que esta característica da “gravidade” está ligada à *capacidade de convencimento* do indício – se esse indício for mais convincente, maior a *possibilidade de provar a existência do facto probando*, sendo que “(...) em igual proporcionalidade aumentará a capacidade probatória do indício (...)” in SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, p. 76. No mesmo sentido SANTOS CABRAL vem descrever melhor do que se trata este requisito indiciando que “(...) é incontornável a afirmação de que a gravidade do indício está diretamente ligada ao seu grau de convencimento: sendo grave o indício que resiste às objecções e que tem uma elevada carga de persuasividade (...)” in SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 26.

¹⁶² Ac. do STJ, de 15-09-2010, Proc. n.º173/05.6GBSTC.E1.S1, Rel. Fernando Fróis, disponível em: <http://www.dgsi.pt>: “A lei processual portuguesa não faz sequer depender o valor probatório dos indícios de especiais características dos mesmos, contrariamente ao que sucede com o C.P. Italiano.”. Também Santos Cabral refere que “A nossa lei processual penal não faz qualquer referência aos requisitos especiais em sede de demonstração da prova indiciária.”, SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 26.

¹⁶³ SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, pp. 128-139.

Destas destacamos a certeza e a gravidade. Quanto à certeza, refere-nos o STJ¹⁶⁴ que “Em primeiro lugar é necessário que os indícios sejam verificados, precisados e avaliados.”. Por “(...) verificação quer parecer que se pretende impor que seja provada a existência dos indícios.”¹⁶⁵, sendo que um indício provado é um indício certo¹⁶⁶. No mesmo sentido, temos o Ac. do TRL, onde se determinam os requisitos para a utilização (e eficácia) da prova indiciária, que refere quanto aos indícios: “a prova dos indícios” e a “concorrência de uma pluralidade de indícios”¹⁶⁷.

Face ao exposto, podemos resumir e destacar que as exigências que se colocam relativamente aos indícios e, conseqüentemente, à prova direta dividem-se em três categorias: força probatória, qualidade e relação. A força probatória¹⁶⁸ é referente à necessidade de estes indícios terem de estar plenamente provados por meio da prova direta. Em segundo lugar, quanto à qualidade dos indícios, não pode a mesma desligar-se da primeira que determina que uma elevada força probatória do indício, porque em pouco ou nada admite explicações em alternativa, envolve a sua maior qualidade, na medida em que apontará com maior precisão para o facto presumido. Pelo que assim e, em último lugar, se afere a estreita relação entre facto indiciário e facto indiciante.

É o alcance desses patamares de exigência que permite que os indícios sejam utilizados pela prova indiciária. A questão que agora se coloca é a de saber como se verificam estas características em relação à prova direta. Tendo isto em conta não podemos olhar mais uma vez para a prova direta de forma acrítica. Nesta medida, o juiz tem sempre de valorar os resultados obtidos através dos meios de prova que a integram.

É aqui que entra o segundo momento de valoração dos meios de prova direta¹⁶⁹, mas que agora se refere aos resultados obtidos com este meio de prova. Considerando-se determinados factos como provados, mas ainda assim não suficientes, por si só, para chegar à prova do elemento subjetivo, o juiz vai olhar para aqueles factos e tentar concluir se são úteis para a prova do facto probando, isto é, se podem ser utilizados como indícios

¹⁶⁴ Ac. do STJ, de 07-04-2011, Proc. n.º 936/08.0JAPRT.S1, Rel. Santos Cabral, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

¹⁶⁵ SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, p.128.

¹⁶⁶ Quanto à “gravidade” do indício remetemos para a explicação de SANTOS CABRAL a propósito deste requisito no Direito Italiano *vide* nota 161.

¹⁶⁷ Ac. do TRL, de 24-09-2019, cit. nota 139.

¹⁶⁸ No Direito Italiano podemos subsumir esta característica à “gravidade” do indício. No Direito Espanhol falamos da “necessidade de prova do indício”.

¹⁶⁹ Aqui importa apenas relembrar que a valoração dos meios de prova direta, em si mesmo considerados, já teve lugar num momento anterior.

na prova do elemento subjetivo do tipo. Assim, temos um conjunto de factos que podem ser utilizados na formulação de uma hipótese.

Estamos numa das etapas finais da determinação do elemento subjetivo que pressupõe a apresentação de uma hipótese explicativa do mesmo¹⁷⁰.

Neste contexto, o juiz vai trabalhar com as afirmações que foram fixadas no processo. A prova, num primeiro momento e quanto a um primeiro conjunto de factos é isso mesmo: chegar a afirmações que são fixadas no processo, porque sobreviveram ao crivo da valoração e visão crítica da prova direta. Este é o conjunto de enunciados considerados *verdadeiros* ou dos factos *provados*¹⁷¹.

No âmbito deste último vamos retirar os indícios, a partir dos quais o juiz formula uma conclusão quanto aos factos que dizem respeito ao elemento subjetivo. Esta conclusão deve ser exteriorizada através da apresentação de uma *hipótese* no que tange a esses factos e que procura responder à questão “Verifica-se ou não o elemento subjetivo do tipo?”; de seguida: “Porquê?”.

Deste modo, esta é uma hipótese que tem de ser sempre argumentada¹⁷², podendo reduzi-la a um raciocínio repartido entre a *descoberta* de uma explicação para os factos, que tem por base os factos provados, por qualquer um dos meios de prova direta¹⁷³, e a sua *justificação*¹⁷⁴. Este segundo momento implica excluir as valorações o mais possível e chegar a afirmações em relação às quais se possa atestar a verdade ou falsidade processual¹⁷⁵.

¹⁷⁰ GÁSCON ABELLÁN, Marina, «Sobre La Posibilidad De Formular Estándares De Prueba Objetivos», in *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28 (2005), p. 128.

¹⁷¹ Como pudemos perceber, no que respeita aos factos (ou “afirmações sobre os factos”) com os quais trabalhamos, não constituem nunca “factos em bruto”, sendo sempre valorados e interpretados. Veja-se, neste sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina, *LOS HECHOS...*, cit. nota 20, p. 25: “não existem factos brutos, mas apenas «teóricos», interpretados a partir de teorias ou juízos de valor (...)”.

¹⁷² Ao contrário do que sucedia em determinados sistemas penais, os factos não se podem considerar “incontestáveis” in GASCÓN ABELLÁN, Marina, *LOS HECHOS...*, cit. nota 20, p. 11. A autora assinala que o conhecimento dos factos em sede judicial considerava-se muitas vezes uma questão incontrovertida, entendendo-se que «Os factos são factos e não precisam de ser argumentados». Todavia essa “(...) verdade incontrovertida que não necessita de ser motivada (...)” é inaceitável tendo em conta um sistema processual penal que se procura afastar da “pura e simples arbitrariedade judicial” in GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación”, Universidad de Castilla la Mancha, p. 1.

¹⁷³ Corroborando neste mesmo sentido, GASCÓN ABELLÁN, Marina – *LOS HECHOS...*, cit. nota 20, p. 86, “Hipóteses: são as provas obtidas mediante prueba indireta o indiciária a partir de outras provas (enunciados probatórios) (...)”.

¹⁷⁴ Que tem lugar no momento da fundamentação da sentença.

¹⁷⁵ Segundo FERRAJOLI teríamos um sistema penal em que “(...) a investigação jurisdicional se produz através de asserções sujeitas à verificação e expostas à refutação da defesa; e não a opções ou valorações não verificáveis nem refutáveis (...)” in FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razon...*, cit. nota 14, p. 22.

Descobrir é, então, apontar a hipótese que consideramos como a mais provável, justificando, de seguida, a sua prevalência¹⁷⁶. Essa afirmação prevalecente e que é dada como assente, corresponde à fixação dos factos que determinam o elemento subjetivo.

A prova enquanto “atividade probatória” é vista como uma forma de *convencimento*¹⁷⁷. Já a prova enquanto “resultado” será o alcance ou não desse mesmo convencimento.

Considerando tudo isto, entendemos que podemos proceder a uma substituição da terminologia utilizada para a explicação da prova indireta, no sentido de constituir um raciocínio que parte dos *factos conhecidos* para chegar aos *factos desconhecidos*¹⁷⁸. Trata-se de partir de um conjunto de factos reproduzíveis, porque são passíveis de serem demonstrados por intermédio da prova direta, para chegar ao conjunto dos factos não reproduzíveis, mas que são demonstráveis através da prova indireta¹⁷⁹. Os factos são sempre desconhecidos: o que varia é a forma da sua demonstração e fundamentação.

Note-se que esta afirmação final feita no processo, quanto aos factos que integram o elemento subjetivo do tipo, refere-se a um facto histórico, pelo que nunca deixará de revestir a qualidade de “aproximativa”, na medida em que é impossível verificar-se uma total correspondência com o que aconteceu na realidade. O que torna essa afirmação convincente em detrimento das outras é o facto de entre todos os cenários possíveis e de todas as explicações dos factos passados (que integram o tipo objetivo, mas que representam, também, o tipo subjetivo) a mais plausível e *segura* para o Tribunal¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Esta distinção entre os conceitos provém do campo científico, mas pode “projetar-se mecanicamente” para o âmbito da prova judicial, sendo a descoberta equivalente à “formulação” ou “sugestão” da hipótese e a justificação a sua “validação” ou “comprovação” cf. GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Prueba Judicial...”, cit. nota 172, p. 7.

¹⁷⁷ É essa, aliás, a função que Alberto Ruço atribui à prova indiciária, “(...) enquanto meio utilizado para formar a convicção do julgador(...)”, RUÇO, Alberto, Vicente, *Prova Indiciária: por que razão um facto...*, cit. nota 142, p. 7.

¹⁷⁸ MENDES, Paulo de Sousa, A prova penal e as regras da experiência in COSTA ANDRADE, Manuel, ANTUNES, Maria J., AIRES DE SOUSA, Susana, *Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, Vol. III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 1003; AIRES DE SOUSA, Susana, *Prova indirecta e dever...*, cit. nota 146, p. 2757 ou ainda BRITO, Ana Maria B. e RUÇO, Alberto in *Da Prova Indireta ou por indícios*, [Em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020. [Consult. 10 out. 2022]. Disponível na Internet: < <https://cej.justica.gov.pt> >.

¹⁷⁹ “Atente-se, v.g., no facto de a grande maioria dos tipos pressuporem, para que se dê o crime por cometido, uma análise de *estados psíquicos* insuscetíveis, por regra, de qualquer demonstração.” Mas tais estados são “detectáveis exteriormente (...) por indícios que a mente humana do agente da infração e dos demais actores na cena do crime projetaram no mundo *real*.” SARAGOÇA DA MATTA, Paulo, *A livre Apreciação Da Prova*, in Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, Coimbra: Almedina, 2004, p. 231.

¹⁸⁰ GASCÓN ABELLÁN indicando como um dos “critérios positivos da valoração” dos factos o momento em que a hipótese “(...) atingiu um grau de probabilidade suficiente e maior do que qualquer outra hipótese alternativa sobre os factos.” in GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Prueba Judicial...”, cit. nota 172, p. 10. No mesmo sentido GÁSCON ABELLÁN, Marina, «Sobre La Posibilidad De...», cit. nota 170, p. 130.

Em consequência, a determinação do elemento subjetivo não envolve um juízo de certeza em relação aos factos, mas sim de probabilidade. Neste seguimento, a hipótese que foi formulada em relação aos mesmos tem um valor de “provável”, mas nunca de certa¹⁸¹. O que devemos encontrar é a possibilidade de confirmação e de refutação¹⁸² das hipóteses. Confirmada pela prova reunida, capaz de sustentar e demonstrar os factos constantes da Acusação; e refutável pela defesa (do arguido) que sempre terá a possibilidade de apresentar contraprova, mediante o exercício do seu direito ao contraditório¹⁸³.

Os contraíndícios surgem neste contexto, da apresentação das hipóteses alternativas, e servem para abalar a força probatória dos indícios¹⁸⁴.

A contraprova pode envolver outra interpretação dos resultados obtidos por via da prova direta ou consistir na produção e apresentação de outras provas, pondo em causa a eficácia probatória da prova existente e produzida¹⁸⁵.

Se essa contraprova não se revelar suficiente para tornar a dúvida razoável inultrapassável, está provado o elemento subjetivo. Aquela hipótese excluiu as demais. Caso contrário, considera-se que não foi feita prova suficiente desse elemento.

O princípio da presunção de inocência deve ser visto não como um mecanismo utilizado para a determinação do elemento subjetivo do tipo¹⁸⁶, mas um critério para a absolvição¹⁸⁷.

¹⁸¹ Mas é essa a reconstrução que o tribunal deve procurar fazer “(...) para procurar determinar a verdade de uma narrativa de factos passados irrepetíveis (que) assenta essencialmente na utilização de raciocínios indutivos que, pela sua própria natureza, apenas propiciam conclusões prováveis(...)” in Ac. do TRL, de 13-02-2013, Proc.n.º 256/10.0GARMR.L1-3, Rel. Carlos Almeida, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

¹⁸² FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razon...*, cit. nota 14, p. 143. e GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Prueba Judicial...”, cit. nota 172, p. 11 que explicita que a hipótese “verdadeira” é aquela 1) que não foi refutada pelas provas disponíveis e 2) que a tornam provável, ou seja, confirmam-na, determinando 3) que é a hipótese mais provável de entre todas.

¹⁸³ GASCÓN ABELLÁN, Marina, “La Prueba Judicial...”, cit. nota 172, p. 11.

¹⁸⁴ Surgindo especialmente para pôr em causa a realidade do facto indiciário, in MORAIS PINTO, Marta Sofia, «A prova indiciária...», cit. nota 143, p. 213.

¹⁸⁵ *Ibidem*.

¹⁸⁶ Neste sentido, este princípio deixa de possuir qualquer “(...) interesse de natureza cognoscitiva ou teórica, mas antes prática, já que considera que o juiz, ao aplicar a presunção de inocência e ao considerar que não está suficientemente demonstrada (para além da dúvida) a culpabilidade do acusado, não retira daí a conclusão fática da sua inocência, mas tão só a da necessidade da sua absolvição.” cfr. CALHEIROS, Maria C., *Para Uma Teoria Da Prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 110.

¹⁸⁷ Na qualidade de “critério superior da liberdade” e que impede toda a condenação “(...) sem a certeza moral da culpabilidade a redimir (...)” cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal I, Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*, 6.ª ed., Lisboa: Verbo, 2010, p. 98.

Assim, é tão só o resultado da sua não prova ou da sua não prova, além do critério da dúvida razoável, quando surge “articulado com o princípio do *in dubio pro reo*”¹⁸⁸.

Neste último cenário, a apresentação dos contraíndícios deixou o juiz num estado de dúvida razoável quanto à hipótese favorável ao arguido¹⁸⁹, isto é, a não verificação do elemento subjetivo, pelo que se abandona a hipótese prevalecente.

Por último, apenas notar que o teste da dúvida razoável é sempre aplicável, ainda que não tenha sido apresentada qualquer hipótese ou interpretação alternativa da prova produzida, pela defesa. O Tribunal deve aplicar este teste à própria hipótese por si formulada quanto ao elemento subjetivo, comprovando assim que esta tem segurança suficiente para sustentar a condenação.

Uma vez que o objetivo do Tribunal é chegar a uma hipótese segura, mais do que plausível, sempre que isso não se verificar é aplicado o princípio do *in dubio pro reo*.

¹⁸⁸ PATRÍCIO, Rui, *A Presunção da Inocência no Julgamento em Processo Penal, Alguns problemas*, Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2019, p. 41: “O princípio em causa procura pois responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal, não a dúvida sobre o sentido da norma, mas a dúvida sobre o facto.”

¹⁸⁹ Pelo que a solução imposta pelo princípio do *in dubio pro reo* é dar-se “(...) o facto, desfavorável ao arguido, como não provado, por a prova produzida não superar a presunção de inocência reconhecida (...)” in AIRES DE SOUSA, Susana, *Prova indirecta e dever...*, cit.nota 146, p. 2771.

Capítulo IV-A PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO EM FUNÇÃO DOS ELEMENTOS A PROVAR, exposição dos casos e análise da prática judiciária

Iremos realizar uma revisão da jurisprudência, onde procuramos ver aplicados os resultados da utilização dos vários meios de prova na determinação do elemento subjetivo do tipo.

1. Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL de 10-05-2021¹⁹⁰

No âmbito deste processo três Inspectores do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras (SEF) foram acusados em coautoria pela prática de um crime de homicídio qualificado na forma consumada, p. e p. pelos arts.º 14.º, n.º 3, 26.º, 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, als. h) e m) do CP.

O Tribunal, no entanto, condenou os Arguidos pela prática de um crime de ofensa à integridade física grave qualificada, agravada pelo resultado, p. e p. pelos arts.º 143.º, 144.º, al. d), 145.º e 132.º, n.º 1 e 2, als. h) e m), e 147.º, n.º1, todos do CP.

Dos factos provados que se consideraram relevantes para efeitos de compreensão das conclusões do Tribunal quanto à prova do elemento subjetivo, destacamos: o facto de a vítima, I.H., ter manifestado um comportamento agitado durante a noite que antecedeu o dia em que devia regressar ao seu país de origem, a Ucrânia, tendo, na sequência dessa manifestação comportamental, sido pedida a intervenção dos Inspectores do SEF (que não os Arguidos), por forma a acalmar o passageiro¹⁹¹.

No entanto, tendo I.H. sido pouco colaborante e manifestado um comportamento agitado, os inspetores algemaram-no, conduziram-no para a sala dos médicos do mundo, onde lhe foram retiradas as algemas¹⁹². Mesmo assim, o passageiro continuava “(...) agitado, sem dormir e pretendendo sair da sala dos médicos (...)” pelo que, em resposta, os vigilantes que se encontravam nas imediações decidiram recorrer ao uso de fita adesiva para o imobilizar à volta dos tornozelos e dos braços¹⁹³.

¹⁹⁰ Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 10-05-2021, Proc.n.º 2863/20.4T9LSB.

¹⁹¹ Facto n.º 34 dos “factos provados”.

¹⁹² *Ibidem*, Factos n.ºs 36 e 37.

¹⁹³ Conforme concretizado nos Factos n.ºs 42 e 47 dos “factos provados”.

Uma vez que após esta intervenção os vigilantes constataram que o passageiro continuava agitado, chamaram de novo os inspetores do SEF ao local, sendo que estes lhe retiraram a fita adesiva e o prenderam ao colchão com os lençóis, dando indicações de que estes fossem cortados se o passageiro adormecesse¹⁹⁴.

Reproduz-se aqui o Facto n.º 61, dado como provado no Acórdão, que ilustra o momento em que foi pedida a intervenção dos Arguidos: “Aquando da mudança de turno, ao ser reportado aos vigilantes do dia seguinte os eventos da noite e a condição de I.H., o vigilante R.R. [...] pediu que os Inspetores do Serviço de Estrangeiros e Fronteiras resolvessem o assunto, porque os vigilantes não poderiam estar a cuidar de I.H. e tramitar todo o serviço de entradas e saídas do EECIT.”. Na sequência disso, foi comunicado aos Arguidos que “(...) estaria um passageiro no EECIT a ser violento, necessitando da sua intervenção para o controlarem (...)”¹⁹⁵.

Já no interior da sala os Arguidos agiram em comunhão de esforços, desferindo no corpo de I.H. um número indeterminado de socos e pontapés. De igual forma, “(...) algemaram a vítima com as mãos atrás das costas e colocaram, nas pernas, umas algemas médicas (...)”¹⁹⁶.

A questão que importava aqui determinar, quanto ao elemento subjetivo do tipo, era a de saber se os Arguidos tinham agido com dolo de homicídio (arts.º14.º, n.º1 e 131.º do CP), ainda que na modalidade de dolo eventual, ou se atuaram de forma negligente, estando o dolo verificado apenas quanto ao crime de ofensa à integridade física.

Recordando os passos para a determinação do elemento subjetivo do tipo, enunciados anteriormente, verificamos que a prova começa com o recurso aos meios de prova direta. Neste sentido, destacamos a prova testemunhal, a prova documental e a prova pericial.

Sendo produzida em julgamento, a prova direta é alvo de uma análise crítica que implica a valoração em sentido estrito dos meios de prova e a sua interpretação.

Em relação à prova testemunhal, o Tribunal determina a sua credibilidade antes de valorar este meio de prova. Esta decisão, quanto a este aspeto, teve uma particularidade que residiu num reconhecimento muito concreto das fragilidades que afetaram o depoimento de cada testemunha¹⁹⁷. O Tribunal teve um especial cuidado na valoração

¹⁹⁴ *Ibidem*, Factos n.º s 49, 50, 51, 52 e 54.

¹⁹⁵ *Ibidem*, Facto n.º 63.

¹⁹⁶ *Ibidem*, Factos n.º s 70 e 71.

¹⁹⁷ Sendo que esses fatores podem ser resumidos em três aspetos: o primeiro, referente ao diferente envolvimento das testemunhas nos factos. Em segundo lugar e, em consequência, temos uma diferente postura da testemunha perante os factos. Por último, temos a memória *in Ac.* do Tribunal Coletivo do JCCL, de 10-05-2021, cit. nota 190, p. 27. Para mais desenvolvimentos, RAINHO, José Manso, *Prova*

deste meio de prova¹⁹⁸ dando cumprimento ao exigido “esforço adicional” quanto à produção e posterior valoração da mesma. Só com este investimento é possível que a prova direta atinja o patamar de exigência necessário para que possa, eventualmente, ser utilizada pela prova indireta ou mesmo permitir concluir quanto ao elemento subjetivo tipo.

Por último e ainda no âmbito da apreciação crítica da prova direta procedeu-se à articulação dos diferentes meios de prova, o que permitiu chegar aos factos provados. Aqui o Tribunal demonstrou a consciência de que estes meios isolados pouco nos podem dizer, mas que em conjunto permitem chegar a esta prova¹⁹⁹.

Posteriormente, devemos perceber se a partir dos factos provados, apenas com base na prova direta, conseguimos chegar à prova do elemento subjetivo do tipo. Este corresponde ao segundo momento de valoração dessa prova.

Neste caso os factos provados pelo Tribunal em julgamento não nos permitem logo a determinação daquele, mas revestem a qualidade de indícios.

Destarte, com base no depoimento das testemunhas foi possível chegar a afirmações respeitantes ao que aconteceu antes da chegada, no momento da chegada e depois da saída dos Arguidos da sala onde a vítima ficou prostrada²⁰⁰. Por fim, há ainda um grupo de testemunhas que, embora não tenham proferido afirmações respeitantes à atuação dos Arguidos, foram relevantes para determinar a razão de ter sido pedida a intervenção dos mesmos.

Além da prova testemunhal, temos também a articulação dos demais meios de prova, nomeadamente a prova documental²⁰¹ e pericial²⁰².

testemunhal: prova-rainha ou prova mal-dita? Algumas considerações jurídicas acerca da prova testemunhal, in Comunicação apresentada no âmbito da celebração do 8º aniversário do Tribunal da Relação de Guimarães [Em linha].[Consult. 22 dez. 2022]. Disponível na internet:< <https://www.trg.pt>>.

¹⁹⁸ Conseguindo chegar a conclusões concretas quanto à prova dos factos, não descartando logo a versão apresentada por determinada testemunha por parecer incongruente ou por ser diferente da versão que anteriormente havia contado, mas compreendendo o depoimento na sua globalidade.

¹⁹⁹ Tal como afirma: “O julgamento do presente processo caracterizou-se pelo elevado número de testemunhas ouvidas bem como pela análise dos inúmeros documentos juntos. Individualmente considerados, nenhum destes meios de prova apreciados tem a faculdade de esclarecer a total realidade que cumpre apurar.” in Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 10-05-2021, cit. nota 190, p. 27.

²⁰⁰ Neste sentido e, por exemplo, o depoimento de um dos vigilantes, que revela que “A incapacidade da vítima de reagir, se mexer, alimentar-se é (era) notória.”. No mesmo sentido o depoimento de outra vigilante que igualmente refere o estado da vítima antes e depois da intervenção dos arguidos, *ibidem*, p.25.

²⁰¹ Que “(...) permitiu ao Tribunal o encadeamento das intervenções de todos quantos interagiram com a vítima ou por perto passaram. Permitiu igualmente a consolidação dos factos no tempo, objetivamente o delimitando.”, *ibidem*, p. 29.

²⁰² Que permitiu determinar os fatores que contribuíram para a morte da vítima: “a quebra dos arcos costais e a imobilização das mãos, com algemas, atrás das costas, por um período de tempo demasiado prolongado.”, *ibidem*, p. 46.

A reunião de todos estes elementos consolidou a prova dos factos materiais objetivos e externos. Estes, não dizem diretamente respeito ao que aconteceu, mas dão-nos a indicação das condições de um ambiente exterior ao contexto da atuação. Por isso, são de extrema relevância para a imputação do dolo à conduta do agente. É esta exteriorização objetiva do comportamento que devemos aferir de modo a conseguir formular uma hipótese baseada na interpretação dada a esses factos²⁰³. Neste âmbito, essa hipótese procura concluir quanto ao que se passou naquela sala, qual a atuação dos Arguidos e se estes tinham ou não o propósito de matar.

Com base nestes factos, a hipótese do Tribunal foi a de que os Arguidos representaram o facto que preenchia um tipo legal de crime, mas não aquele que vinha descrito na Acusação, o crime de homicídio (arts.º 131.º e 132.º, n.º 1 e 2, als. h) e m) do CP), mas sim o da ofensa à integridade física grave (art.º 144.º do CP). E, portanto, quanto aos factos que integram o elemento subjetivo do tipo, o Tribunal “(...) concluiu que nada ficou demonstrado quanto à intenção de matar (...)”²⁰⁴.

Esta hipótese exclui a representação, pelos Arguidos, do resultado típico do art.º 131.º do CP, isto é, a morte. Ou, ainda que se possa admitir a sua representação, exclui a conformação com a verificação desse resultado ou o risco da sua produção.

Neste ponto, em que se considera a hipótese de dolo eventual, devemos ter em atenção que não podemos concluir *automaticamente* pela verificação ou não verificação do elemento volitivo, a partir do elemento intelectual²⁰⁵. Este automatismo é afastado se for tida em conta a atitude pessoal do agente²⁰⁶, determinando-se o seu processo concreto de decisão²⁰⁷.

Isto implica considerar as características pessoais do agente, as quais influenciam, também, as suas representações e vivências em concreto²⁰⁸ e, conseqüentemente, as circunstâncias específicas em que atuou. Neste caso, o atendimento de ambos os fatores é visível na justificação *infra* apresentada pelo Tribunal.

²⁰³ Neste contexto atuamos “Como uma espécie de “fotógrafos”, identificamos ou [...] falamos de um juízo baseado em certas premissas que constituem uma inquirição racional sobre o *significado* que o comportamento poderia ter.” in PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal...*, cit. nota 38, p. 180.

²⁰⁴ Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 10-05-2021, cit. nota 190, p. 51.

²⁰⁵ PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal...*, cit. nota 38, pp.167 e 168, verificando que a jurisprudência portuguesa por vezes utiliza “(...) inferências lógicas, de acordo com a experiência comum, para identificar o dolo a partir do elemento intelectual (...)”.

²⁰⁶ Seguindo a terminologia proposta por FERNANDA PALMA temos a “(...) valoração autónoma da posição do agente perante o facto proibido (...)”, *ibidem*.

²⁰⁷ Reconhecendo de igual modo que “(...) os tribunais não fazem uma articulação muito nítida com as representações e vivências dos agentes em concreto.”, *ibidem*.

²⁰⁸ *Ibidem*.

Aqui recuperamos a ideia de que além da descoberta da hipótese temos também a sua justificação. Na sua fundamentação, o Tribunal teve em conta a experiência profissional dos Arguidos, preparados e habituados a lidar com este tipo de situações. Deste modo, em conjugação com as regras da experiência comum “(...) tinham os Arguidos, necessariamente, conhecimentos que lhes permitiam prever as possíveis consequências dos seus atos, pelo que o fizeram a cada golpe.”²⁰⁹.

Neste caso as regras da experiência não foram utilizadas para excluir a “(...) inevitável aceitação da realização de facticidade típica (...)”²¹⁰, mas para articular e ter uma percepção mais nítida das representações e vivências dos agentes concretamente consideradas.

Como se verificou, a prova do elemento subjetivo não é um juízo de certeza, mas sim de probabilidade, por isso, a hipótese formulada quanto aos factos deve ser sempre passível de ser confirmada e/ou refutada. Não foram apresentadas quaisquer explicações alternativas e interpretações distintas dos factos dados provados. E, tendo em conta a decisão do TR, denota-se que esta hipótese foi confirmada por esta mesma decisão²¹¹, afastando-se igualmente a hipótese de dolo eventual em sede de recurso²¹².

2. Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL de 07-03-2023²¹³

No âmbito deste caso o Arguido C. vinha acusado da prática de um crime de homicídio qualificado na forma tentada, nos termos dos arts.º131.º, 132.º, n.ºs 1 e 2, als. e), g) e h) do CP e art.º 22.º do mesmo diploma.

²⁰⁹ Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 10-05-2021, cit. nota 190, p. 52.

²¹⁰ PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal...*, cit. nota 38, pp. 167 e 168.

²¹¹ Assim considerou o tribunal *ad quem* que “No caso, a actuação dos arguidos, embora dolosa (porque preenchedora do consignado no artº 14 nº1 do C. Penal), é enquadrável numa outra sede, por preenchedora dos elementos constitutivos do tipo de crime de ofensas à integridade física, uma vez que os arguidos actuaram com intenção de ofender Ihor Homeniuk no seu corpo e na sua saúde e não com a intenção de o matar (vide pontos de facto 89, 90, 91 e 93).” in Ac. do TRL, de 07-12-2021, Proc. n.º 2863/20.4T9LSB.L1, p. 260.

²¹² *Ibidem*: “Afastada, por não provada, a intenção de matar, terá de se entender que nem sequer se verifica, nesta parte, a possibilidade de preenchimento do conceito de dolo eventual homicida (nº3 do artº 14 do C. Penal) uma vez que, no caso que nos ocupa, não se mostra demonstrado que os arguidos, ao actuarem, tivessem representado a morte de I.H. como consequência possível da conduta e se tivessem conformado com aquela realização.”.

²¹³ Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 07-03-2023, Proc. n.º 1197/21.1S5LSB.

A prática dos factos, imputados ao Arguido C., surgiu no contexto de uma luta à porta de um bar, entre um outro Arguido, T.C., e um dos ofendidos, E.S.²¹⁴. Perante este cenário de luta, o outro ofendido, E.J., tentou separar aqueles que lutavam²¹⁵.

Nesta sequência, o Arguido C. empunhou uma arma de fogo na direção daqueles que tentavam separar os que estavam a lutar dizendo que a luta “é mano a mano, ninguém se mete”²¹⁶. Não obstante, o ofendido E.J. continuou empenhado na tentativa de terminar com a referida luta e, em resposta, o arguido C. “(...) efetuou dois disparos na direção do ofendido E.J., com o revólver de 9 mm, sendo que num deles atingiu a vítima E.J na perna esquerda.”²¹⁷.

Neste âmbito importava determinar se o Arguido, ao disparar na direção do ofendido E.J., tinha dolo de homicídio ou se apenas estava verificado o dolo do crime de ofensa à integridade física grave do art.º 144.º do CP em conjugação com o n.º 1 do art.º 14.º do CP.

Novamente, o passo inicial da determinação da intenção é atender à prova produzida em sede de julgamento.

Atente-se ainda que, no início da audiência de discussão e julgamento, o Arguido quis prestar declarações. Todavia, uma vez que as mesmas consistiram apenas na sua versão dos factos e sendo o seu conteúdo contrário ao que constava da Acusação²¹⁸, em nada contribuíram para esclarecer qual a sua intenção. Pelo que se exclui, desde já, a existência de uma confissão por parte do Arguido.

No que concerne aos restantes meios de prova direta, temos, nomeadamente, a prova testemunhal e a prova pericial.

Quanto à prova testemunhal, foi considerado particularmente relevante, por se considerar credível e como aquele “(...) que melhor apreendeu a realidade [...] envolvida.”, o da namorada do segundo ofendido, E.N. (em relação ao qual apenas estava em causa a ofensa à sua integridade física).

Com base neste depoimento, conseguimos perceber, o contexto em que foram disparados os dois tiros, quem estava presente e quem disparou na direção do ofendido.

²¹⁴ Factos n.ºs 5 e 6 dos “factos provados”.

²¹⁵ *Ibidem*, Facto n.º 8.

²¹⁶ *Ibidem*, Factos n.ºs 9 e 10.

²¹⁷ *Ibidem*, Facto n.º 12.

²¹⁸ Neste âmbito, o Arguido não só referiu que não tinha consigo nenhuma arma, mas que viu o ofendido a meter a mão numa bolsa que trazia consigo, parecendo que estava a tirar qualquer coisa parecida com uma arma. Refere, por último, que só ouviu o barulho dos tiros quando começou a correr, afastando-se do local do conflito.

Quanto à prova pericial, apenas foi relevante a perícia que determinou o local onde o ofendido foi atingido com a bala, na sua perna esquerda; e quais foram as lesões por si sofridas²¹⁹.

Através da articulação destes meios de prova confirma-se a credibilidade dos depoimentos considerados fundamentais para a descoberta da verdade. Neste caso, considerou-se o depoimento da testemunha acima referida credível, não só pelo encadeamento que fez dos factos, mas também pela confirmação das suas afirmações pela prova pericial.

Salvo melhor entendimento, este é um caso em que consideramos que a prova do elemento subjetivo é passível de ser feita apenas com recurso aos meios de prova direta. Pois através destes factos conseguimos formular várias hipóteses quanto ao elemento subjetivo.

Deste modo, tendo em conta os factos provados, podemos determinar que elementos objetivos²²⁰ do tipo foram representados pelo agente, ou seja, quais destes elementos tinha o mesmo consciência.

Assim, como primeira hipótese, podemos pensar na possibilidade de o Arguido não ter representado os elementos objetivos do tipo na íntegra. Posto isto, será de ponderar que representou a ação típica, “o ato de disparar”, o objeto material, que se configurava no ofendido e as circunstâncias essenciais do facto; mas surgem dúvidas quanto a ter representado o resultado típico, “a morte”, tendo em conta o local dos disparos e as palavras por si proferidas que podem ser reveladoras da razão de ser da sua intervenção. Mas por certo representou o resultado da ofensa à integridade física.

Nesta hipótese não se chega à fronteira entre o dolo eventual e a negligência consciente quanto ao crime de homicídio, pois o Arguido não chega a representar o resultado típico do crime previsto no art.º131.º do CP como possível. Ainda assim, se este

²¹⁹ Embora as perícias realizadas estejam suprimidas à livre apreciação do julgador, nos termos do art.163.º, n.º 1 do CPP, este, para a determinação do elemento subjetivo, ainda assim, valora os resultados trazidos por esse meio de prova pois o “(...) o juízo sobre a intenção de matar não integra um juízo técnico, científico ou artístico e nem é tão pouco um juízo de técnica médica (...)” cfr. PIRES DE SOUSA, Luís, «A valoração da prova pericial», in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, [Em linha], n.º 27, 2016, p. 20 [Consult. 5 nov. 2022]. Disponível na Internet <URL:<https://digitalis-dsp.uc.pt>>. O caso em concreto, exemplifica isso mesmo, na medida em que quanto ao relatório pericial da área criminalística não foi possível retirar conclusões “(...) quanto a qualquer disparo, posto que os furos detetados [...] não se afiguram compatíveis com as lesões (...)”, pelo que o Tribunal valorou o resultado trazido com esta perícia para a determinação do elemento subjetivo como pouco “(...) útil para o esclarecimento dos factos imputados(...)”, in Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 07-03-2023, cit.nota 213, p. 20.

²²⁰ Recorde-se que no âmbito dos elementos objetivos temos a ação típica, o resultado, o nexo causal (no caso dos crimes materiais), o objeto da ação e as circunstâncias essenciais do facto cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português...*, cit.nota 24, p. 101.

tinha consciência do facto típico ilícito p. e p. pelo art.º144.º do CP, resta aferir se esta “consciência de realização de um facto ilícito”²²¹ é acompanhada da “vontade” do agente. Analisando em concreto a decisão do agente, verificamos que há uma correspondência entre o objeto da sua vontade e a realização do facto típico, o qual surge como meio de “(...) satisfação dos motivos principais” do agente²²². *In casu*, queria atingir o ofendido, magoando-o fisicamente. Representa uma pessoa e age (executando o meio adequado) com o fim de a magoar²²³.

Numa segunda hipótese, podemos admitir que o Arguido representou o resultado, morte do ofendido, como possível tendo, por exemplo, em conta a perigosidade do meio utilizado, mas não se conformou com a possibilidade de concretização desse risco. Se assim for, atuou com negligência consciente em relação ao crime de homicídio (arts.º 131.º e 15.º, a) do CP)²²⁴.

Aqui a vontade, afere-se pela não aceitação do risco, o que exclui o dolo.

Numa última hipótese pode-se ainda admitir que o Arguido representou o resultado morte e quis que este se produzisse.

Selecionada, e por sinal descoberta, essa hipótese tem que ser justificada.

No presente caso, a hipótese que se afigura mais aproximativa daquela que terá sido a intenção do agente é a primeira²²⁵.

Em qualquer um dos casos, a formulação da hipótese explicativa da intenção do agente apenas teve por base os factos provados através da prova direta.

Tendo este aspeto em consideração, entende-se que haja a possibilidade de uma eventual refutação do entendimento segundo o qual a prova direta não é capaz de, por si só, provar o elemento subjetivo do tipo, sendo a prova indireta o único meio capaz de o fazer, ideia que continua a ser persistente na Doutrina²²⁶ e na Jurisprudência²²⁷.

²²¹ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português...*, cit. nota 24, p. 101.

²²² PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal...*, cit. nota 38, p.143.

²²³ MARQUES DA SILVA, Germano, *Direito Penal Português...*, cit. nota 24, p. 103.

²²⁴ É importante recordar que no âmbito da negligência a conduta inicial do agente é voluntária, é querida, sendo que o agente quer praticar um facto que representa, mas a realização do facto ilícito, ainda quando previsto, não é querida pelo agente. *Ibidem*, p. 126.

²²⁵ Tendo o Tribunal, na sua decisão, condenado o Arguido pelo crime de ofensa à integridade física grave, nos termos do art.º 144.º do CP e qualificada, nos termos do art.º 132.º, n.º 2, al. h) do CP.

²²⁶ SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 14.

²²⁷ Ac. do TRP, de 10-11-2021, Proc.n.º 229/19.8GCVFR.P1, Rel. João Pedro Pereira Cardoso, disponível em: <http://www.dgsi.pt>, onde passados dez anos ainda persiste a ideia de que “Além da confissão do arguido, o único meio de prova que realmente satisfaz a necessidade de provar o dolo é a prova indiciária (ou prova indireta).”.

Sem dúvida que esta prova pode assumir-se como o meio principal de prova dos factos, mas não é o único. Além do mais, reproduzindo o que foi referido aquando da análise do seu tratamento, a prova indireta não atua sozinha, logo, o raciocínio que é feito no âmbito da prova indireta é apenas um meio para chegar à prova do elemento subjetivo, mas apenas isso, *um meio*, sem prejuízo de se tratar do “meio por excelência” da prova deste elemento.

Não podemos ignorar os outros meios de prova, nomeadamente, e como agora vimos, os meios de prova direta.

Existem, no entanto, fatores que determinam a predominância da utilização de um meio de prova em detrimento de outro, nomeadamente, o tipo de criminalidade em causa.

Quanto mais complexa for a criminalidade²²⁸, em maior proporção se terá de recorrer à prova indireta²²⁹, à semelhança do que ilustra o caso seguinte.

Por outro lado, alguns autores, diriam que como os resultados obtidos através dos meios de prova direta implicam necessariamente a realização de inferências, a prova sempre seria *em alguma medida* prova indireta²³⁰.

Da nossa parte, cremos que não deverá ser cometido o erro de cair neste rigor classificatório. As inferências são necessárias e não é o seu uso que converte a prova direta em indireta. Conforme explicámos, a valoração da prova direta não prescinde, antes depende dessas mesmas inferências, na medida em que o juiz não presenciou diretamente os factos. Mas a prova foi produzida diretamente em sede de audiência.

Por outro lado, há aqui uma distinção a fazer. Um aspeto, será dizer que o dolo ou a negligência são insuscetíveis de “direta apreensão”, outra coisa é dizer que não são suscetíveis de ser demonstrados no processo através da prova direta.

A apreensão do dolo ou da negligência nunca pode ser direta (no sentido de ser imediata), mas apenas mediata²³¹, pelas razões já elucidadas.

²²⁸ Por exemplo, a complexidade que advém do facto de estarmos no âmbito da criminalidade económico-financeira. Neste sentido: “O reconhecimento da aptidão probatória da prova indiciária é imprescindível numa era dos chamados crimes de colarinho branco, de criminalidade organizada com recurso a meios como a Internet, e a posição de que só a prova direta poderia fundamentar uma decisão condenatória tornaria tais crimes virtualmente impassíveis de punição.” in SILVA PEREIRA, Patrícia, *Prova Indiciária...*, cit. nota 21, p. 105.

²²⁹ SANTOS CABRAL, José dos, «Prova indiciária...», cit. nota 138, p. 14, que no mesmo sentido reconhece que a sofisticação da criminalidade, determina a maior importância da prova indiciária.

²³⁰ PIRES DE SOUSA, Luís, *Prova por Presunção...*, cit. nota 122, p. 25. E TROUSSOV *apud* RUÇO, Alberto, Vicente, *Prova Indiciária...*, cit. nota 142, p. 30. para quem “O conhecimento judicial é necessariamente indireto”.

²³¹ Em razão das características que já vimos que se associam a este elemento. Reveja-se ainda neste sentido *supra* nota 124.

3. Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL de 13-07-2021²³²

No âmbito do presente caso, o Arguido vinha acusado da prática, em autoria material, de um crime de branqueamento de capitais p. e p. pelo art.º 368.º-A, n.ºs 1 e 2 do CP²³³.

Realizada a audiência de julgamento, ficou provado que o Arguido havia criado várias sociedades e fazia circular o dinheiro entre estas. Neste sentido, o Arguido “(...) visava utilizar, e assim utilizou, a conta aberta em nome da V.H. junto do UBS para ali fazer depositar quantias correspondentes a entregas de numerário que recebia.”²³⁴, entregando essas quantias ao seu gestor da conta em Portugal, em numerário²³⁵, as quais eram depositadas em “(...)fundos solicitados por outros clientes em Portugal e com contas junto da UBS na Suíça.”²³⁶.

Desta forma, o Arguido desencadeou vários procedimentos no sentido de fazer circular estes fundos, por forma a ocultar que era ele o verdadeiro titular²³⁷.

Para esse efeito, recorreu aos serviços de uma entidade de consultoria na Suíça AMN C. solicitando “(...) que lhe fosse montada uma estrutura societária internacional, e possibilitada a utilização de contas bancárias noutro país (...)”²³⁸. Através da montagem desta cadeia de sociedades, que procediam a transferências de fundos entre si, tornava-se então possível a transferência de quantias para “(...) uma conta bancária aberta em Portugal.”²³⁹.

Ficou também provado que o Arguido pagava uma contrapartida considerável por este serviço.

Provou-se ainda que os fundos depositados na conta da V.H. correspondiam a montantes não declarados pelo Arguido à Autoridade Tributária (AT) em Portugal, que perfaziam um montante de 2.000.000,00 (dois milhões) de euros²⁴⁰.

²³² Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 13-07-2021, Proc. n.º 9152/21.5T8LSB.

²³³ Em sede de julgamento o Tribunal comunicou que o crime de branqueamento seria aferido, com base na factualidade imputada, com referência ao crime de fraude fiscal, p. e p. no art.º 103.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT).

²³⁴ Facto n.º 5 dos “factos provados”.

²³⁵ *Ibidem*, Facto n.º 7.

²³⁶ *Ibidem*.

²³⁷ *Ibidem*, Facto n.º 27.

²³⁸ *Ibidem*, Facto n.º 38.

²³⁹ *Ibidem*, Facto n.º 41.

²⁴⁰ *Ibidem*, Factos n.ºs 13, 115 e 116.

Importava aqui determinar os elementos objetivo²⁴¹ e subjetivo do tipo. Quanto a este último, “(...) é suficiente que o agente saiba que a vantagem provém de um dos crimes pertencentes ao elenco do n.º 1 e que esse conhecimento seja contemporâneo da operação de branqueamento (...)”²⁴².

Quanto ao tipo objetivo, a origem ilícita advém do incumprimento da obrigação fiscal cfr. art.º 103.º do RGIT, tendo o agente procurado ocultar a verdadeira natureza do dinheiro que pretendia usufruir.

Para a prova do elemento subjetivo do tipo, a principal prova direta atendida pelo Tribunal foi a prova testemunhal e a prova documental; esta última permitiu identificar o circuito do dinheiro.

Contudo, dado que neste caso o conjunto de factos que estavam em causa se afiguravam particularmente complexos, a sua prova foi feita, essencialmente, recorrendo à prova indireta²⁴³.

Tendo a prova direta sido utilizada para identificar a criação de um circuito financeiro restava determinar as “motivações de tal ação”, de modo a inferir e esclarecer qual foi a intenção do Arguido.

Os indícios a partir dos quais a prova indireta parte são: o circuito financeiro, em que o dinheiro é introduzido em numerário e que não tem relação direta com o Arguido, mas que entra numa conta titulada por uma sociedade *offshore*, a conta da V.H.. O dinheiro circula, desta forma, de sociedade em sociedade, mas nenhuma delas está diretamente associada ao Arguido. Outro indício foi o de que o Arguido, para conseguir proceder a esta circulação do dinheiro, de forma anónima, recorreu a uma prestadora de serviços, a AMN C.. Por último, o indício de que o destino final deste dinheiro era a conta aberta do Arguido.

A sua motivação é determinada com base na criação deste circuito financeiro, bem como a energia e custos dispensados para o efeito. Assim, conforme responde o Tribunal

²⁴¹ Que *in casu* consiste em “(...) ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem (...)” e “(...) utilizar vantagens do facto ilícito cometido por outrem (...)” cfr. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª ed. Atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022, p. 1232.

²⁴² *Ibidem*, p. 1236. Acrescentando que o dolo aqui é incompatível com o dolo eventual.

²⁴³ Como bem assinala SANTOS CABRAL, “A prova indiciária assume um papel essencial nestes novos domínios relativo a crimes complexos, e de difícil prova, como os que estão conexonados com a grande criminalidade económica (...) que recorrem a operações labirínticas(...)” in SANTOS CABRAL, J., *Prova directa e Indirecta*, In *Direito probatório, substantivo e processual penal*, [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, atual. jun. 2020. [Consult. 10 out. 2022] Disponível na Internet:<<https://cej.justica.gov.pt>>, p.25. No mesmo sentido, SANTOS CABRAL, «Branqueamento...», cit.nota 116, p. 1.

à pergunta “Qual o interesse neste percurso?”, que é o de “(...) ocultar a origem do dinheiro, dificultando a pesquisa do seu percurso(...)”²⁴⁴.

Tendo ainda em conta que estas operações envolvem custos muito elevados, o Tribunal recorre às regras da experiência para concluir pela hipótese de que “(...) quem opta por suportar tais custos e justificar estes trabalhos, pretende esconder o dinheiro e a sua origem. Como tal, aqui sim, de acordo com as regras da experiência comum, algo terá de estar errado nesse dinheiro.”²⁴⁵. Na continuação da formulação desta hipótese, esse tratava-se do dinheiro não declarado à AT, ou seja, a sua origem ilícita tinha por base o incumprimento da obrigação fiscal, pelo que “(...) pretendia o Arguido assegurar que o dinheiro não era detectado pela Autoridade Tributária, que não era obrigado a pagar os respectivos impostos sobre o rendimento.”, agindo com dolo direto.

Por último, vimos que além da apresentação de uma hipótese quanto àquela que seria a intenção do agente, era ainda necessário determinar que essa era a hipótese prevalecente em detrimento de outras e que, por isso, estaria sempre sujeita a uma confirmação ou refutação, nesta última, através da contraprova, que pode conter a apresentação de contraíndícios, uma interpretação diferente dada à conjugação dos indícios no caso concreto, nomeadamente, através da apresentação de explicações alternativas, que também têm que ser afastadas não restando dúvidas ao Tribunal quanto ao elemento subjetivo determinado.

In casu a defesa apresentou uma outra teoria, tendo em conta os factos provados, uma “teoria assente na fungibilidade do dinheiro”, tendo o Arguido utilizado “dinheiro limpo”, na medida em que os montantes depositados nas suas contas tinha origem lícita, não tendo a noção “(...) de que, ao fazer tais operações, estaria a fingir a lei e a usar dinheiro proveniente da prática de um crime.”²⁴⁶, pelo que não estava demonstrado o elemento subjetivo do tipo.

O Tribunal não ficou com dúvidas²⁴⁷ quanto à primeira hipótese apresentada e não refutada pela teoria da defesa, não resistindo estas explicações alternativas à primeira argumentação nem à contra-argumentação por parte do tribunal²⁴⁸.

²⁴⁴ Ac. do Tribunal Coletivo do JCCL, de 13-07-2021, cit.nota 232, p. 41.

²⁴⁵ *Ibidem*.

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 42.

²⁴⁷ Deste modo “(...) mantendo-se a convicção do Tribunal de que o Arguido sabia que estava a movimentar dinheiro ocultado da AT, pretendendo dissipar as vantagens obtidas com tal conduta .”, *ibidem*, p.43.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Capítulo V-O CONTROLO DA DECISÃO JUDICIAL

1. SOBRE A NECESSIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO NA DECISÃO JUDICIAL

Em face do raciocínio de valoração exposto, a determinação do elemento subjetivo culmina com a exposição de todo esse processo de análise crítica na redação da decisão final²⁴⁹. Veja-se neste sentido, o Ac. do TRL onde se refere que há que expressar “(...) o modo como se alcançou essa convicção, descrevendo o processo racional seguido e objetivando a análise e ponderação criticamente comparativa das diversas provas produzidas (...)”²⁵⁰.

Esta exposição afigura-se necessária não só pela existência dos deveres de fundamentação da sentença penal, nos termos do n.º 2 do art.º 374.º e art.º 379.º, n.º 1, al. a)²⁵¹, ambos do CPP; e igualmente determinado pelo art.º 205.º da CRP²⁵². Como também pelo facto de a decisão visar, acima de tudo, chegar a determinados destinatários²⁵³, assumindo a função de convencimento dos mesmos²⁵⁴.

Deste modo, não é suficiente chegar à prova dos factos e atingir o grau de convencimento acima indicado. É também necessário constar da decisão judicial a explicação da matéria de facto²⁵⁵.

Não obstante, esta é uma prática que ainda não foi totalmente adotada pelos nossos tribunais. Neste âmbito, em algumas decisões são enumerados e identificados os factos provados. O mesmo sucede com os vários meios de prova²⁵⁶; além de ser referida a

²⁴⁹ Significando que esse processo não se passará apenas na mente do julgador.

²⁵⁰ Ac. do TRL, de 8-11-2006, Proc.n.º 5/14.4GMLSB.

²⁵¹ E que determinam que a sentença deve conter, sob pena de nulidade, uma exposição, tanto quanto possível, completa 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.

²⁵² Estes deveres constituem ainda para “(...) a prova indireta de um facto desfavorável ao arguido [...] o seu derradeiro e inultrapassável limite.” cfr. AIRES DE SOUSA, Susana, *Prova indirecta e dever...*, cit. nota 146, p. 2754.

²⁵³ Ainda no mesmo acórdão, a descrição deste processo racional serve igualmente para “(...) permitir aos destinatários da decisão e aos cidadãos em geral, um controle externo e democrático sobre o exercício da justiça (...)” in Ac. do TRL, de 8-11-2006, cit. nota 251.

²⁵⁴ Nomeadamente, acerca da sua “correção e justiça” cfr. MARQUES DA SILVA, Germano, *Curso de Processo Penal III*, Lisboa/São Paulo: Verbo, 2008, p. 289.

²⁵⁵ “É fácil verificar: nestes casos, onde está a intervenção do juiz, isto é, o que é que o juiz acrescentou ao que já existia no processo? Nada.” in RUÇO, Alberto, Vicente, *Prova Indiciária:...*, cit. nota 142, p. 60.

²⁵⁶ Ainda que estes integrem os deveres de fundamentação da sentença, vide AIRES DE SOUSA, Susana, *Prova indirecta e dever...*, cit. nota 146, pp. 2767 e 2768 e POÇAS, Sérgio, «Da Sentença Penal – Fundamentação de Facto», in *Revista Julgar* [Em linha], n.º 3 (2007), pp. 24-29 [Consult. 27 jan. 2023]. Disponível na internet: <<http://julgar.pt/da-sentenca-penal-fundamentacao-de-facto/>> , não os preenchem na sua totalidade.

necessidade de proceder a uma leitura conjugada dos mesmos, ainda assim não é explicitada a apreciação individual realizada sobre cada um deles. Neste sentido, não devemos confundir “exame crítico das provas”, com a enunciação apenas daquilo que ficou provado no julgamento, que corresponde tão só ao resultado desse mesmo exame: a prova dos factos²⁵⁷.

Assim sendo, a análise crítica das provas, no nosso entendimento, deve consistir no seguinte:

Num primeiro exemplo²⁵⁸: “A, consciente e intencionalmente, envenenou a mulher, B, para receber a sua herança”. No âmbito deste processo, temos uma testemunha, o droguista, que no seu depoimento refere “a compra do veneno pelo marido antes do facto”. Concluímos que a compra do veneno consubstancia-se num indício de outro facto, ou seja, a administração do veneno que causou a morte da vítima.

Na fundamentação da matéria de facto, relativa ao elemento subjetivo do tipo, além da indicação dos meios de prova e do reconhecimento da importância desta testemunha na determinação de que o arguido tinha agido com o propósito de tirar a vida à sua mulher; devem ser explicitadas as razões que levaram a esta conclusão. Além do mais, num plano anterior, deverá ser justificada a credibilidade atribuída a esta testemunha.

Num segundo plano, é apreciado o significado daquilo que foi oferecido ao processo com esta última, que foram três afirmações relativas a factos contributivos para a formulação de uma hipótese quanto ao elemento subjetivo do tipo: que era o arguido o cliente atendido pelo droguista, onde esteve, e o que comprou. Procedendo-se assim “(...)à explanação *da outra parte* do percurso lógico do Tribunal até chegar à decisão fática.” (itálico nosso)²⁵⁹.

Tendo em conta o mesmo caso, suponha-se ainda a existência de um depoimento por parte de um polícia. Este relatou as diligências realizadas no sentido de determinar quem tinha comprado o veneno que provocou a morte de B.

Todas as afirmações que descrevem a investigação não necessitam de ser reproduzidas em sede da decisão judicial para dar credibilidade nem à testemunha, nem à afirmação principal de relevo feita por esta mas conferem essa credibilidade num

²⁵⁷ “Por esta razão, quando o juiz na exposição da convicção, se *limita* a indicar os meios de prova ou a transcrever o essencial dos depoimentos que as testemunhas prestaram, não chega a realizar a análise crítica das provas” in RUÇO, Alberto Vicente, *Prova e Formação...*, cit. nota 13, p. 288.

²⁵⁸ Apresentado por Karl English, para ilustrar a existência e possibilidade de utilização da prova indireta. in ENGLISH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10.ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, p. 100.

²⁵⁹ Ac. do TRL, 8-11-2006, cit. nota 250.

momento anterior em que se percebe que o agente da polícia atuou com a diligência e cuidado que lhe eram exigidos, concluindo-se pelo carácter fidedigno do seu depoimento²⁶⁰.

As exigências que se colocam quanto a fundamentação fática, visam garantir que quem é alvo da consequência jurídica compreende que o Tribunal ficou esclarecido quanto ao contexto em que atuou e o que representou. Deste modo, minudenciar a prova dos factos é particularmente importante quando as questões de direito não são controvertidas, mas os factos sim.

Por último, a ausência de uma correta análise crítica irá igualmente dificultar a percepção da matéria fática pelos tribunais superiores e o controlo da decisão.

2. OS LIMITES À DECISÃO DO TRIBUNAL DA RELAÇÃO EM SEDE DE RECURSO

Sendo admissível a interposição de recurso da decisão do tribunal *a quo*, nos termos do art.º 400.º do CPP, por quem tem legitimidade para o interpor (art.º 401.º do CPP), o TR na motivação de recurso pode pronunciar-se quanto a qualquer um dos fundamentos elencados nos n.ºs 1 e 2 do art.º 410.º do CPP e art.º 412.º do mesmo diploma.

Embora o TR, no que concerne às decisões da primeira instância, se pronuncie, sobretudo, a respeito das questões de Direito, não é raro surgirem algumas discordâncias incidentes sobre a decisão da matéria de facto²⁶¹.

No que se refere à decisão relativa à matéria de facto²⁶², que compreende a conclusão quanto à verificação (ou não) do elemento subjetivo, colocam-se alguns constrangimentos à apreciação por parte do TR. Tendo em conta, nomeadamente, o princípio da imediação

²⁶⁰ Sem prejuízo, é certo, de “Por vezes, quando se trata de prova directa e a testemunha tem conhecimento preciso de determinado facto, a matéria de facto provada pode, naquele ponto, praticamente reproduzir o conteúdo do depoimento. Mas isto ocorre por força daquela particularidade e não porque o tribunal tenha a preocupação de dar como provado o conteúdo do depoimento.”, o que não sucede neste caso *in* POÇAS, Sérgio, «Da Sentença Penal...», cit. nota 256, p.32.

²⁶¹ Tal como bem assinala POÇAS, Sérgio Gonçalves, «Processo Penal Quando o Recurso Incide Sobre a Decisão da Matéria de Facto», *in Revista Julgar Online* [Em linha], n.º 10 (2010), p. 22 [Consult. 27 jan. 2023]. Disponível na internet:< <http://julgar.pt/processo-penal-quando-o-recurso-incide-sobre-a-decisao-da-materia-de-facto/>>.

²⁶² Estamos no âmbito da “impugnação alargada”, cujos requisitos estão previstos no n.º 3 e nas alíneas do n.º 4 do art.º 412.º do CPP, conforme explica POÇAS, *ibidem*, p. 24, ao fazer a distinção entre este instituto com o da impugnação restrita, previsto no n.º 2 do art.º 410.º, do CPP.

(art.º 355.º do CPP)²⁶³ e o princípio da oralidade, que são acessíveis ao tribunal da primeira instância, mas não ao tribunal de recurso²⁶⁴. Existem, por isso, inevitavelmente certos aspetos que este não consegue apreciar²⁶⁵. Desta forma a clareza da exposição da motivação, pelo tribunal de primeira instância, sobretudo quanto à decisão relativa à matéria de facto é imprescindível.

Concluindo, a exigência, respeitante à análise crítica facilita não só a decisão quando esteja em causa uma impugnação alargada da matéria de facto (art.º 412.º CPP)²⁶⁶, como também o controlo que é feito quando a motivação do recurso se refere a matéria de Direito.

O Direito não é aplicado a um vácuo factual nem a hipóteses académicas, mas sim a factos concretos e para a avaliação da correção da solução jurídica tem de ser perceptível a realidade a que esta é subsumível.

Posto isto, o tribunal superior não pode escudar-se no princípio da imediação²⁶⁷ para evitar a apreciação da matéria de facto. O juiz da primeira instância tem, assim, duas tarefas fundamentais: de imediato *na receção da prova* e de justificar²⁶⁸.

Todo este raciocínio procura alcançar a segurança jurídica das decisões. Evitando decisões divergentes (em casos semelhantes) no que diz respeito a um elemento tão importante como o é o elemento subjetivo do tipo.

²⁶³ Que “(...) pressupõe um contacto direto e pessoal entre o Julgador e as pessoas que perante ele depõem (bem como restante prova produzida) (...)” cf. Ac. TRP, de 17-09-2014, Proc. n.º 409/11.4GBTMC.P1., Rel. Alves Duarte, disponível em: <http://www.dgsi.pt>.

²⁶⁴ E que marcam, assim, uma “(...) relação de proximidade entre o tribunal do julgamento em 1ª instância e os meios de prova (...)”, *ibidem*.

²⁶⁵ E, neste sentido, há que atender ao conjunto de fatores “(...) tão diversos como as razões de ciência que os depoentes invocam ou a linguagem que utilizam, verbal e não-verbal, a espontaneidade com que depõem, as hesitações e o tom de voz que manifestam, as emoções que deixam transparecer, quer de inquietude quer de serenidade, através de expressões faciais, movimento repetido e descontrolado de mãos ou de pés, encolher de ombros, as contradições que evidenciam e o contexto em que tal acontece.”, *ibidem*.

²⁶⁶ Tal como afirma POÇAS, “(...) em sede de recurso, o tribunal superior para apreciar *bem* as razões da discordância da decisão sobre a matéria de facto necessita de conhecer *bem* as razões desta decisão.” in POÇAS, Sérgio, «Da Sentença Penal...», cit. nota 256, p.36.

²⁶⁷ MOURAZ LOPES, José, *A fundamentação da sentença no sistema penal português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Coimbra: Almedina, 2011, p.252.

²⁶⁸ Sendo que uma boa justificação na fundamentação da matéria de facto acaba por aproximar os juízes desembargadores do resultado obtido em sede de primeira instância.

SÍNTESE FINAL

As ideias básicas que resultam do estudo realizado sintetizam-se no seguinte:

1.º A determinação e prova do elemento subjetivo do tipo, à partida, pode ser feita recorrendo a qualquer um dos meios de prova, a prova direta e, neste âmbito e em casos que reúnam condições específicas, prova por confissão; e a prova indireta.

2.º Para esse efeito são necessários três pressupostos: um exercício de valoração, implícito na análise crítica da prova, o tratamento das afirmações quanto aos factos e, por fim, um exercício de argumentação do raciocínio que serviu de base a este processo.

3.º Através do raciocínio de valoração conseguimos chegar às afirmações quanto aos factos, consideradas com valor de verdade no processo, os factos provados.

4.º Quanto a esses factos, devemos apreciá-los e verificar se nos dão a percepção de que o agente representou a situação concreta respeitante à realização da conduta tipicamente ilícita.

5.º O dolo penal, além da representação, exige ainda a resolução, que surge na forma de vontade ou de conformação com a verificação do resultado representado.

6.º Demonstrando-se que o agente representou o resultado como possível, mas ainda assim prosseguiu com a sua atuação, constata-se que aceita a possibilidade de verificação do resultado típico. De outro modo, excluindo-se a representação do resultado, também se exclui a vontade de concretização das circunstâncias objetivas que integram o tipo de ilícito.

7.º Esta vontade não é, contudo, extraída de forma automática a partir daquela que foi a hipótese formulada quanto àquilo que o agente representou, mas sim interpretada, tendo em conta as características pessoais do agente e o contexto da sua atuação.

8.º Conclui-se, assim, acerca de quais os elementos determinantes para a imputação subjetiva que devem ser demonstrados no processo. Por um lado, os conhecimentos do

agente, que se subsumem ao elemento intelectual. Por outro, a vontade do agente ou o elemento volitivo, que deve ser objetivável, no sentido de ser possível manifestar que o agente teve (ou não) determinada atitude decisória.

9.º A prova do elemento subjetivo varia em função dos elementos a provar. É uma prova complexa e que pressupõe uma visão integrada e articulada dos meios de prova.

10.º A percepção destes elementos pode ocorrer de imediato, sendo suficiente a prova direta dos factos ou ter lugar num momento seguinte, depois de se fazer uso da prova indireta.

11.º Quanto à prova indireta, o seu uso acarreta algumas especificidades. A primeira refere-se ao facto de esta não ter um valor autónomo, em razão da sua dependência face à prova direta, pelo que este meio de prova não pode funcionar sozinho.

12.º Assim sendo, o emprego da prova indireta na prova do elemento subjetivo corresponde a um segundo momento da atividade probatória e parte do resultado de um primeiro, através do qual foi possível chegar aos indícios, que correspondem ao ponto de partida da prova indiciária.

13.º Para que estes indícios possam ser utilizados, têm de estar plenamente provados. Isto significa que pensar na prova indiciária e na sua eficácia é pensar, em simultâneo, na eficiência e suficiência dos resultados obtidos com a prova direta. Em face disto, deve ser feito um verdadeiro investimento neste meio de prova, não devendo ser menosprezado em relação à prova indiciária.

14.º Quer estejamos no âmbito da prova direta (que se basta por si mesma) ou no âmbito da prova indireta, em qualquer um dos casos devemos formular uma hipótese em relação à verificação ou não do elemento subjetivo do tipo.

15.º Essa hipótese de verificação do elemento subjetivo é a aquela que “sobrevive” a explicações alternativas, ou seja, naquelas circunstâncias que foram determinadas era impossível afirmar que o agente não conhecia nem havia representado as circunstâncias necessárias para a realização da conduta tipicamente ilícita.

16.º Esta hipótese, relativa aos dois momentos que conformam o elemento subjetivo do tipo de ilícito, tem de ser justificada, mas também passível de confirmação e refutação, tendo em conta os argumentos que a sustentavam.

17.º Finalmente, se essa hipótese vier a resistir a quaisquer dúvidas suscitadas, confirmando-se o seu sentido prevalecente em detrimento de outras explicações, de igual modo apresentadas para os factos, então chegamos à determinação do elemento subjetivo do tipo.

18.º Por fim, mais do que uma hipótese plausível, deve ser uma hipótese segura, suficiente para resistir ao teste da dúvida razoável e vir a fundamentar a condenação.

CONCLUSÃO

A realização deste estágio foi particularmente enriquecedora, na medida em que me permitiu consolidar os meus conhecimentos académicos nas áreas do Direito Penal e do Direito Processual Penal e estou convicta de ter atingido os objetivos a que me propus.

Concluindo esta unidade curricular, pude aperfeiçoar as minhas competências analíticas e argumentativas, bem como aprofundar o meu conhecimento jurídico de um tema que além de ser do meu interesse pessoal, é de uma indiscutível relevância no quotidiano da atividade judiciária.

A essência do ato de julgar é ter um “esqueleto de raciocínio”, que é moldável consoante o caso concreto, mas que nos dá uma segurança no tratamento dos casos.

É isto que permite o alcance de um modelo penal garantista²⁶⁹ em que o juízo penal é um “saber-poder”, no sentido de se tratar de uma combinação entre o conhecimento dos factos, a “verdade processual”, e decisão, “autoridade”²⁷⁰.

Estando, de um lado, esse conhecimento associado à autoridade e, de outro, à limitação das liberdades daquele que é o destinatário dessa decisão de autoridade, há que o alimentar, no sentido de o ampliar, garantindo que a cognição dos factos, que compõem o elemento subjetivo do tipo, é tão ampla quanto possível.

É importante estar atento ao facto de que esta espécie de “*check list*” de passos a percorrer não limita o princípio da livre convicção, nem afasta a possibilidade de adoção de um método²⁷¹, pois sempre haverá uma necessidade de valoração da prova que se apresenta disponível ao julgador.

Por tudo o que já foi exposto, pensamos ter contribuído para o enriquecimento académico sobre esta temática.

²⁶⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razon...*, cit. nota 14, p. 22.

²⁷⁰ E que, nesta qualidade, “(...) equivale a um sistema de minimização do poder e maximização do saber judicial.”, *ibidem*, p. 22.

²⁷¹ “O que os tratadistas do processo penal podem fazer é oferecer à prudência e critério do juiz algumas indicações ou princípios que sirvam como bússola para o guiar na apreciação da prova circunstancial (...)” in NAVARRO DE PAIVA, José da Cunha, *Tratado teorico...*, cit. nota 145, p.174.

BIBLIOGRAFIA

Recursos Bibliográficos

ABRANTES GERALDES, António, A., PIMENTA, Paulo, PIRES DE SOUSA, Luís Filipe, *Código De Processo Civil Anotado, Vol. I, Parte Geral e Processo de Declaração, Artigos 1º a 702º*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.

ALBUQUERQUE, P. Pinto de, *Comentário do Código de Processo Penal, à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed. Atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de, *Comentário do Código Penal - À luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos Humanos*, 5.ª ed. Atual., Lisboa: Universidade Católica Editora, 2022.

ANDRADE, M.C., *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 2.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2022.

CALHEIROS DE CARVALHO, M., *Para uma teoria de prova*, Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

CANOTILHO, G./ MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol. I*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CASTRO MENDES, J. de, *Do conceito de prova em processo civil* (Tese de doutoramento em Ciências Jurídicas, Universidade de Lisboa), 1961.

CLIMENT DURÁN, C., *La prueba penal: doctrina y jurisprudencia*, Valença: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA PACHECO, N. da *A Alegação e Prova do Dolo no Direito Processual Penal: - Em especial: As consequências da falta da sua Alegação na Acusação* (Dissertação de

Mestrado Forense, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e relativa ao ano letivo de 2015-16), (em publicação).

Da Prova Indireta ou por indícios, [Em linha], Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2020.

DÂMASO SIMÕES, E., «Prova Indiciaria (Contributos Para O Seu Estudo E Desenvolvimento Em Dez Sumários E Um Apelo Premente)», in *Revista Julgar*, n. °2, 2007, pp. 203-215.

DIAS, F., *Direito Penal - Parte Geral - Tomo I- Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*. 3.ª Ed., Coimbra: Gestlegal, 2019.

DIAS, F./ANDRADE, C., *Comentário Conimbricense do Código Penal - Parte Especial - Tomo II - Vol. I*, 2.ª ed., Coimbra: Gestlegal, 2022.

DÍEZ RIPOLLÉS, J., *Los elementos subjetivos del delito, Bases metodológicas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1990.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 10.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

FARIA E COSTA, J., *Noções Fundamentais de Direito Penal: (fragmenta iuris poenalis)*, 4.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2015.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho Y Razon: Teoria Del Garantismo Penal*, Madrid: Editorial Trotta, 1995.

FERREIRA, M. Cavaleiro de, *Curso de Processo Penal II*, Lisboa: [s.n.] (1955-1958).

FRAMARINO DEI MALESTA, N., *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*, 2.ª ed., Lisboa: Clássica Editora, 1927.

FRAMBÉRY-IACOBONE, A., «Vérité judiciaire, vérité factuelle et élément moral: Perspectives d'histoire pénale contemporaine», in *Clio@Themis - Revue électronique d'histoire du droit*, n.º 19, 2020.

GAMA LOBO, F., *Código de Processo Penal Anotado*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022.

GAMA, António, *Comentário Judiciário do Código de Processo Penal, Tomo II, Arts. 124.º a 190.º*, 3.ª ed. Coimbra: Almedina, 2021.

GASCÓN ABELLÁN, M., «La Prueba Judicial: Valoración Racional y Motivación», Universidad de Castilla la Mancha, pp.1-22.

GASCÓN ABELLÁN, M., «Sobre La Posibilidad De Formular Estándares De Prueba Objetivos», in *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 28, 2005, pp.127-139.

GASCÓN ABELLÁN, M., *LOS HECHOS EN EL DERECHO Bases argumentales de la prueba*, 3.ª ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.

GASPAR, Henrique [et al.], *Código de Processo Penal Comentado*, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021.

GONÇALVES, Inês da C., *Os estados subjetivos e o problema da prova do dolo no âmbito do processo penal*, (Minho, Dissertação de Mestrado, apresentada na Escola de Direito da Universidade do Minho e relativa ao ano letivo de 2017-18), (em publicação).

«Litigância de má-fé», in *Lexionário [Em linha]*. Diário da República Eletrónico.

MORAIS PINTO, M. S., «A prova indiciária no processo penal», in *Revista do Ministério Público*, n.º128, Outubro: Dezembro, 2011, pp.185-222.

MOURAZ LOPES, J., *A fundamentação da sentença no sistema penal português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Coimbra: Almedina, 2011.

NAVARRO DE PAIVA, *Tratado theorico e práctico das provas no processo penal*, Coimbra: Editor Manoel de Almeida Cabral, 1895.

NEVES, Rosa V., *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão penal)*, Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

OLIVEIRA E SILVA, S., *O Arguido como Meio de Prova contra si mesmo considerações em torno do princípio a «nemo tenetur se ipsum accusare (vel prodere)*, Coimbra: Almedina, 2019.

PALMA, M. Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, 5.^a ed., Lisboa: AAFDL, 2020.

PATRÍCIO, Rui, *A Presunção da Inocência no Julgamento em Processo Penal, Alguns problemas*, Coimbra: Almedina, 2019.

PEREIRA, Rui C., *O dolo de Perigo: contribuição para a dogmática da imputação subjectiva nos crimes de perigo concreto*, Lisboa: Lex, 1995.

PIRES DE SOUSA, L., «A valoração da prova pericial», in *Revista Portuguesa do Dano Corporal*, n.º 27, 2016, pp.11-24.

PIRES DE SOUSA, L., *Prova por Presunção no Direito Civil*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017.

PIRES DE SOUSA, L., *Prova Testemunhal: Noções de Psicologia do Testemunho*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2020.

POÇAS, Sérgio G., «Da Sentença Penal – Fundamentação de Facto», in *Revista Julgar*, n.º3, 2007, pp. 21-44.

POÇAS, Sérgio G., «Processo Penal Quando o Recurso Incide Sobre a Decisão da Matéria de Facto», in *Revista Julgar Online*, n.º 10, 2010, pp.21-37.

RAGUÉS I VALLÈS, R., «Consideraciones Sobre La Prueba Del Dolo», in *Revista de Estudios de la Justicia*, n.º 4, 2004, pp.13-25.

RAGUÉS I VALLÈS, R., *El dolo y su prueba en el proceso penal*, 1.ª ed., Barcelona: Bosch, 1999.

RAINHO, J. M., *Prova testemunhal: prova-rainha ou prova mal-dita? Algumas considerações ajurídicas acerca da prova testemunhal*, in Comunicação apresentada no âmbito da celebração do 8º aniversário do Tribunal da Relação de Guimarães, Guimarães, 2010.

RODRIGUES DA CUNHA, J. A., «A colaboração do arguido com a Justiça – A confissão e o arrependimento no sistema penal português», in *Revista Julgar*, n.º 32, Mai.-Ago. 2017, pp.45-69.

RODRIGUES DA CUNHA, J.A., *A colaboração do arguido com a Justiça, A sua relevância no âmbito da escolha e determinação da medida da pena* (Dissertação de Mestrado em Direito, Especialização em Ciências Jurídico-Processuais, apresentada na Faculdade de Direito da Universidade Portucalense e relativa ao ano letivo de 2016-17), (em publicação).

RUÇO, Alberto V., *Prova e Formação da Convicção do Juiz*, 2.ª ed. Reimpressão, Coimbra: Almedina, 2019.

RUÇO, Alberto, Vicente, *Prova Indiciária: por que razão um facto é um indício ou base de uma presunção?*, Torres Novas: Gráfica Almondina, 2013.

SANTOS CABRAL, J. *Prova directa e Indirecta*, In *Direito probatório, substantivo e processual penal*, [Em linha]. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2019, atual. jun. 2020, pp.

SANTOS CABRAL, J., “Prova indiciária e as novas formas de criminalidade”, in *Revista Julgar*, n. °17, Jan.-Abr., 2012, pp.13-33.

SANTOS CABRAL, José “Branqueamento de capitais e prova indiciária”, in *Revista Julgar Online*, Mar.2020, pp. 1-24

SARAGOÇA DA MATTA, P., “A livre Apreciação Da Prova”, in *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, 2004.

SILVA PEREIRA, P., *Prova Indiciária no âmbito do Processo Penal: admissibilidade e valoração*, Lisboa: Almedina, 2017.

SILVA, G. Marques da, *Curso de Processo Penal I, Noções Gerais, Elementos do Processo Penal*, 6.^a ed., Lisboa: Verbo, 2010.

SILVA, G. Marques da, *Curso de Processo Penal II*, 4.^a ed., Lisboa/São Paulo: Verbo, 2008.

SILVA, G. Marques da, *Curso de Processo Penal III*, 3.^a ed., Lisboa/São Paulo: Verbo, 2008.

SIMAS SANTOS, Manuel, LEAL-HENRIQUES, Manuel [et. al.], *Código Penal: Anotado*, 4.^a ed., Lisboa: Rei dos Livros, 2014.

SOARES PEREIRA, Rui, *Acerca do valor probatório da confissão do arguido*, Direito da Investigação Criminal e da Prova, Coimbra: Almedina, 2014.

SOTO, J. Calderón, *La prueba del dolo y su motivación en las sentencias condenatorias emitidas por el Primer Y Tercer Juzgados Unipersonales de Huánuco* (Tesis para obtener el grado académico de abogado, apresentada na Facultad de Derecho y Ciencias Políticas da Universidad Nacional Hermilio Valdizán e relativa ao ano letivo de 2016-17), (em publicação)

SOUSA, Susana A., “Prova indirecta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal”, In *Homenagem ao Professor Doutor Germano Marques da Silva*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2753-2775.

MENDES, Paulo de Sousa, *A prova penal e as regras da experiência*, in COSTA ANDRADE, Manuel, ANTUNES, Maria J., AIRES DE SOUSA, Susana, *Estudos Em Homenagem Ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias, Vol. III*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 997-1011.

TAIPA DE CARVALHO, A., *Direito Penal, Parte Geral - Questões Fundamentais, Teoria Geral do Crime*, 3.^a ed., Porto: Universidade Católica Editora, 2016.

Legislação

Código Penal - DL n.º 48/95, de 15 de março;

Código de Processo Penal - DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro;

Constituição da República Portuguesa - Decreto de 10 de abril de 1976.

Jurisprudência citada

Ac. do Tribunal Constitucional, de 21 de dezembro de 2020, n.º 770/2022, Proc. n.º 739/2020, Rel. Joana Fernandes Costa.

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 11 de julho de 2007, Proc. n.º 07P1416, Rel. Armindo Monteiro.

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 15 de setembro 2010, Proc. n.º 173/05.6GBSTC.E1.S1, Rel. Fernando Fróis.

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 07 de abril de 2011, Proc. n.º 936/08.0JAPRT.S1, Rel. Santos Cabral.

Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 09 de fevereiro de 2012, Proc. n.º 233/08.1PBGDM.P3.S1, Rel. Santos Cabral.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 21 de março de 2012, Proc. n.º 460/10.1JALRA.C1, Rel. Paulo Valério.

Ac. Tribunal da Relação de Coimbra, de 5 de junho de 2019, Proc. n.º 104/17.0GAACB.C1, relatora Elisa Sales.

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 8 de novembro de 2006, Proc. n.º 5/14.4GMLSB.

Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 13 de fevereiro de 2013, Proc. n.º 256/10.0GARMR.L1-3, Rel. Carlos Almeida.

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 24 de setembro de 2019, Proc. n.º 294/17.2JGLSB.L1-5, Rel. Artur Vargues.

Ac. Tribunal da Relação de Lisboa, de 7 de dezembro de 2021, Proc. n.º 2863/20.4T9LSB.L1.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 17 de setembro de 2014, Proc. n.º 409/11.4GBTMC.P1., Rel. Alves Duarte.

Ac. do Tribunal da Relação do Porto, de 10 de novembro de 2021, Proc. n.º 229/19.8GCVFR.P1, Rel. João Pedro Pereira Cardoso.

Ac. do Tribunal Coletivo do Juízo Central Criminal de Lisboa, de 10 de maio de 2021, Proc. n.º 2863/20.4T9LSB.

Ac. do Tribunal Coletivo do Juízo Central Criminal de Lisboa, de 10 de novembro de 2021, Proc. n.º 9152/21.5T8LSB.

Ac. do Tribunal Coletivo do Juízo Central Criminal de Lisboa, de 7 de março de 2023, Proc. n.º 1197/21.1S5LSB.