

REVISTA
DE CONCORRÊNCIA
E REGULAÇÃO

ANO IV • NÚMERO 16
OUTUBRO – DEZEMBRO 2013

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

direção

LUÍS SILVA MORAIS • PAULO DE SOUSA MENDES

presidência do conselho científico

ANTÓNIO FERREIRA GOMES • EDUARDO PAZ FERREIRA

presidência do conselho de redação

CATARINA ANASTÁCIO

conselho consultivo

JOÃO E. GATA • NUNO CUNHA RODRIGUES



INSTITUTO
DE DIREITO
ECONÓMICO
FINANCEIRO
E FISCAL FDL

ALMEDINA



AUTORIDADE DA
CONCORRÊNCIA

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

Ano IV • Número 16
outubro – dezembro 2013

PROPRIETÁRIOS

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

Av. de Berna, 19
1050-037 Lisboa
NIF: 506557057

IDEFF
FACULDADE DE DIREITO
Alameda da Universidade
1649-014 LISBOA
NIF: 506764877

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, SA
Rua Fernandes Tomás, n.º 76-80
3000-167 Coimbra, Portugal
T: 239 851 904
F: 239 851 901
editora@almedina.net
www.almedina.net

EXECUÇÃO GRÁFICA
EDIÇÕES ALMEDINA, SA

Preço avulso desta Revista €25,00
Assinatura anual da Revista (4 números) €90 (desconto de 10%)

DEZEMBRO 2014

DEPÓSITO LEGAL
304538/10

TIRAGEM
500 EXEMPLARES

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação
são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro
qualquer processo, sem prévia autorização escrita do editor,
é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.

ÍNDICE

- 7 EDITORIAL**
- 17 DOUTRINA**
- 19 Doutrina geral**
- 21** Paulo de Sousa Mendes – *Eficácia das sanções e transações*
- 29** Nuno Sousa e Silva – *The proposed Directive on multi-territorial licensing for online music – Is competition a good idea?*
- 53** Érico Fernando Barin – *Alargar a perda alargada: O projeto Fenix*
- 97** José Danilo Tavares Lobato – *Um panorama da relação entre abuso e direito, ações neutras e lavagem de dinheiro*
- 141 Dossier temático**
- Prova*
- 143** Mafalda Melim – *Standards de prova e grau de convicção do julgador*
- 195** David Silva Ramalho – *O uso de malware como meio de obtenção de prova em processo penal*
- 245** Catiuce Ribas Barin – *A valoração das gravações de áudio produzidas por particulares como prova no processo penal*
- 295** José Neves da Costa – *Do aproveitamento em processo penal das provas ilicitamente obtidas por particulares – O caso BCP*
- 345** Catarina Abegão Alves – *Agente infiltrado ou provocador? Um problema de proibição de prova à luz do caso Teixeira de Castro v. Portugal*
- 391 LEGISLAÇÃO**
- 393 Legislação nacional**
- 393** Legislação nacional de regulação – outubro a dezembro de 2013
- 399 JURISPRUDÊNCIA**
- 401 Comentário de Jurisprudência**
- 401** Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas contra Autoridade da Concorrência* – Margarida Caldeira

417 Jurisprudência Geral

417 Jurisprudência nacional de concorrência – outubro a dezembro de 2013

419 Jurisprudência de concorrência da União Europeia – outubro a dezembro de 2013

423 BIBLIOGRAFIA

425 Recensão

425 Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 4.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2013 – Teresa Carvalho

431 Novidades Bibliográficas – outubro a dezembro de 2013

433 EVENTOS

439 NOTAS CURRICULARES

445 Colaboração com a *Revista de Concorrência e Regulação*

447 Órgãos Sociais

EDITORIAL/EDITORIAL NOTE

Luís Silva Moraes

Paulo de Sousa Mendes

Com n.º 16 da C&R retomamos o nosso formato usual de número único, após o número duplo da anterior edição, justificado pela inclusão de um extenso dossier temático especializado sobre o mundo digital e as tecnologias e mercados digitais.

Considerando a nossa prática editorial de alternância de temas de direito da concorrência e de regulação económica, o número atual da C&R corresponde, até certo ponto, a um número híbrido, ao incluir um dossier temático sobre prova, o qual é extremamente relevante quer para a aplicação do direito da concorrência, quer para a aplicação das regras de regulação económica em geral (como *infra* destacado em algumas notas sucintas sobre este Dossier Temático).

With No 16 of C&R we return to our usual format of a single Number after the last dual Number justified by the inclusion of an extensive special thematic file on the digital world and digital technologies and markets.

Considering our editorial practice of alternating prevailing competition law and policy topics and economic regulation topics, the current number of C&R corresponds to some extent to an hybrid number, since it comprehends a special thematic file on standards or parameters and framework of proof which is extremely relevant both for the enforcement of competition law and for the application of economic regulation

Além disso, no que se refere à Secção de Doutrina Geral, a abordagem temática seguida é também mista, com artigos focados em questões específicas de direito de concorrência e em temas mais próximos da regulação económica, embora a abordagem do direito da concorrência possa ser considerada prevalecente. Começando pelos temas relevantes de direito da concorrência abordados em alguns dos artigos da Secção de Doutrina Geral, os mesmos dizem respeito a áreas que têm sido objeto de marcada evolução e cujo desfecho ainda não é totalmente claro (assim se justificando um foco analítico crítico, como se pretende desenvolver num desses artigos e neste número da C&R).

Consideremos em primeiro lugar o domínio crucial, no atual estádio de evolução do direito da concorrência e da aplicação das regras da concorrência na União Europeia (UE) e em Portugal, do recurso às transações na prática das autoridades de concorrência. O artigo que abre a Secção de Doutrina Geral, intitulado “Eficácia das sanções e transações”, cobre, de uma forma extremamente atual, o recurso ao procedimento de transação no contexto da aplicação do direito da concorrência português (altamente influenciado, como seria de esperar, pelos desenvolvimentos neste domínio ao nível do direito

rules in general (as highlighted infra on some succinct notes about this thematic file).

Furthermore, as regards the section of General Doctrine, the thematic approach followed is also a mixed one, with articles focusing either on specific competition law issues and on topics pertaining more loosely to economic regulation, while the competition law approach may, nevertheless, be considered the prevailing one. Starting with the relevant topics of competition law brought forward by some of the articles of this initial section of General Doctrine, these involve areas where a marked transition is going on, the outcome of which is not yet entirely clear (thus justifying a critical analytical focus as the one such articles and this Number of C&R purport to develop).

Let us consider in first place the crucial domain, at the current stage of evolution of competition law and enforcement of competition rules in the EU and in Portugal, of the use of settlements in the competition authorities practice. The article, which opens the section of General Doctrine entitled ‘efficiency of sanctions and settlements’, covers in a highly topical manner the use of settlements in the context of enforcement of Portuguese

da concorrência da UE). O artigo analisa o conceito e a relevância das transações para efeitos da aplicação da lei da concorrência e, para além disso, analisa as condições para o desenvolvimento dos procedimentos de transação, em particular quanto às condições relativas à confissão ou reconhecimento de elementos da infração por parte das empresas envolvidas, colocando ainda em perspetiva as potenciais consequências de uma prática decisória muito dependente do recurso às transações, em detrimento da adoção das simples decisões condenatórias, com a orientação hermenêutica que as mesmas tendem a oferecer.

Como já mencionado, trata-se de um tema de grande atualidade também em termos de aplicação do direito da concorrência na UE, na qual podemos detetar possíveis novas tendências que tornam menos linear o uso do procedimento de transação. Duas tendências em particular podem ser destacadas, *e.g.* (i) a interação muito dinâmica entre os procedimentos de transação e os procedimentos ordinários de investigação e deteção de infrações ao direito da concorrência ou (ii) uma possível tendência de evolução para o surgimento de casos “híbridos” (em procedimentos nos quais algumas das partes envolvidas optam pela transação e outras não, com a continuação do procedimento

competition law (highly influenced, as was to be expected, by developments in this domain at the level of EU competition law). It discusses the concept and relevance of settlements for the purposes of competition law enforcement, and goes on from there to analyzing the conditions for the development of settlement procedures, in particular as regards conditions pertaining to confession or acknowledgement of elements of infraction on the part of the involved undertakings, also putting into perspective the potential consequences of an enforcement practice that may rely heavily on settlements to the detriment of adoption of classic infringement decisions with the underlying hermeneutical guidance these tend to provide.

*As aforementioned, this is a highly topical domain also in terms of EU competition law enforcement, in which we may detect possible new trends that render less linear the use of the settlement procedures. Two trends in particular may be emphasized, as *e.g.* (i) the very dynamic interplay between settlement procedures and the ordinary procedures of investigation and verification of infractions to competition law or (ii) a possible trend of evolution towards the emergence of ‘hybrid’*

de investigação quanto a estas últimas). Uma ilustração paradigmática desses casos “híbridos” pode ser encontrada na recente investigação de elevada complexidade da Comissão no chamado cartel ‘Euribor’ (envolvendo a manipulação da Euribor, taxa de juro de referência). Neste caso, a Comissão adotou uma decisão condenatória em procedimento de transação em 2013 relativamente a alguns dos bancos envolvidos, mas os processos de investigação continuaram *vis-à-vis* outros bancos que decidiram não transacionar. O facto é que o recurso generalizado às transações pelas autoridades da concorrência pode, com efeito, levar a um número crescente de casos mais complexos em que a adoção de decisões de condenação em procedimentos de transação não impede a continuação do processo de investigação em relação a alguns dos potenciais infratores (algo que para lá de um certo limiar crítico pode pôr em causa a própria eficácia e relevância das transações como instrumento para a resolução célere dos casos e para a redução da insegurança jurídica associada a processos prolongados, que podem, ademais, originar desafios judiciais de duração indeterminada).

No que diz respeito à interação dinâmica entre os procedimentos de transação e os procedimentos ordinários de investigação, a mesma é

cases (in procedures where some of the involved parties settle while others do not, leading to a continuation of the normal procedure against the latter ones). A paradigmatic illustration of these ‘hybrid’ cases may be found in the recent and high profile Commission investigation of the so called Euribor cartel (involving the manipulation of the Euribor interest rate benchmark). In this case the Commission adopted a settlement decision in 2013, which concerned some of the banks involved but normal proceedings were pursued vis-à-vis other banks which decided not to settle. The fact is that the widespread use of settlements by competition authorities may indeed lead to a growing number of more complex cases in which the formal adoption of settlement decisions does not prevent the further pursuit of ordinary proceedings against some of the potential infringing undertakings (something that beyond a certain critical threshold may call into question the very efficiency and relevance of settlements as an instrument to a speedy solution of cases also curtailing legal uncertainty that is associated with protracted proceedings that may, furthermore, originate judicial challenges of indefinite duration).

ilustrada no recente caso *Smart Card Chips*, no qual a Comissão iniciou negociações com vista à transação, tendo depois retomado o procedimento de investigação, devido à falta de soluções concretas para o caso.

Além disso, os recentes desenvolvimentos em casos de grande complexidade ao nível da UE parecem evidenciar, de alguma forma, que as decisões de condenação em procedimentos de transação e, a um nível diferente, os compromissos, nem sempre garantem o tipo de soluções rápidas e simples que tendiam a estar associadas a estas soluções alternativas às decisões condenatórias por infração *tout court*. Na verdade, a transição para a nova Comissão ocorrerá, em última instância, a meio de procedimentos demorados em casos sensíveis, como os relativos à Google e às investigações às transações de derivados de crédito, envolvendo treze dos maiores bancos do mundo (o primeiro caso referido no número anterior da C&R). Quanto ao segundo desses casos, o mesmo envolve o setor financeiro, em relação ao qual podemos esperar grandes desenvolvimentos em termos de aplicação da lei da concorrência, tanto a nível europeu como português (implicando isto que o setor financeiro continuará a ser uma área extremamente sensível em termos de política de concorrência e das suas delicadas ligações com

As regards the dynamic interplay between settlement procedures and the ordinary procedures of investigation this is illustrated in the recent Smart Card Chips case in which the Commission initiated settlement discussions only to revert to ordinary procedure due to lack of actual solutions of the case.

*Also, recent developments in high profile cases at EU level somehow seem to evidence that settlements and, at a different level, commitment decisions, do not always ensure the kind of quick and straightforward solutions that tended to be associated with such alternative solutions to formal infringement decisions *tout court*. In fact, the transition to a new Commission will ultimately happen in the midst of protracted proceedings in sensitive cases as the ones concerning the Google and the credit derivative trading investigations, involving thirteen of the world's largest banks (the former case covered in the preceding number of C&R). As regards the second of these cases, this involves the financial sector in which major developments in terms of competition law enforcement may be expected both at EU and Portuguese level (this implying that the financial sector will remain an extremely sensitive area in terms*

a reforma da regulação e supervisão das instituições financeiras, devendo ser dada atenção não só aos potenciais casos de má cooperação entre estas entidades, mas também aos auxílios de Estado decorrentes das necessidades de recapitalização que possam ser identificadas no decurso do processo tendente à transferência do poder de supervisão para o mecanismo único de supervisão em Frankfurt a. M.).

Além destes aspectos, os artigos da Secção de Doutrina Geral também abordam os principais desenvolvimentos relacionados com os problemas específicos dos mercados *on-line* e digital, que são muito dinâmicos, garantindo-se, assim, a continuação das análises desenvolvidas no Dossier Temático sobre o mundo digital incluído no último número da C&R. É o caso, nomeadamente, do artigo de Nuno Sousa e Silva sobre a proposta de diretiva europeia relativa ao licenciamento multiterritorial para a música *on-line*, que irá estabelecer um quadro legal totalmente novo para a ação das tradicionais sociedades de gestão coletiva de direitos de autor (cujo papel é colocado em causa pela difusão e comercialização de música através da Internet).

A um nível diferente, o conjunto complexo de problemas relacionados com as práticas de lavagem de dinheiro é abordado oportunamente pelo artigo de José Danilo Lobato e, num domí-

of competition policy and its delicate crossroads with reformed regulation and supervision of financial institutions, as attention must be paid not only to potential cases of undue cooperation between these entities but also to state aid cases arising from recapitalization needs that may be identified in the course of the process leading to the transfer of supervisory power to the single supervisory mechanism in Frankfurt).

Beside these aspects, the articles of the section of General Doctrine also deal with key developments related with the specific problems of very dynamic online and digital markets, thus ensuring a continuation of the analyses developed in the special thematic file on the digital world included in the last number of C&R. This happens, namely, with the article of Nuno Sousa e Silva on the proposed EU Directive on multi-territorial licensing for online music, which will involve an entirely new landscape for the action of traditional collecting societies (whose role is being challenged by the diffusion and commercialization of music through the Internet).

At a different level, the complex set of problems related with money laundering practices is covered in a timely manner

nio de alguma forma relacionado – de luta contra o crime organizado com objetivos económicos –, o artigo de Érico Barin aborda as novas e mais abrangentes formas de recuperação de ativos que podem ser usadas como parte de uma estratégia global de política penal (embora com um grau significativo de controvérsia quanto à sua compatibilidade com os direitos fundamentais e os princípios processuais penais amplamente aceites).

Como já mencionado, este número da C&R inclui um Dossier Temático sobre prova. O direito probatório não é apenas um conjunto de regras sobre a valoração de meios de prova em processo judicial. Pelo contrário, estas regras são uma componente de um quadro conceptual mais amplo, que engloba um determinado número de princípios e práticas. O quadro conceptual da produção e valoração de prova tem sido objeto de muito debate nos sistemas de *common law*, como o dos Estados Unidos da América. Hoje em dia, os sistemas de *civil law* também revelam um interesse crescente sobre várias áreas do direito probatório. Seguindo essa tendência, o nosso Dossier Temático pretende acompanhar as correntes fundamentais neste domínio.

Como tal, este Dossier comprehende várias abordagens. O artigo de Mafalda Melim aborda o tema dos *standards* de prova e grau de convicção

by the article of José Danilo Lobato and, in a somehow related domain – of fight against organized crime with economic objectives –, the article of Érico Barin addresses new and expanded forms of asset recovery that may be used as part of an overall criminal policy strategy (although involving a significant degree of controversy as regards its compatibility with fundamental rights and widespread criminal procedural principles).

As aforementioned, this number of C&R includes a Thematic File on evidence. The law of evidence is not merely a set of rules that determine the admissibility of facts into the judicial process. On the contrary, these rules are ingredients of a broad conceptual framework that encompasses a number of principles and practice. The conceptual framework of evidence has been subject to much debate in common law systems like the United States. Nowadays, the civil law systems also reveal a growing interest on several areas of the law of evidence. Following this trend, our special thematic file purports to follow key analytical currents in this domain.

As such this file comprehends various approaches. The paper by Mafalda Melim deals with the subject of the standard of proof in criminal

do julgador em processo penal e sugere uma perspetiva dinâmica, destacando a variedade de *standards* nas diversas fases do processo penal. David Silva Ramalho analisa o uso de *malware* pelo Ministério Público e pelos órgãos de polícia criminal como meio de obtenção de prova em processo penal. O uso de *malware* ganhou visibilidade nos últimos anos devido à sua grande eficácia e à sua capacidade de combater as medidas antiforenses adotadas por cibercriminosos. O artigo de Catiuce Ribas Barin analisa o valor probatório, em casos criminais, das gravações de áudio realizadas por particulares. Em especial, aborda um caso em que a gravação foi feita por um advogado com o objetivo de ampliar o debate sobre se a recolha deste tipo de prova ultrapassa, ou não, os limites legais. José Neves da Costa analisa a exclusão das provas ilícitas obtidas por indivíduos no âmbito de “investigações particulares”, colocando assim a questão de saber se os indivíduos estão (ou deveriam estar) vinculados, ou não, pelas mesmas normas que disciplinam a obtenção de meios de prova pelo Ministério Público e pelos órgãos de polícia criminal. Finalmente, o artigo de Catarina Abegão Alves analisa a distinção entre agente infiltrado e agente provocador, fazendo referência especial ao acórdão Teixeira de Castro v. Portugal do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos.

proceedings and suggests a dynamic perspective, emphasizing the variety of standards in the different stages of criminal proceedings. David Silva Ramalho studies the use of malware by the public prosecutor and the police as means of gathering evidence in criminal proceedings. The use of malware has gained visibility over the last years due to its high effectiveness and its ability to counter anti-forensic measures adopted by cybercriminals. The paper by Catiuce Ribas Barin deals with the probative value, in criminal cases, of audio recordings made by individuals. In particular, it refers to a case where the recording was made by a lawyer, in order to broaden the debate on whether gathering this type of evidence violates legal boundaries. José Neves da Costa discusses the exclusion of illicit evidence gathered by individuals when conducting a “private investigation”, thus raising the question of whether or not individuals are (or should be) bound by the norms that regulate the collection of evidence by the public prosecutor and the police. Finally, the paper by Catarina Abegão Alves analyses the distinction between undercover actions and entrapment, making reference to the judgement Teixeira de Castro v.

Como sempre, renovamos o compromisso com os nossos leitores no sentido de oferecer uma cobertura permanente dos desenvolvimentos mais significativos quer em termos de regulação económica, quer de direito da concorrência, na UE e em Portugal. Como tal, especial atenção será dedicada em futuros números da C&R, por exemplo, à adoção em Portugal da chamada Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras e aos principais corolários que dela possam resultar; ao possível desfecho de importantes investigações por infrações anticoncorrenciais relativas ao setor financeiro na União Europeia e em Portugal; às perspetivas abertas pela programada aprovação da nova legislação da UE sobre ações de indemnização por infrações anticoncorrenciais ou pelos novos casos de elevada complexidade de auxílios estatais, na esteira da grande reforma do regime de controlo dos auxílios estatais que tem vindo a ser realizada pela Comissão cessante.

Portugal of the European Court of Human Rights.

As always, we renew the pledge with our readers of a permanent coverage of the more significant developments both in terms of economic regulation and competition law, at EU and Portuguese level. As part of such coverage particular attention will be, e.g., dedicated in future numbers of C&R to the adoption in Portugal of the so called Framework Law of Regulatory Authorities and to major corollaries that may arise from it, to the possible outcome of major antitrust investigations concerning the financial sector at the EU and in Portugal, to the prospects opened by the prospective approval of new EU legislation on antitrust damages actions or to new high profile state aid cases in the wake of the major overhaul of the state aid control regime that has been undertaken by the outgoing Commission.



DOUTRINA

Doutrina Geral

DOUTRINA GERAL

EFICÁCIA DAS SANÇÕES E TRANSAÇÕES¹

Paulo de Sousa Mendes²

ABSTRACT: According to the new Portuguese Competition Act, the settlement procedure is used by the Portuguese Competition Authority in cases where the companies are ready to acknowledge their participation to an infringement and accept their liability for it. This paper deals with the possible motives for companies to settle, bearing in mind the risks of follow-on actions for damages.

SUMÁRIO: Introdução. I. O cerne da transação na Lei da Concorrência. 1. O valor probatório da confissão extrajudicial perante a Autoridade da Concorrência em ações de responsabilidade civil contra o confitente. 2. A perspetiva da Autoridade da Concorrência nos procedimentos de transação. II. Qual é a extensão da confissão exigida? III. O contexto provável dos procedimentos de transação. IV. Os riscos da transação para uma política de promoção e defesa da concorrência. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Há um velho provérbio escocês que diz que “A confissão pública é boa para a alma” (em língua original: “*Open confession is good for the soul*”).

Ninguém pretende que as empresas tenham alma, mas a minha questão é a seguinte: será a confissão pública boa – leia-se ‘útil’ – para o mercado?

Vem isto a propósito de saber se a Autoridade da Concorrência (AdC) deve exigir a confissão por parte das empresas como condição da transação nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência.

Se a resposta for afirmativa, então poderemos desde já conjecturar que poucas ou nenhuma empresas terão interesse na transação, pois ficariam assim muito mais

¹ Texto da apresentação feita na 3.^a Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, Lisboa, 28-29 novembro de 2013.

² As opiniões expressas neste texto são da inteira responsabilidade do Autor e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência. Agradeço ao Dr. Jorge Fernandes Ferreira e ao Dr. André Forte a leitura crítica e as sugestões feitas ao presente texto.

expostas do que já estão a sucessivas demandas de responsabilidade civil (as chamadas *follow-on damages actions*), na exata medida em que uma confissão no processo de contraordenação poderia depois ser aproveitada contra elas em processo civil.

O agravamento da exposição das empresas aos riscos de responsabilidade civil é tanto mais notório quanto a confissão nunca ficaria confinada entre quatro paredes, pois a AdC só pode aceitar uma proposta de transação e transformá-la numa decisão definitiva condenatória se conseguir desse modo cumprir eficazmente a sua missão de promoção e defesa da concorrência, o que implica necessariamente a divulgação da versão não confidencial dessa decisão na sua página eletrónica (artigo 90.º, n.º 1, da Lei da Concorrência).

O benefício da confidencialidade perante terceiros só protege as propostas de transação e os documentos que as integram (artigos 22.º, n.º 16, e 27.º, n.º 11, da Lei da Concorrência), mas não – como resulta da já referida obrigatoriedade de divulgação das decisões – a própria decisão condenatória.

É certo que a própria confissão do visado pelo processo não terá de constar da decisão condenatória proferida pela AdC, mas, na medida em que têm de constar os factos confessados na fundamentação da decisão e em que a decisão é proferida mencionando o procedimento de transação, ponto é que a confissão acaba por estar pressuposta na própria decisão, o que não deixará de ser invocado em futuras demandas de responsabilidade civil contra as empresas.

Lembra-se ainda que a celeridade não será incentivo suficiente para as empresas aderirem ao procedimento de transação. Muito pelo contrário, as empresas podem até ter interesse na prossecução normal do procedimento sancionatório, atrasando a prolação pela AdC da eventual decisão final condenatória, tanto mais que a expectável manutenção do segredo de justiça, se for decretado pela AdC, as resguarda dos danos de reputação porventura decorrentes da simples existência do processo, os quais poderão ainda ser minimizados através do pagamento voluntário da coima, desta feita pondo fim oportunamente ao processo sem impugnação judicial.

Finalmente, a redução da coima que as empresas conseguirão obter através da transação poderá não ser tentadora, ainda que a Lei da Concorrência não estabeleça uma percentagem máxima de redução da coima (diferentemente da percentagem máxima de redução da coima de 10% estatuída no § 32 da Comunicação da Comissão³). Seja como for, os *trade-offs* que as empresas não

³ A Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho prevê que a percentagem máxima de redução da coima no âmbito dos procedimentos de transação é de 10% (§ 32).

deixarão de fazer comparar o pagamento imediato da coima com o pagamento alguns anos após a decisão final condenatória da AdC, ainda que tenham de prestar caução para garantir o efeito suspensivo do recurso judicial, mas que nunca será igual ao valor da coima. Neste cenário, a redução da coima poderá realmente não ser chamativa.

Tudo visto e somado, a questão que fica de pé é saber se o regime de transação nos processos de contraordenação por práticas restritivas da concorrência, recentemente criado, não acabará sendo um instituto jurídico condenado ao fracasso na prática, sobretudo se a confissão for erigida em condição necessária da transação efetiva.

I. O CERNE DA TRANSAÇÃO NA LEI DA CONCORRÊNCIA⁴

De onde vem a ideia de que não pode haver transação sem confissão dos factos que constituem a infração?

Essa ideia decorre da própria Lei da Concorrência, que exige que o visado pelo processo, na sua proposta de transação em fase de inquérito, “reconhe[ça] a sua responsabilidade na infração em causa” (artigo 22.º, n.º 7) ou, se a AdC já o tiver notificado da nota de ilicitude (artigo 25.º, n.º 1), “apresent[e] uma proposta de transação, com a confissão dos factos e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração em causa” (artigo 27.º, n.º 1)⁵. A Lei da Concorrência alude ainda expressamente “[ao]s factos confessados pelo visado pelo processo na decisão condenatória” (artigos 22.º, n.º 13, e 27.º, n.º 8), dando assim a entender que a condenação proferida pela AdC neste contexto refletirá uma autêntica confissão do visado.

Teremos ocasião de ver se estes normativos impõem, ou não, a confissão como condição necessária da decisão condenatória resultante do procedimento de transação consumado.

1. O valor probatório da confissão extrajudicial perante a Autoridade da Concorrência em ações de responsabilidade civil contra o confitente

Para já, importa desdramatizar o peso de uma confissão dos factos produzida no procedimento de transação no âmbito do processo de contraordenação que corre na AdC para efeitos de aproveitamento como prova em processo civil.

⁴ Cf. Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos relativos à aplicação dos artigos 9.º, 11.º e 12.º da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio, e dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Linhas de Orientação sobre a Instrução de processos), adotadas pela AdC (pontos 142 e 145).

⁵ Anastácio/Alfafar, 2013: 307-308.

Nunca seria equiparável à confissão judicial escrita, a que a lei confere força probatória plena contra o confitente (artigo 358.º, n.º 1, do Código Civil) e que Lebre de Freitas, na sua tese de doutoramento sobre a confissão, chega até a considerar que é prova pleníssima⁶.

Quando muito, seria uma confissão extrajudicial. Na verdade, a transação no processo de contraordenação da Lei da Concorrência não é feita em justiça, mas perante a AdC, que é uma autoridade administrativa independente. Ora, a confissão extrajudicial feita a terceiro – neste caso, à AdC – fica sujeita, em todos os casos, à livre apreciação judicial (artigo 358.º, n.º 4, do Código Civil) e constitui um simples indício da verdade dos factos admitidos⁷.

Por outro lado, a confissão dos factos não é confissão do pedido, na medida em que a primeira tem por objeto os fundamentos da pretensão e só a segunda incide diretamente sobre a própria pretensão⁸.

Muito ficaria assim por provar no domínio específico das chamadas *follow-on damages actions*, até que fosse finalmente demonstrada a responsabilidade civil de uma empresa que tivesse confessado quaisquer práticas restritivas da concorrência num procedimento de transação concluso através de uma decisão condenatória adotada pela AdC.

Mas de tudo isto se dirá que é fraco consolo para as empresas demandadas em ações de *private enforcement*, por isso mesmo que um meio de prova sujeito à livre apreciação é, ainda assim, uma prova bastante. Além de que o *standard* de prova no processo civil poderá ser substancialmente menos exigente que no processo penal (*lato sensu*), pelo menos na visão daqueles que tentam importar para os sistemas de *civil law* a discussão sobre os diferentes *standards* de prova que é originária dos sistemas de *common law*.

Finalmente, se remanescerem dúvidas na mente do julgador sobre os factos controvertidos na ação cível, caberá ao demandado pôr em causa fundadamente a sua anterior confissão extrajudicial feita a terceiro ou então demonstrar a sua irrelevância para o caso concreto.

Em suma, a participação das empresas em procedimentos de transação no âmbito da Lei da Concorrência acarreta-lhes efeitos secundários não negligenciáveis no plano da responsabilidade civil.

⁶ Lebre de Freitas, 2013: 285.

⁷ Lebre de Freitas, 2013: 282, n.º 19.

⁸ Lebre de Freitas, 2013: 471.

2. A perspetiva da Autoridade da Concorrência nos procedimentos de transação

Será que a AdC poderá ou sequer estará interessada em mitigar tais efeitos secundários contra as empresas?

Ou, pelo contrário, a AdC até deveria alavancar o *private enforcement*, na medida em que este funciona, na prática, como aliado objetivo das autoridades nacionais de concorrência, porquanto acaba contribuindo, a prazo, para a adoção de boas práticas por parte das empresas?

Na verdade, a última questão merece uma resposta negativa. Por muito que o *private enforcement* possa contribuir para a implementação de melhores práticas por parte das empresas, a AdC tem a sua própria missão a cumprir e as suas decisões condenatórias não devem ser funcionalizadas ao interesse dos particulares na obtenção do resarcimento dos prejuízos sofridos.

A questão relevante é, pois, apenas a de saber se a AdC pode dispensar a confissão dos factos pelo visado no procedimento de transação, em função do interesse público de defesa e promoção da concorrência.

Ponto é que a AdC não pode transigir quanto à existência da infração, à responsabilidade do visado e à medida legal da coima aplicável. Ora, isso exige, do lado do visado, que “*reconheça a sua responsabilidade na infração em causa*”, como se diz no artigo 22.º, n.º 7, ou que “*apresent[e] uma proposta de transação, com a confissão dos factos e o reconhecimento da sua responsabilidade na infração em causa*”, como se diz ainda mais claramente no artigo 27.º, n.º 1, da Lei da Concorrência.

Regressámos, portanto, ao ponto de partida: não há volta a dar quanto à exigência de confissão dos factos para que o procedimento de transação possa ser bem sucedido.

II. QUAL É A EXTENSÃO DA CONFISSÃO EXIGIDA?

A Lei da Concorrência demarca-se assim da transação como uma espécie de contrato, que implicaria recíprocas concessões para prevenir ou terminar um litígio (artigo 1248.º, n.º 1, do Código Civil). Se assim fosse, a AdC não teria nenhuma posição de partida a defender. Mas tem, pois não pode transigir quanto à existência da infração, à responsabilidade do visado na mesma ou, ainda, quanto à moldura da coima que será fixada.

Qual poderá ser então o interesse de uma empresa de entrar num procedimento de transação?

Na verdade, há muitos aspectos a debater e é por isso mesmo que a transação implica conversações entre a AdC e o(s) visado(s) pelo processo. Estes poderão, por essa via, influenciar ou condicionar o recorte concreto dos elementos da infração e das circunstâncias relevantes para a determinação da coima (artigos 22.º, n.º 9, e 27.º, n.º 4, da Lei da Concorrência). Nada disto é despiciendo.

III. O CONTEXTO PROVÁVEL DOS PROCEDIMENTOS DE TRANSAÇÃO

Não é por acaso que no direito da União Europeia o procedimento de transação apenas está disponível para os casos de cartel⁹, o que não se passa na Lei da Concorrência, mas é crível que, também entre nós, o procedimento de transação venha a privilegiar a mesma tipologia¹⁰.

De facto, é natural que a AdC venha a promover os procedimentos de transação nos casos de prova robusta, o que é tipicamente o caso nas infrações *hardcore* (por exemplo, cartéis de preços ou de repartição de mercados), se houver prova direta dos acordos (por exemplo, através de testemunhas ou documentos). Ora, nestes casos basta que a imputação seja feita por objeto, dispensando-se a prova de quaisquer efeitos.

Por conseguinte, os riscos de exposição das empresas ao *private enforcement* são francamente menores, na medida em que faltará fazer prova do dano e do nexo de causalidade, que não é trivial.

Em casos de infrações pelos efeitos, é provável que a abordagem da AdC privilegie a aceitação de compromissos e a imposição de condições, mas aqui o desfecho é o arquivamento do processo, quer no inquérito quer na instrução¹¹. Ora, o arquivamento não depende de confissão do visado, nem conclui pela existência ou inexistência da infração, de tal sorte que a exposição das empresas ao *private enforcement* é menor.

⁹ Ao nível da União Europeia, o procedimento de transação aplica-se aos processos contraordenacionais respeitantes a cartéis (Wils, 2010: 32). A propósito, leia-se o Regulamento (CE) n.º 622/2008, que altera o Regulamento (CE) n.º 773/2004, e a Comunicação da Comissão relativa à condução de procedimentos de transação para efeitos da adoção de decisões nos termos do artigo 7.º e do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. A prática comunitária das soluções negociadas é, porém, muito anterior ao Regulamento (CE) n.º 1/2003 (Waelbroeck, 2009: 224-227).

¹⁰ Anastácio/Flores da Silva, 2013: 247. Seja como for, não existe limitação legal quanto aos tipos de infração abrangidos pelo procedimento de transação na Lei da Concorrência, pelo que o instituto poderá, em princípio, aplicar-se amplamente, dependendo apenas de ponderações casuísticas.

¹¹ Não confundir o arquivamento mediante imposição de condições com a decisão condenatória que pode ser acompanhada de medidas de conduta ou de carácter estrutural que sejam indispensáveis à cessação da prática restritiva ou dos seus efeitos, nos termos do artigo 29.º, n.º 4, da Lei da Concorrência.

Daí que se compreenda que as empresas possam tirar vantagens reais da transação¹².

Por isso mesmo se augura que o procedimento de transação, no inquérito ou na instrução, venha a registar uma aplicação crescente.

IV. OS RISCOS DA TRANSAÇÃO PARA UMA POLÍTICA DE PROMOÇÃO E DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Entre nós, o procedimento de transação porventura registará uma aplicação paulatinamente equiparável à que já hoje ocorre no direito da União Europeia.

Tal uso intensivo da transação até levou Richard Whish, professor emérito do King's College London, a criticar a DG Comp por transacionar demasiados casos (“*settling too many cases*”). Whish lamenta que a falta de simples decisões condenatórias tenha um efeito de apagamento da jurisprudência: “[Without infringement decisions] how does the law develop?”¹³.

CONCLUSÃO

Caberá à AdC decidir em que casos pretenderá promover o procedimento de transação, mas sempre numa ótica de promoção e defesa da concorrência: ou privilegiando uma solução rápida ou preferindo um desenvolvimento do direito da concorrência por via da jurisprudência.

12 Acresce que as vantagens da transação são cumuláveis com as do programa de clemênci. Na verdade, a clemênci e a transação são instrumentos complementares, por isso mesmo que perseguem objetivos diferentes. A clemênci é um instrumento de investigação, enquanto a transação interessa sobremaneira à AdC como mecanismo célere para obter uma decisão de condenação num processo de contraordenação já depois de apresentados os eventuais requerimentos de clemênci. No âmbito do programa de clemênci as partes são premiadas por divulgarem a existênci do cartel e fornecerem provas sobre o mesmo, ao passo que no procedimento de transação as partes são recompensadas por permitirem eficiências processuais na fase organicamente administrativa do processo (Soltész/Köckritz, 2011: 258-259).

13 Cf. GCR (12 novembro de 2013). No mesmo sentido, Gamble, 2011: 451.

BIBLIOGRAFIA

- DENIS WAELBROECK, “The development of a new ‘settlement culture’ in competition cases – What is left to the Courts?”, in: AA.VV., *Alternative Enforcement Techniques in EC Competition Law – Settlements, Commitments and Other Novel Instruments* (coord.: Charles Gheur e Nicolas Petit), Bruxelles: Bruylant, 2009: pp. 221-260.
- FAAEZ SAMADI, “Whish: Be wary of DG Comp settling too many cases”, online: *GCR – Global Competition Review* (12 November 2013).
- GONÇALO ANASTÁCIO e MARTA FLORES DA SILVA, “Artigo 22.º”, in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (coord.: Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 244-260.
- GONÇALO ANASTÁCIO e DIANA ALFAFAR, “Artigo 27.º”, in: *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense* (coord.: Manuel Lopes Porto, José Luís da Cruz Vilaça, Carolina Cunha, Miguel Gorjão-Henriques e Gonçalo Anastácio), Coimbra: Almedina, 2013, pp. 303-314.
- JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *A confissão no direito probatório – Um estudo de direito positivo*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2013 (1.ª ed., 1991).
- ROGER GAMBLE, “Speaking (formally) with the enemy’ – Cartel settlements evolve”, in: *ECLR – European Competition Law Review* 9 (2011), pp. 449-456.
- ULRICH SOLTÉSZ e CHRISTIAN VON KÖCKRITZ, “EU cartel settlements in practice – The future of EU cartel law enforcement?”, in: *ECLR – European Competition Law Review* 5 (2011), pp. 258-265.
- WOUTER P. J. WILS, “The use of settlements in public antitrust enforcement – Objectives and principles”, in: AA.VV., *European Competition Law Annual: 2008 – Antitrust Settlements under EC Competition Law*, Oxford and Portland, Oregon: Hart Publishing, 2010: pp. 27-45.

THE PROPOSED DIRECTIVE ON MULTI-TERRITORIAL LICENSING FOR ONLINE MUSIC – IS COMPETITION A GOOD IDEA?¹

Nuno Sousa e Silva²

ABSTRACT: Traditionally, collecting societies worked on a territorial basis, granting single repertoire and territorially restricted licences. Their activities had been, to a considerable extent, subject to competition law based intervention. Internet has challenged territoriality and, at the same time, created new forms of exploitation of works. On that basis, the former justification for territoriality was put into question by some commentators and the Commission itself. Building on former initiatives and case law, the Commission has on July 2012 presented a proposal for a Directive which, among other things, addresses this problem, establishing a scheme for multi-territorial licensing for online music. This paper briefly evaluates the Proposal in that regard, concluding that it should be abandoned.

SUMMARY: Introduction 1. Collective Management Organizations. 1.1 What are CMOs? 1.2. Advantages/Justifications for CMOs. 1.3. Concerns under 102 TFEU: abuse of dominant position. 1.4. Concerns under 101. 1.4.1. Earlier framework. 1.4.2. IFPI/ Simulcasting. 1.4.3. CISAC. 2. The Commission proposal. 2.1. Scope. 2.1.1. Online vs. Offline. 2.1.2. Online rights (?). 2.1.3 Copyright vs. Neighbouring rights. 2.1.4 Music vs. other works. 2.2. The model – how is this to work? 3. Two models for CMOs. 3.1. CMOs as natural monopolies. 3.2. Allocative efficiency vs. Creative efficiency. Conclusion.

“Few things in life are less efficient than a group of people trying to write a sentence. The advantage of this method is that you end up with something for which you will not be personally blamed.”

SCOTT ADAMS

¹ This paper was written for the Seminar “Intellectual Property and Competition Law” taught by Professor Dr. Jur. Josef Drexel in Munich. It was finished on 29 April 2013 and is now published with minor corrections and updates.

² E-mail: nsousaesilva@gmail.com.

INTRODUCTION

Contrary to patents or trademarks, copyright arises with act of creation³ and though it is subject to territoriality – meaning that the conditions and the extent of protection in a certain national territory will be determined by the applicable law in that territory – the access to protection will not depend on further action by the right holder on that territory.⁴ Therefore, the act of creation can grant the creator “worldwide” protection.⁵ Albeit copyright has a limited territorial scope (every author will have a copyright per territory), the possibilities of economic exploitation (mainly through licensing) do not depend on the amount of national or regional registrations owned but instead on whether a certain national law recognizes copyright in a particular creation. Nothing prevents an author from granting a worldwide licence through a single contract.⁶

To hold copyright in a certain country does not mean one is able to exploit it. Traditionally an author would need to find a publisher or an editor, someone interested in using the work, in order to grant a licence or assign copyright(s) for each national territory. However, as Pierre Sirinelli⁷ points out, “Transboundary use of works is now a fact. The new technical media ignore space and time. The use of works is no longer restricted to a particular territory or linguistic area. Many works (music, images, statues, paintings, utilitarian works...) do not in any case depend on the language spoken by the people to whom they are addressed”. In fact, before the appearance of the Internet it would be unthinkable that a production by a South-Korean artist known as PSY, would become the most viewed video of Youtube,⁸ a website

³ Sometimes fixation, as in the United States of America [US Copyright Act, 17 U.S.C. § 102(a)].

⁴ Pursuant to Article 5(2) of the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works of 1896: “The enjoyment and the exercise of these rights shall not be subject to any formality; such enjoyment and such exercise shall be independent of the existence of protection in the country of origin of the work. Consequently, apart from the provisions of this Convention, the extent of protection, as well as the means of redress afforded to the author to protect his rights, shall be governed exclusively by the laws of the country where protection is claimed”.

⁵ As explained by Goldstein and Hugenholtz (2010: 91 ff) this results from the interaction of territoriality, national treatment and the minimum harmonization operated by the Berne Convention and the TRIPS Agreement.

⁶ One example is Youtube’s terms of service (<http://www.youtube.com/t/terms> 8.4 “You hereby grant YouTube a worldwide, non-exclusive, royalty-free, sublicenseable and transferable license to use, reproduce, distribute, prepare derivative works of, display, and perform the User Submissions in connection with the YouTube Website”), accessed 29 April 2013.

⁷ Sirinelli, 1999: 1.

⁸ “As of April 1, 2013, the music video has been viewed over 1.5 billion times on YouTube, and it is the site’s most watched video” <http://en.wikipedia.org/wiki/Gangnam_Style>, accessed 18 April 2013.

which, in 2011, had more than 1 trillion views, around 140 views per each person on Earth.⁹

Internet has challenged territoriality and, at the same time, created new forms of exploitation of works. While the latter lead to the creation/recognition of new rights,¹⁰ territoriality remains untouched.¹¹ If one wants to use a work in the EU market (s)he will still need to get 27 licenses for 27 different copyright(s).¹² In order to minimize this, Collecting Societies¹³ have established some schemes to make it easier to obtain a licence¹⁴ that is valid in more than one country. One example is CELAS, a company created by two collective management organizations (the German GEMA and the British PRS) set up to represent a certain set of EMI Music Publishing's repertoire for online and mobile exploitation in Europe.¹⁵ Other examples are the Nordic countries extended collective licence,¹⁶ the Santiago Agreement,¹⁷ or the IFPI/Simulcasting.¹⁸ However, these models are considered to be far from satisfactory¹⁹ and have faced problems in terms of competition law.²⁰

9 <<http://www.youtube.com/yt/press/statistics.html>>, accessed 18 April 2013.

10 Prominent are the so-called WIPO Internet Treaties of 1996, consisting of the WIPO Copyright Treaty and the WIPO Performances and Phonograms Treaty. These have, among other things, provided "for the first time a general, exclusive distribution right at the multilateral level" (Lewinski, 2008:451) and the "making available" right (see e.g. Ginsburg, 2004: 234 ff.). On the treaties, in detail, see Ficsor, 2002a.

11 Dreier (2013: 138) brings to our attention that the recent decision *Murphy* (C-403/08 and C-428/08) "might affect territorially split licensing of copyright within the EU."

12 This is a problem due to the high transaction costs it represents. Eechoud and others (2011: 307).

13 Throughout this paper I will use interchangeably "Collective Management Organizations" (CMOs) "Collecting societies" and "collective rights management". On the notion see below 1.1.

14 Or several, since one has to distinguish between the economic aspect of the operation (one single operation) and its legal configuration.

15 <<http://www.celas.eu/CelasTabs/About.aspx>> accessed 24 April 2013.

16 See Koskinen-Olssen, 2010: 283 ff. and Axham & Guibault, 2011: 25 ff.

17 This concerned a one-stop shop for public performance rights. For more information visit <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_38126> Accessed 28 April 2013.

18 Mentioned *infra* at 1.4.2. For a textual and graphic explanation of the models see Quintais, 2012: 46-51, 86-93.

19 Woods, 2010: 105.

20 Gervais, 2011: 436 notes: "(...) if you look at collective management form an antitrust perspective it is at its best a necessary evil". This seems to be a common view among competition lawyers Vinje & Niiranen, 2005: 399 refers to "a rather special and lenient application of competition law to the conduct of collecting societies". Santos, 2012: 122 states that "Another long-entrenched idea is that collective management is a cultural activity and therefore, to that extent, [Collecting Societies] are "special" undertakings to whom

Beyond being a challenge to the very existence of copyright, the Internet has opened the debate on the need and desirability of Collective Management Organizations and which model of regulation should be applied.²¹ Amidst this debate and after several other initiatives, the Commission has, in July 2012, put forward a proposal for a Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market (hereinafter “the Proposal”).²²

The objective of this paper is to provide a brief analysis of the multi-territorial licensing scheme found in the Proposal. In order to do so I shall start by explaining briefly the way CMOs operate and have been regulated, focusing on the application of competition law to the reciprocal representation agreements aimed at multi-territorial licensing (1). After analyzing the scope and the functioning of the proposed system (2), I will look at the two regulatory models for CMOs and the question that underlies the choice: is it possible to foster competition between CMOs and, if so, what kind of competition do we want to promote? (3) I will conclude assessing whether the Proposal should be followed, changed or abandoned (4).

1. COLLECTIVE MANAGEMENT ORGANIZATIONS

1.1. What are CMOs?

According to WIPO,²³ “Collective management is the exercise of copyright and related rights by organizations acting in the interest and on behalf of the owners of rights.”

Whenever someone wants to make use of a certain work, (s)he will have to “clear rights”, i.e. obtain one or several authorizations for that use. Often, due to a phenomenon known as “fragmentation of rights” (multiple layers of rights, like copyright in the music and in the lyrics and/or multiple sub-rights, like the

competition rules should apply differently – or not at all.” This is what Pereira, 2006: 24, refers to as the “aristocratic myth”. At the root of these divergences is the fundamental question of competition law: are non-economic considerations relevant in the application of article 101 TFEU? (analysed infra at 3.2.).

21 Handke & Towse, 2007: 937: “It has been argued many times that technical solutions to digital rights management (DRM) will render CCS [Copyright Collecting Societies] obsolete as the market for copyright shifts online (...”).

22 Available from: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/management/com-2012-3722_en.pdf, accessed 18 April 2013.

23 <http://www.wipo.int/about-ip/en/about_collective_mngt.html>, accessed 22 April 2013.

making available and the reproduction rights) an user (such as a broadcaster) will have to clear a considerable amount of rights (sometimes just for a single act of use²⁴), each with different owners. Obviously, this is far from practicable or reasonable. Unless other schemes were in place, services such as broadcasting would not be able to operate. So far, a substantial part of the solution to this problem has been collective management of copyright and neighbouring rights. As Anke Schierholz²⁵ puts it: “Collective right management plays an important, if not indispensable role in the exercise of rights for mass uses, which can – for legal or practical reasons – not be handled well on an individual basis”.

Collective Management organizations are legal entities usually set up by copyright (and/or neighbouring rights) holders in order to administer their rights, which traditionally means granting licenses and enforce rights on their behalf.²⁶ According to some, one should distinguish between “rights clearance organizations” and “collective management”, only the latter having truly “collectivized aspects”.²⁷

The Proposal defines ‘collecting society’, in its article 3(1)(a) as “any organisation which is authorised by law or by way of assignment, licence or any other contractual arrangement, by more than one right holder, to manage copyright or rights related to copyright as its sole or main purpose and which is owned or controlled by its members”. This definition has been criticized due to the lack of emphasis on the collective character of collecting societies and their nature of trustees for the right holders.²⁸ It has also deemed to be too narrow (allowing for an easy circumvention) and wrongly limited to commercial users.²⁹

²⁴ To solve that problem, CMOs usually issue the so-called “blanket licences” that are general authorizations, encompassing unlimited uses. It has been defined as “a license that gives the licensee the right to perform all of the works in the repertory for a single stated fee that does not vary depending on how much music from the repertory the licensee actually uses”. United States v. Am. Soc'y of Composers, Authors & Publishers, No. 41-1395(WCC), 2001 WL 1589999, at 69 (S.D.N.Y. June 11, 2001). Merges, (1996: 1293) pointed out that CMOs often transmute copyright from a property into a liability rule.

²⁵ Schierholz, 2010: 1150 (footnotes omitted).

²⁶ Moreover, as Gervais, 2011: 424 puts it: “in many countries authors and other right holders such as performers expect their collectives to do more than manage their rights”. This is also a difference between copyright and *droit d'auteur* systems (Lewinski, 2008: 61).

²⁷ E.g. Ficsor, 2002: 12.

²⁸ Drexel and others, 2013: 19-21.

²⁹ Drexel and others, 2013: 19-21. At the same time Quintais (2013: 67) is of the opinion that the definition “is extremely broad, there being no requirements of prior authorisation or legal form”.

CMOs are intermediaries and deal with two categories of people.³⁰ They contract with right holders in order to represent them and manage their rights (the so called *upstream phase*) and thereafter contract on behalf of right holders with users, people interested in using the works and/or object of related rights (*downstream phase*).³¹

1.2. Advantages/Justifications for CMOs

CMOs make licensing easier (or, in some cases, just possible). This has obvious advantages both for users (licensees) and right holders (licensors).³² The fact that these operations occur also benefits society as a whole. Users will be able to provide consumers with new products and services and the exploitation of works will be made easier. In the words of Hadnke and Towse³³, without collecting societies, “copyright law would be ineffective in some markets for copyrighted works: the majority of authors and users would not be able to grant or obtain permission to use many works of art, literature, music, film and other such works that copyright law protects”. In economic terms, collecting societies represent a way of overcoming high, often unbearable, transaction costs.³⁴

At the same time, the operation of collecting societies benefits from economies of scale. The bigger their repertoire is, the less the cost of management per item will be.

An additional and relevant characteristic is the fact these organizations operate in a very specialized way. As Daniel Gervais³⁵ explains: “starting and operating a CMO is a complex task, one that requires specific expertise. Getting the rights, the metadata about works, authors, rights holders, contracts and contacts; designing efficient software and systems; getting people trained; providing service to rights holders and users; processing usage and distribution

³⁰ The number of markets might differ as mentioned by Turner (2010: 233).

³¹ Ficsor, 2005: 2.

³² It should be mentioned that this association increases the right holders bargaining power. This idea is also formulated as “protecting creative authors and performing artists against large exploiters of the copyright industry” (e.g. Case 127/73 BRT v. SABAM [1974] ECR 313 §9).

³³ Handke and Towse, 2007: 937.

³⁴ It must be noted that CMOs often have very improper behaviour, for an interesting and amusing list see Band (2012).

³⁵ Gervais, 2011: 433.

data; and dealing with the legal complexities of copyright are not for the faint of heart.” These circumstances represent a significant barrier to entry.

All of the aforementioned partly explains why these organizations are generally in a monopoly or dominant position.³⁶ Furthermore, this position is sometimes granted or at least fostered by operation of the law (legal monopoly).³⁷ This circumstance has generated concerns and led to regulatory intervention, mainly by means of competition law.³⁸

1.3. Concerns under 102 TFEU: abuse of dominant position

As in *Wouters*³⁹ where the CJEU held that Members of the Bar carried on an economic activity and, hence, were undertakings, so could authors and copyright holders be regarded as undertakings and collecting societies as an association of undertakings. But this does not seem to be the approach followed, as collecting societies are seen as undertakings themselves.⁴⁰ In fact such considerations define the boundary between the application of article 101 and 102 TFEU.⁴¹ Of course that, in some situations, these articles can and will overlap.

36 Cfr. the GEMA decisions: Commission Decision 71/224/EEC- GEMA I [1971] OJ L 134, Commission Decision 72/268/EEC- GEMA II [1972] OJ L 166 and Commission Decision 82/204/EEC- GEMA III [1981] OJ L 94 and cases: 127/73 BRT II [1974] ECR 51 and 7/82 GVL/Commission [1983] ECR 483.

37 Quintais (2012: 42 ff.), defines and explains three levels of restrictions imposed to the rights holder: voluntary collective licensing, blanket licenses and mandatory collective management. Italy and Austria are two examples mentioned by Drexel (2007: 1) of mandatory collective management. Another example is Article 9 (1) of Directive 93/83/EEC on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission [1993] OJ L 248 which reads: “Member States shall ensure that the right of copyright owners and holders or related rights to grant or refuse authorization to a cable operator for a cable retransmission may be exercised only through a collecting society.”

38 Considerations regarding free movement of goods are also present in this regulatory framework. In the words of Pereira (2006: 26) “Competition policy is not an objective in itself but rather one of several means to achieve the common market”.

39 Case C-309/99 *Wouters* [2002] ECR 1577 §48-49.

40 See e.g. the decision GEMA I (n34). In Case 7/82, *GVL v Commission* [1983] ECR 483 §32 the argument according to which CMOs should be considered “undertakings entrusted with the operation of services of general economic interest” pursuant to article 106(2) TFEU was rejected.

41 Jones,2012: 301-331. This is a problem quite common in the interface of IP and competition law. For instance, it is very much debated regarding FRAND commitments and Standard Setting Organisations, whether such obligation could and should arise out of article 101 or 102. Is the holder of a standard essential patent an undertaking in a dominant position (a case for 102) or is the dominant position the outcome of a collusion by the undertaking that have set the standard (thus a problem to be analysed under 101 TFEU)?

As a result of their dominant position, collecting societies find their freedom of contract restricted by article 102 TFEU. The conditions imposed to right holders must be reduced to the necessary for the purpose of collective management.⁴² This means that the longer the duration of commitment to the collecting society, the narrower its scope must be, in terms of categories of works and forms of exploitation, in order to avoid an abuse of dominance, under Article 102 TFEU.⁴³

Concerning users the focus of the Commission's intervention has been exploitative behaviour,⁴⁴ controlling excessive royalties/administrative costs.⁴⁵

A dominant position might justify imposing an obligation to contract with right holders and/or with users. However, as Josef Drexel⁴⁶ explains (following Bese, Kerby & Salop), imposing such an obligation can have the effect of erecting barriers to entry. As CMOs have to accept membership of every right holder on a non-discriminatory basis, these will choose the one that is in a better position and, due to economies of scale that will be the one that is already on the market. This rule fosters concentration. Therefore, he concludes, "the legal duty of collective societies to contract with all interested right-holders does not appear as "preventive" legislation, responding to the God-given natural monopoly, but rather as the very cause of such a monopoly."⁴⁷

1.4. Concerns under 101 TFEU

Out of the practice relating to article 101 TFEU and CMOs, the most relevant aspect to understand Part III of the Proposal regards agreements between national collecting societies on reciprocal representation.⁴⁸

42 Case 127/73 *BRT v. SABAM* [1974] ECR51 §11 ("It is desirable to examine whether the practices in dispute exceed the limit absolutely necessary for the attainment of this object, with due regard also to the interest which the individual author may have that his freedom to dispose of his work is not limited more than need be").

43 Turner, 2010: 235.

44 Drexel, 2007: 23.

45 But not only as demonstrated by the recent Daft Punk case (COMP/C2/37.219 *Banghalter & Homem Christo v SACEM*) at p.12 considering the statutory requirement of collective management an abuse under Article 102 TFEU.

46 Drexel, 2007: 8.

47 Drexel, 2007: 8.

48 The other two aspects dealt with are the relations of CMOs with right holders and with users.

1.4.1. Earlier framework

As previously mentioned nothing in copyright law prevents a right holder from granting a worldwide licence. As a matter of fact CMOs are traditionally entrusted with the management of the worldwide rights of a certain author.⁴⁹ However, the possibilities of monitoring and enforcing these rights are highly dependent on the location of CMOs. Hence, it is usual for national CMOs to enter into reciprocal representation agreements (RRAs). According to these agreements, a CMO of a Member-State will represent the right holders of another Member-State in its territory of activity (and vice-versa).⁵⁰ To this effect there is nowadays a wide and established network of RRAs.

Though they have advantages, these agreements represent a territorial restriction to the management of rights, namely by limiting the issuance of licences to a national territory. It was debated whether these agreements had “as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market”.⁵¹ It was held that “the reciprocal representation contracts in question are contracts for services which are not in themselves restrictive of competition in such a way as to be caught by [101 TFEU]. The position might be different if the contracts established exclusive rights whereby copyright-management societies undertook not to allow direct access to their repertoires by users of recorded music established abroad”.⁵² So, as long as there was not a clause in these contracts that partitions markets by forcing CMOs to refuse licences to foreigners (or foreign established) users, they were not infringing competition law. In fact, competition law seemed to impose non-discrimination and to forbid an exclusivity clause.

Two later cases, decided by the Commission, are important to understand the current Proposal: *IFPI/Simulcasting* and *CISAC*.

1.4.2. IFPI/Simulcasting

The International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) had drafted a model reciprocal agreement to be celebrated between record producers’ rights

⁴⁹ Schierholz, 2010: 1155: “The mandates (...) usually cover the worldwide exploitation of rights although CRMs traditionally only issue licences for domestic uses. International representation is guaranteed by bilateral reciprocal contracts concluded between the different national CRMs of a specific repertoire”.

⁵⁰ As explained in Van Bael and Belis (2010: 622), “each society acts as both principal in respect of its own works and agent in respect of the works of the other society”.

⁵¹ Article 101 (1) TFEU.

⁵² Case 395/87 *Ministère public v Tournier* [1989] ECR 2521 §20.

administration societies for the licensing of “simulcasting”. Simulcasting, was defined as “the simultaneous transmission by radio and TV stations via the Internet of sound recordings included in their broadcasts of radio and/or TV signals”.⁵³ Under this agreement the reciprocal licensing was not territorially limited.⁵⁴ However, an interested user could get a multi-territorial licence from one CMO only,⁵⁵ the one established in his/her territory (this is the so called one-stop shop model, with a restrictive clause).

Due to this restrictive clause, users could only get the multi-repertoire and multi-territorial licence with one CMO, this meant that there would not be competition between CMOs for users, as the latter could not choose among the former. Therefore the Commission considered that the Agreement violated Article 101 (1) TFEU. After having been notified, the participating CMOs agreed to change the way prices were set, discriminating royalties from administrative fees which sufficed for the Commission to exempt the agreement under 101 (3) TFEU.⁵⁶ This decision has been criticized by its incongruence. In the words of Christoph B. Graber⁵⁷: “The Simulcasting case leaves us with the impression that the Commission, although having reservations against the existing [Collective Rights Management] systems in terms of efficiency and competition, was ultimately unable to present an alternative model that would promise a better solution”.

1.4.3. CISAC

On 16 July 2008 the Commission adopted a decision considering that the model agreement drafted by CISAC⁵⁸ and used in reciprocal representation agreements celebrated between 24 European CMOs, was restrictive of

53 Case COMP/C2/38.014 — IFPI “Simulcasting” [2003] OJ 58 – 0084, §2.

54 Id., §15: “(...) the right to simulcast on the Internet, given that it necessarily involves the transmission of signals into several territories at the same time, is not covered by the existing “mono-territory” licenses granted by collecting societies to broadcasters where the simulcast includes the repertoires of several collecting societies. According to the parties, the Reciprocal Agreement is intended to facilitate the creation of a new category of licence which is simultaneously multi-repertoire and multi-territorial.”

55 The customer allocation clause was removed after being contested by the Commission. It remained in the Santiago Agreement, which, however, was not renewed after the objection. In the Proposal, rightholders are free to choose almost all aspects of their relationships with a CMO (see art. 5(2) and (3)).

56 Frabonni, 2009: 382.

57 Graber, 2012: 8.

58 Acronym for “Confederation of Societies of Authors and Composers”.

competition, violating article 101 TFEU.⁵⁹ The problem was said to lie in two clauses: the membership clause, which prevented an author from being member of different national collecting societies and the exclusivity clause, defining the territorial scope of action for the parties (CMOs), hence partitioning the internal market.⁶⁰

This model granted a multi-repertoire but single territory licence. One user could get a licence from the repertoire of other collecting societies; however that licence was restricted to the territory in which the CMO was operating.

The model contract was changed and, at the same time CISAC appealed. On 12 April 2013 the General Court ruled⁶¹ that the Commission failed to provide evidence of a concerted practice and the decision was partially annulled.⁶²

2. THE COMMISSION PROPOSAL

In this context, in July 2012 the Commission presented a proposal for a Directive on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market. It was based on the online music recommendations of 2005, a soft-law document where some solutions had been rehearsed.⁶³

The Proposal consists of two main parts: the rules of organization and transparency that are to apply to all collecting societies (Title II) and the regulation of multi-territorial licensing services for online rights in musical works (Title III).⁶⁴ These are preceded by Title I, covering general issues, followed by Title IV on enforcement measures and Title V with final provisions.

It is difficult to understand why the Proposal addresses in the same document two different aspects that spite being “certainly related” are diverse, when “dispute over the more controversial issue of multi-territorial licensing

⁵⁹ Case COMP/C2/38.698 – CISAC [2008] < http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/docs/38698/38698_4567_1.pdf>

⁶⁰ Axham and Guibault (2011:23-24).

⁶¹ Case T-442/08 CISAC v Commission [2013] (not yet published).

⁶² ibid. §132: “It follows from the above analysis that the evidence put forward by the Commission does not establish, to the requisite legal standard, the existence of a concerted practice between the collecting societies to fix the national territorial limitations.”

⁶³ See below n108 and Mazzotti, 2011: 757 ff.

⁶⁴ For an overall explanation of the proposal see Quintais, 2013: 65-73.

could block adoption of adequate governance and transparency rules for a long time.”⁶⁵

The following analysis will focus on Title III of the Proposal, its most important and innovative but also most controversial part.⁶⁶

2.1. Scope

Notwithstanding the amount of air one has to inhale before reading the title of the Proposal, its scope of application is quite narrow. According to Article 2, 2nd paragraph, of the Proposal:

“Title III and Articles 36 and 40 shall only apply to those collecting societies managing authors’ rights in musical works for online use on a multi-territorial basis.”

There are several restrictions that must be explained as it only applies to **online environment, online rights, authors’ rights on musical works**.

2.1.1. Online vs. Offline

In the traditional “offline world”, the main reason indicated to accept territorial restrictions was the need for local monitoring.⁶⁷ For instance, there was no efficient way for a Polish collecting society to monitor what was happening in “offline” Portugal. This is why the reciprocal representation agreements were concluded and configured in a “mono-territory” basis.

However this does not apply in the same measure to online environment as the monitoring on the Internet can be performed from a distance.⁶⁸ The collecting societies started changing their agreements accordingly,⁶⁹ as they also started facing competition from individual administration of online rights.⁷⁰

65 Drexel and others, 2013: 19.

66 Quintais (2013: 72) refers to “the crown jewel of the proposal”.

67 *Ministère public v Tournier* n51 §19-20 and Case 110/88 *Lucazeau v. SACEM* [1989] ECR 2811 §14. Drexel, 2007a: 260.

68 Axham & Guibault, 2011: 21-22. Santos, 2012: 125. IFPI/Simulcasting decision (n52), §17: “(...) the new possibilities offered by digital technology, namely the ability to carry out the monitoring of copyright exploitation from a distance”.

69 In fact the Commission argued that the existence of other multi-territorial solutions (such as CELAS) showed that “a presence on the spot is not necessary” [T-442/08 CISAC n59 §38].

70 Drexel, 2007a: 262.

It should be borne in mind that CMOs do not limit their activities to monitoring and – due to wide range of factors – the enforcement might be much more efficient if done locally.⁷¹ In my view this also explains the position of the General Court in its CISAC decision.⁷²

2.1.2. Online rights

The proposal only applies to online rights. These are defined in article 3(1) (l) by reference to Articles 2 and 3 of the InfoSoc Directive.⁷³ The rights in question are the reproduction right, the communication to the public and the making available to the public right.⁷⁴

With the changing framework of exhaustion online and the innumerable questions that arise from the *Usedsoft* case,⁷⁵ it might be necessary (or not) to include the distribution right (Art.4 of the InfoSoc Directive), at least in the case of software.

2.1.3. Author's rights vs. Neighbouring rights

It is not clear from the wording of the Proposal whether only *stricto sensu* copyright is covered. If the neighbouring rights are not part of the MTL scheme then the system will be useless. Music online services cannot operate without clearing neighbouring rights such as phonogram producers' and performers' rights.⁷⁶ An alternative reading would be to say that the reference to Articles 2 and 3 of the InfoSoc Directive, which also mentions neighbouring rights, makes this inclusion.

71 Riis, 2011: 485. After all, the enforcement will often involve going to Court and one can hardly defend that a foreigner CMO faces the same practical conditions than a national one. Defending that the "justification for this territorial approach is no longer valid for on-line uses" see Toft (2006:7).

72 n 57.

73 Directive 2001/29/EC on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society OJ L 167.

74 On the interpretation of these by the CJEU see Kur & Dreier, 2013: 295 ff. Identifying and analyzing them in the context of P2p as the "legally relevant acts and exclusive rights" see Quintais, 2012: 30 ff.

75 Case C-128/11 *UsedSoft GmbH v Oracle International Corp* [2012] (not yet published), holding that there is exhaustion of used software, so that its resale online is allowed. In the US a similar (now under appeal) case *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, No. 12 CIV. 95 RJS, (S.D.N.Y. Mar. 30, 2013) decided otherwise.

76 Drexel a others, 2013: 19.

However, there are hints on the contrary such as the mentioning of “works”⁷⁷ and the text of the Impact Assessment.⁷⁸ As this is yet a proposal, the Commission is still in time to correct this obvious flaw.

2.1.4. Musical works vs. other works

According to João Pedro Quintais⁷⁹ online music “was understood to be the only area giving rise to difficulties requiring legislative intervention”. Nonetheless, the market for ebooks,⁸⁰ pictures and even movies, might face the same needs for borderless exploitation.⁸¹

If music is, indeed, an area where fragmentation occurs more than in pictures or ebooks, the same is not necessarily true in the field of movies.⁸² This differentiation might also be explained by the economic significance of musical works.⁸³

2.2. The model – how is this to work?

The Proposal accepts and promotes RRAs. However, these have to be of a non-exclusive nature and the mandated collecting societies have to administer all rights on non-discriminatory terms.⁸⁴

According to the Proposal, collecting societies will have to be distinguished according to whether they grant or not multi-territorial licenses (MTL).

In order to be able to grant MTL, Articles 21 to 26 of the Proposal set certain requirements of transparency, accuracy and timely reporting, and payment. If a collecting society meets these requirements and is granting or

77 Drexel and others, 2013: 26.

78 Drexel and others, 2013: 26. Quintais (2013: 72) also believes the proposal excludes neighbouring rights.

79 Quintais, 2013: 67.

80 Even though these works are dependent on the language, factors such as mobility and multilingualism (being actively promoted by the EU, see Communication on Multilingualism “A New Framework Strategy for Multilingualism” COM(2005) 596 final, available at http://ec.europa.eu/languages/eu-language-policy/multilingualism_en.htm) might help the creation of an European market for e-books. And in fact, the Commission has initiated some investigation in this sector, namely concerning Penguin’s actions (see http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-343_en.htm).

81 Drexel and others, 2013: 26.

82 There have been some efforts to harmonise ownership of movies in the EU (cfr. Case Case C-277/10 *Martin Luksan v Petrus van der Let* [2012] (not yet published)).

83 MEMO/12/545 §4-5.

84 Article 28 of the Proposal, this last aspect is a restatement of Article 13.

offering to grant MTL, another collecting society that does not grant or offer to grant MTL can “force” the “active” society into a representation agreement.⁸⁵ This results from article 29 (1) and (2) of the Proposal, which impose a duty to contract as long as the collecting society “is already granting or offering to grant multi-territorial licences for the same category of online rights in musical works”.⁸⁶

Collecting societies can also outsource their MTL services⁸⁷ or transfer them to subsidiaries.⁸⁸ It is hard to understand the need for this differentiation. If these entities are managing copyright for more than one copyright holder, they will be considered collecting societies, according to Article 3 (a) of the Proposal, thus subject not only to the provisions mentioned in article 31 but to the whole Directive.

It is submitted that articles 27 and 31 of the Proposal could be merged in a single article stating that collecting societies may grant MTL directly or by employing external means. In any case they cannot escape liability.

In case a right holder’s collecting society does not grant MTL directly, or has entered into a representation agreement,⁸⁹ (s)he will be able to grant multi-territorial licenses for his/her online rights in music works directly to users or to allow any other collecting society to represent his/her online rights.⁹⁰ This solution purports to establish competition between authors and collecting societies. However, there will be a lack of sufficient incentives for those artists that are more obscure or for those collecting societies that cannot generate enough revenue with their own repertoire, that’s why this is considered dangerous from a point of view of cultural diversity.⁹¹ Some submit

⁸⁵ This cannot be said to be reciprocal. That’s precisely why Article 29 (2) of the Proposal allows the mandated society to charge a reasonable profit on top of its costs. According to Drexel and others (2013: 29) this might make the system more expensive than MTL based on RRAs, as there will be a double charge.

⁸⁶ Graber (2012:12) welcomes this solution from the point of view of cultural diversity. He is, nonetheless concerned with the meaning of “same category”. I interpret category as referring to the kind of rights or fields of use and not to the kind of music.

⁸⁷ Article 27 of the Proposal.

⁸⁸ Article 31 of the Proposal. The wording of this article could be better, instead of listing articles 22 to 27 one-by one.

⁸⁹ The Proposal provides one year from the transposition of the Directive as transitional period.

⁹⁰ Article 30 of the Proposal.

⁹¹ Mazzotti, 2011: 792 ff.

that the small and medium CMOs are endangered by the loss of online rights on anglo-american and latin-american music.⁹²

In fact the solution found in the proposal is not the desirable multi-repertoire and multi-territorial licence but the single-repertoire, multi-territorial one. Therefore collecting societies will be interested in gathering only the most popular music and authors will look for the CMO which gives better prospects of revenue and (indirectly) exposure.⁹³

It should be noted that, by article 5, authors remain free to change their collecting society, which might lead to the loss of a true sense of collectivity. Some powerful CMOs might then allure authors facing some success into changing “teams” by offering them a better remuneration.⁹⁴ This is yet another factor that might lead to concentration.

3. TWO MODELS FOR CMOS

To achieve the desirable effect of enabling MTL schemes, one option would be creating a “one stop shop”, i.e., something like an European collecting society or as it is called in the introduction to the Proposal “a centralised portal”,⁹⁵ where one could get an EU-wide licence. According to the Commission this option raises “significant concerns as to its compatibility with competition law”.⁹⁶

The other path, followed by the Commission, is creating conditions for competition between collecting societies. This is done by allowing every collecting society to grant MTL and trying to promote freedom of choice for right holders and representation agreements. However, since this involves the activity of more than one CMO, the prices (administrative cost plus “a reasonable profit margin”) increase.⁹⁷

⁹² Mazziotti, 2011: 793: “This entails concrete risks of marginalization for local repertoires that are certainly higher for smaller domestic repertoires, like those of Eastern European countries and of Western European countries, such as Greece, Portugal, the Netherlands, Belgium and the Scandinavian countries”.

⁹³ Conceivably, if it is considered too complicated to get a licence to exploit a certain song, users will eschew it for another one.

⁹⁴ Art. 12(1) of the Proposal mentions that “The collecting society shall carry out such distribution and payments accurately, ensuring equal treatment of all categories of rightholders.” However, it is not clear how much can a CMO “offer” an author. In fact, it seems difficult to apply a competition based reasoning (comparable to the football players market) to this reality.

⁹⁵ Page 7 of the Proposal.

⁹⁶ Page 6 of the Proposal. See also MEMO/12/545 (p.7) and the Impact Assessment, all available at http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/management/index_en.htm.

⁹⁷ See note 83 and accompanying text.

The discussion between these two basic options – regulating a natural (or legal) monopoly⁹⁸ vs. fostering competition – is affected by the answer to a prior economic question: are CMOs an example of an unavoidable monopoly? If the answer is in the affirmative, trying to foster competition might turn out to be an useless endeavour and the best solution lies in the recognition and regulation of this monopoly.

On the other hand, even if competition is deemed to be possible, one still has to ponder if the model chosen by the Commission can effectively achieve that goal, and which kind of competition is the one to foster.⁹⁹

3.1. CMOs as natural monopolies

According to Drexel et al.: “the field of collective rights management is characterized by the economics of a natural monopoly”¹⁰⁰ and “this is due to the economies of scale”,¹⁰¹ therefore. “the natural monopoly of collecting societies should be accepted as an efficient market solution”.¹⁰² In fact, this is a common statement from economic analysis: CMOs are natural monopolies.¹⁰³

The Proposal has chosen the competition model but “the Commission should also take into account that such a policy of introducing more competition in the market cannot act against the economic features of a natural monopoly”¹⁰⁴ thus “the practical outcome of the Commission’s policy may not be too different from such portal”.¹⁰⁵

In fact, even when more than one collecting society is in the same market it does not mean that they are in competition. Users might still need to gather

⁹⁸ As Posner (1969:548) explains: “A firm that is the only seller of a product or service having no close substitutes is said to enjoy a monopoly. (...) If the entire demand within a relevant market can be satisfied at lowest cost by one firm rather than by two or more, the market is a natural monopoly, whatever the actual number of firms in it”.

⁹⁹ There are opposed views even within the Commission cfr. Kur & Dreier, 2013: 284 and Riis, 2011: 486-7, or even between the Commission and the European Parliament, see Dietz, 2004).

¹⁰⁰ Drexel and others, 2013: 4.

¹⁰¹ Drexel and others, 2013: 5.

¹⁰² Drexel and others, 2013: 5.

¹⁰³ Towse, 2012, Katz, 2009, Handke & Towse, 2007 and Drexel, 2007: 15 ff. (discussing natural and the legal monopoly). I will not go into the economic analysis myself as that would involve the measurement of costs (cf. n 96).

¹⁰⁴ Drexel and others, 2013: 5.

¹⁰⁵ Drexel and others, 2013: 6.

licences from both, so each society holds a dominant position for its own repertoire.¹⁰⁶ The existence of the monopoly is not only due to economies of scale.¹⁰⁷ CMOs constitute an efficient solution to the problem of fragmentation. If we want to promote competition, we will be promoting dispersion by fighting against market concentration. However, market concentration is precisely the *raison d'être* of CMOs, and one of its main advantages.¹⁰⁸

3.2. Allocative efficiency vs. Creative efficiency

A classical discussion under EU Competition law is whether non-economic considerations are relevant in the application of article 101 (3) TFEU.¹⁰⁹ Depending on the answer one to this question, the concerns with cultural diversity voiced by many¹¹⁰ could or could not be given consideration in the framework of competition law as applied to the Reciprocal Representation Agreements.¹¹¹ Of course, there are efficiency gains resulting from one-stop shops which “can only be achieved by allowing a certain degree of collusion between the existing Collecting Societies”.¹¹²

According to Josef Drexel:¹¹³ “the Commission only argues in terms of a static competition-policy model, focusing on the output, price and quality in the sense of allocative efficiency, without taking into account the purpose of copyright law to promote creativity and (...) cultural diversity”. However, for this author, promoting creativity is a competition law goal, according to the

106 Drexel, 2007: 13: “Each single collecting society will dispose of a market dominant position since the repertoires of their counterparts do not constitute sufficient substitutes from the point of view of commercial users.”

107 Drexel and others, 2013: 33.

108 Riis, 2011: 486: “the competitive situation in the USA has fragmented the repertoire and, for most users, fragmentation has raised the transaction costs associated with copyright clearance”.

109 On the question see Jones & Sufrin, 2011: 244 ff. Odudu, 2010: 599-613.

110 Including the European Parliament resolution of 13 March 2007 on the Commission Recommendation of 18 October 2005 on collective cross-border management of copyright and related rights for legitimate online music services (2005/737/EC) (2006/2008(INI)). In the Academia see e.g. Graber, 2012 and Drexel, 2007b: 33 ff.

111 Even though, Santos (2012: 132) highlights (critically) non-economic goals were considered in the CISAC decision.

112 Santos, 2012: 132.

113 Drexel, 2007a: 259.

dynamic competition perspective.¹¹⁴ Nevertheless this does not seem to be the Commission's understanding.

In any case, as this Proposal relates to a Directive and not (only) to the competition law thinking that informs several of its solutions, all positive and negative outcomes must be considered.

Annette Kur & Thomas Dreier¹¹⁵ find it "an open question whether the system proposed by the Commission will indeed lead to more competition and ultimately better consumer satisfaction or whether, to the contrary, it will lead to a concentration of collective management structures at the detriment of authors, performing artists and cultural variety in Europe, together with an increase in licensing cost to the disadvantage of consumers." In the words of Josef Drexel¹¹⁶: "the question remains how systemic competition between collective and individual administration impacts on 'creative competition'".

This model might just mean that those artists that are away from the mainstream but could still get some revenue are forced to turn amateur or choose alternative models for the exploitation of the works, often not relying on "traditional" copyright (such as creative common licences).

CONCLUSION

I agree with my homonymous¹¹⁷: "the online world has forced copyright to a crossroad, but this is a tuning problem that cannot be solved by competition law." Such finding is line with the idea that competition law is not a suitable means to regulate natural monopolies.¹¹⁸ It is necessary to deal with CMOs in a specific framework and the Commission should tackle the MTL problem cognizant of the specific market structure of CMOs, their functions and purposes.

The levels on which competition might be fostered are different. Even though CMOs are service providers and one can expect that competition between them will produce a better outcome, this might be focusing the competition on an inadequate level. It has been argued that competition should

¹¹⁴ Drexel, 2007a: 273.

¹¹⁵ Kur & Dreier, 2013: 403.

¹¹⁶ Drexel, 2007a: 276.

¹¹⁷ Santos, 2012: 139.

¹¹⁸ Posner, 1969: 549. Towse, 2012: 29: "It has always been understood that natural monopolies require state regulation....".

be fostered between works and not at the level of collecting societies,¹¹⁹ whose aim is not a competitive one.¹²⁰

However, even when accessing the one-stop shop model from the ‘classic’ competition law perspective, one cannot forget that there are efficiency gains (like saving search and negotiation costs) resulting from the one-stop shop. These arise precisely out of market concentration and collusion between CMOs.¹²¹ As collective management of copyright is a natural monopoly, the one-stop shop model is not only the efficient way of dealing with multi-territorial licensing but quite probably also the only possible one.¹²²

Unless it is not exact that CMOs operate in a natural monopoly this proposal to regulate MTL seems doomed to fail its objectives and should be abandoned.¹²³

119 Drexel, 2007a: 281: “Instead of establishing a level playing field for competition between collecting societies to the benefit of music publishers, the Commission should work for a level playing field for competition between works.”

120 Drexel and others, 2013: 33: “Competing for attractive repertoire and managing copyright catalogue is the core business of publishers and record companies, not collecting societies”.

121 Santos, 2012: 132.

122 Drexel and others, 2013: 5. Peifer (2010: 676) says: “Collective rights management is the silver bullet for any solution that is based on easy and affordable access. It might also become a favourite solution for right holders to accept that mass uses of works are only possible in the net if one-stop-shopping solutions for platform providers and for users become a reality.”.

123 Towse, 2012: 27: “So far, both law and economics support the view (...) that the collecting societies’ monopoly is a natural monopoly that reduces transaction costs for both rights holders and users.”

REFERENCES

- AXHAM, Johan & GUIBAULT, Lucie
 2011 *Cross-border extended collective licensing: a solution to online dissemination of Europe's cultural heritage?* available from: http://www.ivir.nl/publicaties/guibault/ECL_Europeana_final_report092011.pdf [accessed: 20.04.2013].
- VAN BAEL & BELIS
 2010 *Competition Law of the European Community*, 5th edition, Hague: Kluwer Law.
- BAND, Jonathan
 2012 *Cautionary Tales About Collective Rights Organizations* available from: <http://ssrn.com/abstract=2149036> [accessed: 24.04.2013].
- VAN ECHOUW, Mireille, HUGENHOLTZ, P. Bernt, GUIBAULT, Lucie, VAN GOMPEL, Stef & HELBERGER, Natalie
 2011 *Harmonizing European Copyright Law: The Challenges of Better Lawmaking*, Hague: Kluwer Law
- DIETZ, Adolf
 2004 “Marketing and Enforcing Intellectual Property in Europe – European Parliament Versus Commission: How to Deal with Collecting Societies?”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 35, n.^o 7, pp. 809-820.
- DREIER, Thomas
 2013 “Online and Its Effects on the ‘Goods’ Versus ‘Services’ Distinction”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, vol. 44, n.^o 2, pp. 137-139.
- DREXL, Josef
 2007 “Collecting Societies and Competition Law” (on file with the author).
 2007a “Competition in the field of collective management: preferring ‘creative competition’ to allocative efficiency in European Copyright Law”, in Torremans, Paul (ed.) *Copyright Law: a Handbook of Contemporary Research*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 255-282.
 2007b “La gestion collective du droit d'auteur après la recommandation européenne dans le domaine musical en ligne : la situation en Allemagne“, in *Propriétés Intellectuelles*, n..^o 22, pp. 33-52.
- DREXL, Josef, NÉRISSON, Sylvie, TRUMPKE, Felix, HILTY & Reto M.
 2013 *Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition law on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Collective Management of Copyright and related rights and multi-territorial*

licensing of rights in musical works for online uses in the Internal Market COM (2012) 372 available from: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2208971 [accessed: 18.04.2013].

FICSOR, Mihály

- 2002 *Collective Management of Copyright and Related Rights*, WIPO.
- 2002a *The Law of Copyright and the Internet*, Oxford: Oxford University Press.
- 2005 *The Establishment and Functioning of Collective Management Organizations: The Main Features* available from: http://www.wipo.int/edocs/mdocs/arab/en/wipo_cr_krt_05/wipo_cr_krt_05_9.pdf [accessed: 19.04.2013].

FRABONNI, Maria Mercedes

- 2009 “Collective management of copyright and related rights: achievements and problems of institutional efforts towards harmonisation”, in Derclayé, Estelle (ed.), *Research Handbook on the Future of EU Copyright*, Cheltenham: Edward Elgar, pp. 373-400.

GERVAIS, Daniel

- 2011 “The Landscape of Collective Management Schemes”, in *Columbia Journal of law & the Arts*, vol. 34, pp. 423-449.

GINSBURG, Jane C.

- 2004 “The (New?) Right of Making Available to the Public”, in Vaver, David & Bently Lionel (eds.) *Intellectual Property in the New Millennium – Essays in Honour of William R. Cornish*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 234-247.

GOLDSTEIN, Paul & HUGENHOLTZ, P. Bernt

- 2010 *International Copyright – Principles, Law, and Practice*, 2nd edition, Oxford: Oxford University Press.

HANDKE, Christian & TOWSE, Ruth

- 2007 “Economics of Copyright Collecting Societies”, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, pp. 937-957.

JONES, Alison

- 2012 “The Boundaries of an Undertaking in EU Competition Law”, in *European Competition Journal*, vol. 8, n.º 2, pp. 301-331.

JONES, Alison & SUFRIN, Brenda

- 2011 *EU Competition Law*, 4th edition, Oxford: Oxford University Press.

KOSKINEN-OLSSEN, Tarja

- 2010 “Collective Management in the Nordic Countries”, in Gervais, Daniel (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2nd edition, Kluwer law International, pp-283-306.

- KUR, Annette & DREIER, Thomas
 2013 *European Intellectual Property*, Cheltenham: Edward Elgar.
- VON LEWINSKI, Silke
 2008 *International Copyright Law and Policy*, Oxford: Oxford University Press.
- MAZZIOTTI, Giuseppe
 2011 “New Licensing Models for Online Music Services in the European Union: From Collective to Customized Management”, in *Columbia Journal of law & the Arts*, vol 34, pp. 757-808.
- ODUDU, Okeoghen
 2010 “The Wider Concerns of Competition Law”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 30, n.º 3, pp. 599-613
- PEIFER, Karl-Nikolaus
 2010 “A legal view of selected aspects and the development of Digital Europe”, in *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil*, heft 8-9, pp. 671-677.
- PEREIRA, Miguel Mendes
 2006 “Collective copyright management and competition law: myths and legends haunting the battle for the virtual world”, in *Concurrences*, n.º 2, pp. 24-27.
- POSNER, Richard A.
 1969 “Natural Monopoly and Its Regulation”, in *Stanford Law Review*, Vol. 21, n.º 3, pp. 548-643.
- QUINTAIS, João Pedro
 2012 *On peers and Copyright: Why the EU Should Consider Collective Management of P2P*, Baden Baden: Nomos.
- 2013 “Proposal for a Directive on Collective Rights Management and (some) Multi-Territorial Licensing”, in *European Intellectual Property Review*, vol. 2, pp. 65-73.
- MERGES, R.P.
 1996 “Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organisations”, *California Law Review*, vol. 84, n.º 5, pp. 1293-1393.
- RIIS, Thomas
 2011 “Collecting societies, competition, and the Services Directive”, in *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, vol. 6, n.º 7, pp. 482-493.
- SANTOS, Nuno Carrolo dos
 2012 “Like Running Water? – The Interplay Between Antitrust and Online Music Licensing”, in *Revista de Concorrência e Regulação*, vol. III, n.º 9, pp. 117-143.

- SCHIERHOLZ, Anke
2010 "Collective Rights Management in Europe – Practice and Legal Framework", in Walter, Michael M. & Von Lewinski, Silke (eds.), *European Copyright Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 1145-1190.
- SIRINELLI, Pierre
1999 *Exceptions and Limits to Copyright and Neighboring Rights* WCT-WPPT/IMP/1 available from: <http://www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/en/wct_wppt_imp/wct_wppt_imp_1.pdf> [accessed: 23.04.2013].
- TOFT, Torben
2006 *Collective Rights Management in the Online World – A review of the recent Commission initiatives*, available from: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2006_008_en.pdf [accessed: 27.04.2013].
- TOWSE, Ruth
2012 "Economics of Copyright Collecting Societies and Digital Rights: Is There a Case for a Centralised Digital Copyright Exchange?", in *Review of Economic Research on Copyright Issues*, vol. 9, n.º 2, pp. 3-30.
- TURNER, Jonathan D.C.
2010 *Intellectual Property and EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press.
- VINJE, Thomas & NIIRANEN, Ossi
2005 "The Application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment", in Ehlermann, Claus-Dieter & Atanasiu Isabelle (eds.), *European Competition Law Annual: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Hart publishing, pp. 399-417.
- Woods, Tanya
2010 "Multi-Territorial Licensing and the Evolving Role of Collective Management Organizations", in Gervais, Daniel (ed.), *Collective Management of Copyright and Related Rights*, 2nd edition, Hague: Kluwer law International, pp. 105-133.

ALARGAR A PERDA ALARGADA: O PROJECTO FENIX¹

Érico Fernando Barin

ABSTRACT: *The extended confiscation powers, present in various Democratic States, are being used to fight organized crime for monetary profit. The extended confiscation is a controversial doctrine and practice since it may breach rights of defence, such as the presumption of innocence. Moreover, there are doubts on how to calculate the profits from the criminal activity in broad terms. The paper supports the leading idea of the Project Fenix, which recommends “extend the extended confiscation”.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. Perda alargada. 1.1 A perda de vantagens da criminalidade: “o crime não compensa”. 1.2 Legado histórico do confisco. Perda clássica e perda alargada. 1.3 O fomento à recuperação de ativos. Breves considerações sobre dois modernos instrumentos legais: criminalização do enriquecimento ilícito e ação *in rem*. 1.4 A perda alargada em si: apreciação crítica à luz do sistema português. 2. O Projecto Fenix. 2.1 Síntese. Manual de Boas Práticas e Canais Dedicados de Comunicação. 2.2 Dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos. 2.3 Um objetivo: aumento de volume e valor econômico das decisões de perda mediante a utilização do regime legal da perda alargada. 2.4 Recomendações concernentes ao instrumento da perda alargada. 3. Boas práticas e recomendações do Projecto Fenix quanto à intensificação da perda alargada e sua compatibilidade com o sistema penal português. 3.1 Notas preliminares. 3.2 Uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens/patrimônio do condenado. 3.3 Recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico e admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar. 3.4 Autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo-crime. 3.5 Criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O instrumento jurídico da perda alargada tem sido adotado em diversos ordenamentos legais como estratégia de política criminal no combate às formas

¹ O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de doutoramento em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

de criminalidade denominadas econômico-financeira e organizada – esta que, no mais das vezes, igualmente visa à obtenção de vantagens patrimoniais.

Por envolver aspectos penais e processuais penais como o ônus da prova e a (re)definição sobre o que é “vantagem proveniente da atividade criminosa”, potencialmente afetando princípios como da presunção de inocência, da culpa e do *nemo tenetur se detegere*, além do direito à propriedade privada, a perda alargada não “navega em águas tranquilas”, seja na doutrina, seja na jurisprudência, gerando controvérsias de âmbito constitucional nos Estados que a contemplam.

Pois, em meio a esse controvertido contexto, o Projecto Fenix (fruto de parceria entre órgãos de persecução penal de Portugal, Espanha e Holanda), que tem por objetivo “prevenir e combater a criminalidade”, recomenda “alargar a perda alargada” em prol da repressão e da prevenção da criminalidade organizada com expressão econômica.

Aqui surge o tema do presente artigo, a saber, se a ampliação da ferramenta jurídica da perda alargada, na linha das boas práticas e das recomendações conclusivas do Projecto Fenix, é compatível com os direitos fundamentais e com os princípios penais e processuais penais vigentes em Portugal – e, também, em outros Estados de Direito Democrático.

O primeiro capítulo, dedicado à perda alargada, inicia com o trato do genérico confisco de vantagens da criminalidade com expressão econômica e sua relação com a síntese de prevenção geral consubstanciada na máxima “o crime não compensa”. Em seguida, são estudadas as “perdas clássicas” e dois modernos instrumentos legais de recuperação de ativos (a criminalização do enriquecimento ilícito e a ação *in rem*), culminando com a perda alargada em si, apreciada à luz do sistema português.

No segundo, há a abordagem do Projecto Fenix e de seus produtos (“Manual de Boas Práticas” e “Canais Dedicados de Comunicação”), bem assim da lista das dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos. Outrossim, são analisados o objetivo de aumentar o volume e o valor econômico das decisões de perda (mediante a utilização da perda alargada), e as boas práticas e recomendações concernentes a esse instrumento de recuperação de ativos.

No terceiro e último capítulo, as boas práticas e recomendações do Projecto Fenix de intensificação da perda alargada são confrontadas com normas e princípios do ordenamento legal português. Como o objeto do artigo atém-se à perda alargada, foram escolhidas, dentre as boas práticas e recomendações, as metas: a) do uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos

bens/patrimônio do condenado; b) de recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico, com admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar; c) de autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo-crime; e d) da criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado.

1. PERDA ALARGADA

1.1. A perda de vantagens da criminalidade: “o crime não compensa”

Pensa-se ser caminho irreversível a ampliação de mecanismos penais e extrapenais visando àquilo que comumente se denomina recuperação de ativos. O direito penal do século XXI, por todo lado, depara-se com espécie distinta de criminalidade, organizada em simulacro de modelo empresarial em que o fim almejado é o lucro². Essa forma de criminalidade, outrora mais concentrada e localizada (por exemplo, as máfias italianas ou os grupos de *gangsters* norte-americanos), aproveitou fenômenos como a globalização, o surgimento da *internet* e os sistemas comunitários para pulverizar-se pelo mundo³, distinguindo-se dos demais crimes patrimoniais (em que o lucro também é o fim) notadamente por contar com características como a organização hierárquica e empresarial, a transnacionalidade, a expertise de seus integrantes e a dispersão das vantagens angariadas mediante dissimulação e ocultação da origem, localização e propriedade.

Em paralelo à disseminação dessa nova face da criminalidade, os Estados, por seus sistemas penais, prosseguiram, por bom tempo, ainda adstritos à visão

2 Nesta definição, podem ser inseridas tanto a criminalidade altamente organizada trazida pelo artigo 1.º, alínea m), do Código de Processo Penal português (desde que com algum fim de lucro, o que engloba a imensa maioria dos casos), como os tipos penais do catálogo do artigo 1.º, n.º 1, alíneas a) a n), da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada), condizentes à “criminalidade organizada e económico-financeira”. Neste trabalho, cujo objeto foca os instrumentos de recuperação de ativos, serão tratadas indistintamente a criminalidade organizada (inclusive a “altamente”) e a criminalidade económico-financeira, por quanto têm no lucro ilícito denominador – quase sempre – comum, embora não se ignore a existência de diferenças substanciais entre elas – vide, neste aspecto, Silva Dias, 2010: 30. Doravante, neste artigo, dar-se-á preferência à genérica expressão “criminalidade organizada com fim de lucro”.

3 Em suma, esse tipo de criminalidade “tem cada vez menos um espaço, um território nacional, onde se desenvolva e perpetre”, e na qual “procurar ou destrinçar quem é quem, por exemplo, na cadeia de autoria se torna, não só tarefa labiríntica mas também atitude ou empenhamento, por banda da Polícia, Ministério Público e Juízes, que tem muito de exasperante síndrome de Sísifo” (Faria Costa, 2009a: 99 e 100, respectivamente).

única da responsabilização criminal do agente (relação culpa como medida da pena). Atuação incensurável, diga-se, porquanto o fim do direito penal não se pode divorciar da apuração do ilícito típico e da responsabilização de quem o cometeu, tudo atrelado a um sistema de garantias penais – preferencialmente, de quilate constitucional. Contudo, frente à criminalidade organizada com fim de lucro, em que a pena de prisão não raro é tratada como um risco do negócio, o direito penal “tradicional” vê-se num “beco”: a sanção privativa de liberdade, isoladamente, não só desserve como instrumento de prevenção geral⁴, mas, ainda, acaba chancelando a compensação do crime. Um paradoxo, considerando que “o crime não compensa” sempre foi aforismo sintético da prevenção geral, uma das principais finalidades do direito penal.

Nesse contexto, para tentar preservar aquele aforismo e com justificação político-criminal no restabelecimento da ordem jurídica violada⁵, os Estados, embora atrasados em relação ao crime, pouco a pouco perceberam⁶ a necessidade de aparelharem seus sistemas penais com instrumentos potencialmente capazes de evidenciarem que “a criminalidade organizada com fim de lucro não compensa” ou “não deve compensar”⁷.

Daí o incremento ou o alargamento dos mecanismos de confisco ou perda⁸, ou, numa denominação moderna mais abrangente, de recuperação de ativos. Nada mais pertinente à meta do direito penal: para a criminalidade organi-

⁴ Assim como não se presta à prevenção geral o mero aumento das penas cominadas: “os ganhos de prevenção geral de intimidação que se obtêm a partir do agravamento das penalidades são míimos” (Sousa Mendes, 2012: 330).

⁵ Retirando as vantagens patrimoniais que, ilícitas, não deveriam ter sido obtidas, mecanismo que promove “uma ordenação dos bens adequada ao direito” (Figueiredo Dias, 2009: 638).

⁶ Ou ainda não perceberam, como parece ser o caso do Brasil, onde a recuperação de ativos não tem merecido a devida atenção, a ponto de existirem, aqui, apenas instrumentos clássicos como a perda das vantagens e dos instrumentos do crime.

⁷ Para Pedro Caeiro, três fatores põem em xeque aludida máxima: 1) a percepção de um baixo risco de punição pelo infrator; 2) a satisfação pessoal com a prática de certos crimes; 3) a consideração de que a pena, em alguns casos, funciona como um custo ao benefício econômico. Ou seja, alguns crimes, de certa forma, compensam, a despeito de qualquer ação preventiva ou repressiva, de modo que o conteúdo normativo da política criminal que subjaz à recuperação de ativos deveria sintetizar-se por “o crime não deve compensar” (Caeiro, 2011: 275).

⁸ Embora Pedro Caeiro assente que a expressão “perda” já era utilizada nas Ordenações Afonsinas (Caeiro, 2011: 270), tudo indica que a opção por “perda” em vez de “confisco” liga-se com a proibição constitucional histórica deste (aspecto infra abordado), porquanto “nem os bens foram perdidos nem o Estado acha o patrimônio” (Correia, 2012: 65). No mesmo sentido, Godinho, 2003: 1356; Damião da Cunha, 2009: 139; e Nunes, 2008: 4. Neste artigo será utilizado o termo “perda”, em compasso com a legislação penal portuguesa (v. g. artigos 109.^º a 111.^º do Código Penal, artigos 35.^º e 36.^º da Lei 15/93, de 22 de janeiro, e artigo 7.^º da Lei n.^º 5/2002, de 11 de janeiro).

zada com fim de lucro não compensar⁹, é preciso que todo o ativo fruto de sua atuação seja perdido e recuperado pelo Estado, sem prejuízo da responsabilização criminal individualizada dos agentes¹⁰. Nas palavras de Paulo de Sousa Mendes, “só conseguiremos combater eficazmente a criminalidade organizada se seguirmos a pista do dinheiro e assim descobrirmos os beneficiários econômicos (*ultimate beneficial owners*), os quais, como se imagina, não podem deixar de ser os mandantes dos crimes”¹¹.

No entanto, o novel panorama, que indica serem imprescindíveis ações mais amplas e contundentes de recuperação de ativos, não foi – e continua a não ser – facilmente assimilado pela doutrina e pelos tribunais¹².

1.2. Legado histórico do confisco. Perda clássica e perda alargada

Conjetura-se que uma das razões da aparente resistência aos modernos mecanismos de recuperação de ativos resida na má lembrança que o confisco traz por seu percurso histórico.

Já na fase inicial do direito romano, com a superação da vingança privada por uma reação estatal, criou-se a *consecratio*, que implicava a expulsão do condenado (pela prática do que então se considerava crime) da comuna e a apreensão de todos os seus bens¹³. O fim do Império Romano não afetou significativamente o confisco, que, durante a Idade Média, seguiu sendo utilizado ora como pena acessória, ora como instrumento “de gestão econômica e de enriquecimento das autoridades que administravam a justiça”¹⁴. Embora intitulado como consequência do crime (em regra, pena acessória), o confisco cada vez mais foi utilizado para fins econômicos e políticos com a sedimentação dos Estados absolutos¹⁵.

9 O que, para além da meta de ordenação dos bens adequada ao direito (nota 3, supra), agrega, por via reflexa, finalidades de prevenção geral e até mesmo especial – pois as vantagens não são apenas usufruídas pelos agentes, prestando-se, também, à continuidade das atividades criminosas.

10 Tudo isso, frise-se, sem prescindir de um amplo sistema de garantias ao arguido, evitando-se a ideia de um Estado meramente punitivo, cujas linhas de força são listadas por Faria Costa, 2009b: 116.

11 Sousa Mendes, 2010a: 201.

12 João Conde Correia aborda essa dificuldade de assimilação, refletida na jurisprudência e na doutrina portuguesas, que se justificaria por uma “carga muito negativa” (do confisco) e pelo medo da repetição da história com seus “erros monstruosos” (Correia, 2012: 25 e ss.).

13 Nunziata, 2010: 38.

14 Correia, 2012: 31.

15 Almeida, 1985: 120.

Deformado em sua finalidade¹⁶, o confisco serviu para a prática recorrente de abusos e injustiças, até sofrer rotundo golpe nas revoluções iluministas, com a propriedade privada galgando a condição de direito inviolável (artigo 17.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789). Com efeito, as Constituições que se seguiram, sobretudo as do século XIX, passaram a proibir o confisco geral.

Em Portugal não foi diferente: a Constituição de 1822 aboliu o confisco, o que só veio a ser alterado com a Carta de 1976¹⁷. É importante ressalvar que a proibição de cunho constitucional (adstrita ao confisco geral) advinda com os Estados liberais não obstou que o confisco continuasse previsto nas legislações, por vezes com nomenclatura disfarçada, prestando-se à perda dos instrumentos, produtos e vantagens do crime¹⁸.

O bosquejo histórico faz supor que a memória remota dos abusos e injustiças cometidos com o uso do confisco (principalmente na época dos Estados absolutos) explique o estigma que ainda hoje gera sua antipatia para boa parte dos juristas, sobremodo os atuantes na prática forense.

Outro traço de aparente oposição ao confisco quiçá teve origem com os próprios ideais iluministas, vertente do direito voltado ao homem e do direito penal ligado à responsabilização criminal individualizada, hoje atrelada ao princípio da culpa. Se a pena justa deve ser individualizada e não atingir terceiros, tal dogma, de certa forma, pode ser maculado com a aplicação do confisco – que, não raro, atinge a esfera individual de terceiros orbitantes ao condenado.

E um terceiro fator de relutância ao confisco pode estar na lembrança dos Estados totalitários do século XX, em que o respeito aos direitos individuais (aí incluindo as garantias penais e o direito à propriedade) nunca foi a tônica, servindo o confisco de bens, frequentemente, como instrumento para arbitrariedades.

Contudo, parece certo que aludidos receios não mais se sustentam em pleno século XXI, nomeadamente nos ambientes dos Estados de Direito Democrático, onde as constituições e as leis infraconstitucionais prevêem sistemas de garantias ao cidadão acusado da prática de ilícito típico e/ou sob o risco de ver-se despojado de bens mediante ações de confisco. Outrossim, não se

¹⁶ Pois, em lugar de prevenir e punir fatos previstos como crimes, a finalidade do confisco atrelou-se à conveniência da expropriação patrimonial – direcionada a qualquer indivíduo – em virtude dos interesses do Estado absoluto.

¹⁷ Sobre o assunto, vide Souza *apud* Correia, 2012: 35.

¹⁸ Como exemplo, o Código Penal português de 1852, em seu artigo 64.º, trazia tal hipótese de confisco especial, uma exceção à vedação constitucional do confisco geral.

justifica o temor da ultrapassagem dos efeitos da pena para além da esfera do agente do ilícito típico, já que o confisco (numa acepção ampla) visa meramente restabelecer a condição econômica anterior do condenado e evitar o enriquecimento ilícito (inclusive de terceiros).

Feita a digressão da história e dos possíveis motivos de resistência ao confisco, avança-se ao recorte de algumas das modalidades presentes nos sistemas legais do século XXI, começando pelas “clássicas”¹⁹.

Tomando como exemplo o direito penal português, têm-se, nos artigos 109.º e 110.º do Código Penal (doravante, CP), a perda de instrumentos e produtos do crime, e, nos seguintes artigos 111.º e 112.º, a perda de vantagens do crime.

Ambas típicas ferramentas clássicas de confisco, a perda de instrumentos e produtos do crime mira os objetos que serviram ou seriam destinados a servir para a prática do ilícito típico (p. ex., a arma de fogo usada no homicídio), ou que foram por ele produzidos (como a moeda falsificada). Tem natureza eminentemente preventiva²⁰ (no sentido de cessação do perigo), tanto que independe de qualquer responsabilização criminal (artigo 109.º, n.º 2, do CP²¹), da apuração da autoria ou, mesmo, do início da ação penal, e pode atingir terceiros (artigo 110.º, n.º 2), com ressalva à boa-fé (hipótese em que, persistindo a necessidade de confisco, haverá indenização – artigo 110.º, n.º 3). Agregando tais características, assiste razão a Figueiredo Dias ao atribuir à perda de instrumentos e produtos do crime a natureza jurídica de “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”²², pois não se amolda a uma pena acessória, um efeito da pena ou da condenação, ou uma medida de segurança *tout court* (que é vincada à perigosidade do agente e não da coisa).

A perda de vantagens do crime atém-se verdadeiramente ao aforismo “o crime não compensa”, já que tem por escopo “retirar ao arguido os benefícios resultantes ou alcançados através da prática do facto ilícito típico”²³. Consoante a redação do artigo 111.º do CP, englobam o conceito de vantagem

¹⁹ Adjetivação que pode ser atrelada tanto aos instrumentos de confisco com origem remota e resistentes à história, como aos que se fizeram presentes desde as primeiras codificações penais do período pós-iluminismo.

²⁰ Nesse sentido, Figueiredo Dias, 2009: 616 e 621.

²¹ Também com previsão similar no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, artigo 35.º, n.º 3.

²² Figueiredo Dias, 2009: 628. Pode-se questionar, entretanto, que tal providência tenha cunho “sancionatório”, visto que independe de qualquer responsabilização.

²³ Correia, 2012: 80.

a recompensa dada ou prometida aos agentes de um fato ilícito típico (n.º 1) e as coisas, direitos ou vantagens adquiridas por intermédio deste, ressalvados os direitos do ofendido ou de terceiro de boa fé (n.º 2), mesmo no caso de obtenção via transação ou troca (n.º 3). O n.º 4 do mesmo artigo 111.º prevê a possibilidade de substituição da perda pelo pagamento ao Estado do respectivo valor nas hipóteses de inviabilidade de apreensão/apropriação. O instrumento português teve ampliado seu alcance pela Lei n.º 32/2010, de 2 de setembro, que instituiu a expressão “tiverem sido diretamente ou indiretamente obtidos”, em substituição à redação anterior, que só contemplava a “obtenção direta” de coisas, direitos ou vantagens adquiridas por intermédio do crime. Com efeito, com o advento da Lei n.º 32/2010, juros, lucros e outros benefícios oriundos dessas vantagens restaram na alçada da ferramenta legal²⁴. Essa modalidade de perda²⁵ também tem natureza preventiva²⁶ e não depende, necessariamente, de responsabilização criminal; contudo, exige a apuração da autoria delituosa mediante uma ação penal. Quanto à natureza jurídica²⁷, embora existam entendimentos que a reputem como pena acessória, dependente da sanção principal²⁸, ou de “mais próximas das penas do que das medidas de segurança”²⁹, pensa-se que melhor se amolda à mesma “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança” atribuída àquela outra modalidade de perda³⁰, estabelecendo-se a perigosidade de cunho abstrato (a geração de riqueza ilícita como vantagem de infração penal) como suficiente.

Já não como uma modalidade clássica, a Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, em seu artigo 7.º, trouxe a previsão da denominada perda alargada³¹, que não é uma inovação portuguesa. Previamente à análise da perda alargada, é pertinente o

24 Correia, 2012: 82.

25 Que tem previsão especial no Decreto-Lei n.º 15/93, de 22 de janeiro, artigos 35.º, 36.º -A, 37.º e 38.º, nas situações de tráfico ilícito de estupefacientes.

26 Figueiredo Dias, 2009: 632-633.

27 Para Maurach, Gössel & Zipt, não é possível estabelecer unitariamente a natureza jurídica, pois varia segundo o caráter do fato cometido e a pessoa que obtém a vantagem. Cf. Maurach, Gössel & Zipt, 1995: 677.

28 Damião da Cunha, 1999: 7.

29 Caeiro, 2011: 307.

30 Figueiredo Dias, 2009: 638. Embora, aqui, valha a mesma discussão quanto à natureza “sancionatória” da ferramenta jurídica, que aparentemente não há.

31 Na nota 8 consignou-se o motivo da utilização do termo “perda” (em vez de “confisco”), que, no presente artigo, será conjugado com o adjetivo “alargada” (em vez de “ampliada”, também usado na denominação do instrumento legal).

enfoque de dois outros modernos (ou não clássicos) instrumentos legais de recuperação de ativos. E, antes ainda, do porquê das gradativas inserções e ampliações nos sistemas penais dessas ferramentas.

1.3. O fomento à recuperação de ativos. Breves considerações sobre dois modernos instrumentos legais: criminalização do enriquecimento ilícito e ação *in rem*

Talvez a principal crítica direcionada à ampliação dos instrumentos legais que visam a “não compensação do crime” resida na premissa de que, diante da relação desigual entre a organização do crime e a “desorganização” (no sentido de despreparo) do Estado frente a essa criminalidade, opte-se com cada vez mais intensidade pelo manejo de mecanismos invasivos e violadores de garantias e direitos fundamentais³².

Por um lado, a crítica se sustenta. Um Estado de Direito Democrático não deve “compensar” sua ineficiência no combate a determinadas modalidades de crimes com a relativização ou a supressão de direitos fundamentais, porquanto “não é solução reclamar a criação de instrumentos jurídicos de investigação contrários aos direitos, liberdades e garantias processuais”³³. Por outro, esse mesmo Estado também não pode simplesmente assumir-se incapaz da finalidade que, sem dúvida, atinge o “calcanhar de Aquiles” da criminalidade organizada: retirar-lhe o lucro. Despiciendo frisar, de resto, quão perniciosa aos Estados e às sociedades é a atividade desse tipo de criminalidade³⁴, bem assim que ela está espalhada e em pleno funcionamento por todo o planeta.

O impasse pode ser mitigado com a conjugação das expressões “remédios fortes para patologias graves”³⁵ e “remédios fortes devem ser administrados com cuidado”³⁶. Ou seja, ao mesmo tempo em que é inviável negar a existência de uma criminalidade cada vez mais organizada que tem como meta precípua o

32 Partilham dessa crítica, em tom de alerta, Caeiro, 2011: 276; e Faria Costa, 2009b: 113-123.

33 Sousa Mendes, 2010a: 213.

34 Estima-se que apenas o tráfico de drogas (uma das tantas faces da criminalidade organizada com fim de lucro) movimenta, por ano, cerca de quinhentos bilhões de dólares, atingindo lucros superiores aos provenientes dos negócios do petróleo; ou, noutro exemplo alarmante, há dados de que a população norte-americana tem dispêndios com drogas (aí incluindo as verbas destinadas à prevenção, à reabilitação de dependentes químicos e à educação) em cifras superiores ao total que os Estados Unidos gastam com a defesa nacional. Cf. Pickard, 1998: 13.

35 Simões; Trindade, 2009.

36 Caeiro, 2011: 320.

lucro, o que leva à criação ou ao incremento de instrumentos de recuperação de ativos, cumpre ter sempre presente a necessária adequação dessas ferramentas às garantias penais e aos direitos fundamentais. O que não é tarefa fácil.

De qualquer sorte, já dito, robustecer os mecanismos legais que enfatizam que “o crime não compensa” parece ser, hoje, um caminho irreversível, e que não é pontual ou localizado.

A dimensão internacional do combate à criminalidade organizada com fim de lucro pode ser mensurada por sua constância como pauta nos mais diversos palcos de instâncias e organizações mundiais. Diplomas como a “Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas” (Viena, 1988)³⁷; a “Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional” (2000)³⁸; a “Convenção do Conselho da Europa Relativa ao Branqueamento, Detecção, Apreensão e Perda dos Produtos do Crime e ao Financiamento do Terrorismo” (Varsóvia, 2005)³⁹; a “Estratégia da União Europeia para o Início do Novo Milênio” (aprovada pelo Conselho em março de 2000⁴⁰); as Decisões Quadro sobre o tema⁴¹; a “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho” (de 20 de novembro de 2008, denominada “Garantir que o crime não compensa”); e a recente proposta de “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia”

37 “É necessário reforçar e intensificar os meios jurídicos eficazes de cooperação internacional em matéria penal para eliminar as atividades criminosas internacionais”, suscitando-se aos Estados contraentes a “considerar a possibilidade de inverter o ônus da prova no que diz respeito à origem lícita dos presumíveis produtos ou outros bens que possam ser objeto de perda, na medida em que os princípios do respectivo direito interno e a natureza dos procedimentos judiciais e outros permitam” (artigo 5.º, n.º 7).

38 “Os Estados Partes poderão considerar a possibilidade de exigir que o autor de uma infração demonstre a proveniência lícita do presumido produto do crime ou de outros bens que possam ser objeto de perda (...)” – artigo 12.º, n.º 7. O artigo 2.º, letra d), define como bens (passíveis de confisco) “os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos”.

39 “Cada uma das partes adotará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para exigir, em caso de uma ou mais infrações graves, de acordo com a definição de seu direito interno, que o autor declare a origem de seus bens suspeitos de constituir produtos ou de outros bens passíveis de perda, na medida em que tal exigência seja compatível com os princípios do seu direito interno” (artigo 3.º, n.º 4).

40 Sugere a inserção de instrumento que mitigue, em sede de direito penal, civil ou fiscal, o ônus da prova relativamente à origem dos bens detidos por uma pessoa condenada pela prática de uma infração relacionada com a criminalidade organizada, sempre com a observância dos princípios jurídicos fundamentais.

41 Em especial, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, cujo artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, alíneas a), b) e c), traz hipóteses de perdas alargadas; e a Decisão Quadro n.º 2006/783/JAI, de 6 de outubro, que alude sobre perda alargada, reconhecimento e execução de decisões desse juez proferidas noutro Estado-membro e ônus da prova (considerandos 7 e 8), salientando-se que houve alteração desta pela Decisão Quadro n.º 2009/299/JAI, de 26 de fevereiro. Todas disponíveis no site <http://eur-lex.europa.eu>.

(de 12 de março de 2012⁴²), têm reiterado as metas não apenas de enfrentamento dessa modalidade de criminalidade⁴³, mas, com o mesmo ênfase, de adoção de instrumentos mais agressivos de recuperação de ativos, cotejando-se o alargamento das perdas de vantagens, a relativização do ônus da prova, a desnecessidade de condenação criminal e o alcance a terceiros.

Desse cenário é que a criminalização do branqueamento de capitais⁴⁴ (lavagem de dinheiro, no Brasil⁴⁵) gradativamente foi sendo inserida nos sistemas penais⁴⁶, constituindo importante instrumento àquelas metas, e de lá também foram concebidos outros como a criminalização do enriquecimento ilícito, as ações *in rem* e a perda alargada.

Tal qual o branqueamento de capitais, a criminalização do enriquecimento ilícito⁴⁷ atém-se ao campo da ilicitude material, ostentando gravoso duplo efeito à criminalidade organizada: uma responsabilização criminal autônoma ao lado da perda das vantagens da atividade criminosa. Ou seja, ao menos em tese, o crime de enriquecimento ilícito (previsto, por exemplo, em França⁴⁸) figura como interessante instrumento a que “o crime não compense”⁴⁹.

42 Na qual são propostas formas de congelamento e confisco de bens de origem criminosa como confisco direto, confisco de valores, confisco alargado, confisco não baseado numa condenação e confisco de bens de terceiros.

43 Claramente, o foco inicial era o tráfico de estupefácientes, com gradativa extensão às demais formas de criminalidade organizada com fim de lucro.

44 “Uma construção legislativa que nasceu da necessidade político-criminal de melhorar os resultados da perseguição penal contra certas formas de criminalidade organizada” (Cf. Sousa Mendes, Reis & Miranda, 2008: 795), ou espécie de confisco baseado na ilicitude material, assim como alguns tipos fiscais e, mais recentemente, o crime de enriquecimento ilícito (Damião da Cunha, 1999: 41).

45 Lei n.º 9.613, de 3 de março de 1998, recentemente alterada pela Lei 12.683, de 9 de julho de 2012. No Brasil não há instrumento positivado de recuperação de ativos como perda alargada, procedimento *in rem* ou crime de enriquecimento ilícito.

46 O crime de branqueamento, de início voltado contra as vantagens provenientes do tráfico de drogas, acabou tendo seu alcance estendido a diversos outros crimes, sempre no sentido de “prevenir e reprimir as manobras tendentes a dissimular ou a converter as vantagens de origem ilícita, ou a sua natureza, que visam iludir a pretensão do Estado à detecção e confisco das mesmas” (Caeiro, 2011: 277). Sobre o crime de branqueamento, vide Godinho, 2011.

47 Explicitado como sugestão no artigo 20.º da Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003.

48 O artigo 321-6 do Código Penal francês, com redação dada pela Lei n.º 2006-64, de 23 de janeiro de 2006, prevê pena de três anos de prisão e multa de 75.000 euros para quem não possua recursos lícitos que justifiquem seu modo de vida e, em concomitância, mantenha relações habituals com pessoas que praticam crimes com pena não inferior a cinco anos e que trazem benefícios diretos ou indiretos, ou com vítimas desses crimes.

49 Em defesa da vigência do crime de enriquecimento ilícito, vide Simões, 2011: 59.

Porém, a criminalização do enriquecimento ilícito tem sofrido pesadas críticas, mormente no que toca à sua (não)conformação constitucional, violando garantias como o *nemo tenetur se detegere* e o princípio da inocência⁵⁰, a tal ponto de ser declarada inconstitucional, já na fase de sua inserção no sistema penal, pelo Tribunal Constitucional (doravante, TC) português⁵¹. Situação similar ocorreu em Itália, onde o TC, em Acórdão de 17 de fevereiro de 2004⁵², declarou inconstitucional o artigo 12-quinquies do Decreto-Lei n.º 356/92, que previa ser crime a posse injustificada de bens por arguidos por determinados crimes que não tivessem rendimentos lícitos proporcionais àquela posse.

Sem aqui aprofundar a análise, tampouco anuir às críticas ou rechaçá-las, é difícil escapar da constatação de que a criminalização do enriquecimento ilícito fere garantias penais. Assim, aduz-se preferível investir num sistema penal que contemple o crime de branqueamento de capitais e alguma modalidade eficaz de perda alargada e/ou de ação *in rem*.

Esta, também conhecida como procedimento de confisco *in rem*, de natureza extrapenal, hoje está sedimentada em sistemas como o norte-americano (*a civil forfeiture*) e o inglês (*a civil recovery*). Tal procedimento, como a própria denominação revela, é direcionado aos bens com suspeita de origem ilícita (mesmo que não criminosa) e não às pessoas que os possuem/detêm. Ou seja, não tem por escopo atribuir responsabilidade (criminal, civil ou administrativa) a alguém, mas apenas “fazer reverter formalmente a favor do Estado certos bens sobre os quais ninguém apresenta uma pretensão válida”⁵³. O Estado retoma bens ilicitamente adquiridos sem precisar, necessariamente, responsabilizar penalmente seu detentor, de modo que o aforismo “o crime não compensa” está presente apenas por via reflexa, pois não se exerce o *jus puniendi*.

Uma virtude da ferramenta é alcançar o patrimônio ilícito seja qual for o resultado de eventual ação penal correlata. Como críticas, são citados: 1) o risco de “devassas gerais sobre a proveniência dos bens detidos pelos cidadãos”; 2) a dificuldade de “limitar escrupulosamente o âmbito do confisco à vantagem líquida obtida” (mormente sendo alvo uma coisa) sem fazer referência a uma

50 Com posição radicalmente contrária ao crime de enriquecimento ilícito, vide Caeiro, 2011: 297-306; e Silva Dias, 2010: 32-36.

51 A declaração de inconstitucionalidade teve como fundamento não haver um bem jurídico claramente definido, a indeterminação do tipo proposto e a violação do princípio da inocência, conforme Acórdão n.º 179-2012, de 4 de abril. Disponível em <http://www.dgsi.pt>

52 Acórdão disponível em <http://www.cortecostituzionale.it>.

53 Caeiro, 2011: 293.

pessoa; 3) a atuação híbrida do Estado (ora como titular do *jus puniendi*, ora como mero autor na ação *in rem*), potencialmente violadora de garantias penais; e 4) a criação de conflitos entre os interesses na recuperação de ativos e na administração da justiça penal (com o risco de preferir-se atacar o lucro do que o crime)⁵⁴.

Embora contundentes, pensa-se não se sustentam talas críticas, que mais se cingem a eventuais distorções na utilização do procedimento *in rem* do que propriamente a ele. Nada impede que o Estado, em similar a como restritamente atua com os outros procedimentos expropriatórios de natureza civil, fiscal ou administrativa, exerça a regulação da licitude patrimonial dos cidadãos, notadamente (e com atuação mais enérgica) quando houver suspeita da proveniência ilícita. Noutro argumento, não se tem como usualmente difícil – ao sedizente proprietário – demonstrar a licitude de uma coisa num procedimento extrapenal. E, num último, pondera-se que o procedimento *in rem* tem especial serventia para o alcance (e retorno ao Estado) do patrimônio de origem ilícita detido por terceiros, não raro ligados a ou utilizados por autores de ilícitos típicos de criminalidade organizada, mas que – também não raro – escapam à responsabilização criminal.

Para além desses instrumentos de recuperação de ativos, há ainda outros como as medidas fiscais de tributação do patrimônio ilícito⁵⁵ e, em especial, as modalidades de confiscos alargados, como o confisco geral de bens⁵⁶, o confisco de bens destinados à prossecução de fins ilícitos⁵⁷ e o confisco de bens suspeitos de origem ilícita⁵⁸, este o nascedouro da perda alargada prevista no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

54 Caeiro, 2011: 293-295.

55 Com natureza de “ pena”, utilizada nos Estados Unidos por intermédio da Income Tax Act, de 1916, e, ainda hoje, em Itália. Sobre essa ferramenta legal, vide Nunziata, 2010: 112.

56 Por exemplo, a *confiscation général* do artigo 229-49 do Código Penal francês, da *criminal forfeiture* dos Estados Unidos e da *Vermögenstrafe* do §43.º do Código Penal alemão, esta última declarada constitucional por decisão do Tribunal Constitucional alemão de 20 de março de 2002 (disponível em <http://www.bundesverfassungsgericht.de>).

57 Previsto nos Códigos Penais austríaco (§20B) e suíço (§72.º), e na seção 13 do *Prevention of Terrorism (Temporary Provisions) Act* de 1989 da Inglaterra.

58 O §73d do Código Penal alemão prevê a origem ilícita de toda a vantagem, ao passo que a *confiscation do Drug Trafficking Act*, da Inglaterra, dispõe sobre a ilicitude de uma parte limitada no tempo.

1.4. A perda alargada em si: apreciação crítica à luz do sistema português

Diferentemente do crime de enriquecimento ilícito, a perda alargada exige uma responsabilização por determinada infração penal (em regra, com aspecto de criminalidade organizada, normalmente prevista em catálogo) e a existência de um patrimônio injustificado ou destoante dos rendimentos lícitos da pessoa condenada. Ou seja, é significativa a distinção, pois, enquanto lá a infração penal que subjaz ao enriquecimento ilícito não é esclarecida (ter o patrimônio aumentado sem justificativa, por si só, é o bastante), aqui há uma condenação criminal como fonte, dela partindo os efeitos de confisco a todo ou parte do patrimônio injustificado. Mesmo que em ambos os instrumentos coteje-se uma presunção (em sentido técnico-jurídico⁵⁹), na perda alargada ela não se presta ao reconhecimento de culpa ou à assunção do cometimento de outros crimes, mas tão-somente ao cálculo do *quantum* a ser confiscado. Assim, seu lastro é bem mais robusto (há uma condenação por crime que usualmente gera vantagem ilícita, aliada a um patrimônio não justificado) e, por conseguinte, o espectro da presunção é sensivelmente menor.

Acerca disso, aliás, a “Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia”, de 12 de março de 2012, em seu artigo 4.º (“poderes de confisco alargados”), n.º 1, reitera a (necessidade da) presunção, ao instituir que os Estados devem adotar medidas para permitir o confisco (total ou parcial) dos bens de pessoa condenada por uma infração penal quando “um tribunal considere, com base em fatos concretos, ser bastante mais provável que os bens em causa resultem de atividades criminosas semelhantes dessa pessoa do que de outro tipo de atividades”⁶⁰.

O instrumento da perda alargada tem sido concebido de duas formas. Numa primeira modalidade, por intermédio de uma simples inversão do ônus da prova, de maneira que o confisco opera-se como consequência da condenação por determinada infração penal (por exemplo, como ocorre na França⁶¹).

59 Com definição no artigo 349.º do Código Civil português.

60 Trecho literal do referido artigo 4.º. No sistema português (abaixo estudado), a condenação por crime que resulta vantagem econômica e o patrimônio não justificado servem como “fatos concretos” hábeis a respaldarem “ser bastante mais provável” a origem criminosa dos bens. Ou seja, Portugal, ao menos nas hipóteses da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, já atende aquela Diretiva.

61 Onde a Lei n.º 2007-297, de 5 de março de 2007, alterou o artigo 131-21 do Código Penal francês, preconizando que, nas hipóteses de crime com pena não inferior a cinco anos e que tenha resultado lucro direto ou indireto ao agente, a perda alcança os bens do condenado que ele não logre esclarecer a origem lícita.

Cumpre ao acusado, em paralelo à defesa em relação ao ilícito típico, justificar a origem de todo ou parte de seu patrimônio; isto é, há – ao menos em parte – inversão do ônus da prova no processo penal, pois apenas o arguido tem carga probatória de demonstrar a licitude do patrimônio, incumbência concomitante com sua defesa.

No outro modelo, também há o uso de presunção, mas embasada em pressupostos mais contundentes. Permanece à acusação o ônus de provar, para além do ilícito típico e sua autoria, a existência do patrimônio injustificado ou desproporcional e, quiçá, a conexão com a prática de outros crimes⁶². Esse é o sistema adotado na Espanha⁶³ (artigo 127 do Código Penal, modificado pela Ley Orgánica n.º 5/2010), na Itália (artigo 12-sexies da Lei n.º 356/92⁶⁴) e em Portugal (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro), e no qual não se tem uma mera inversão do ônus da prova, pois ao arguido incumbe ilidir a presunção de ilicitude do patrimônio dissonante dos rendimentos líquidos – de quem, convém sublinhar, está condenado pela prática de crime em que a vantagem econômica é, normalmente, o fim almejado.

Avançando na análise, se já dito que não é pacificada a definição da natureza jurídica da perda de vantagens do crime⁶⁵ do artigo 111.º do CP, é ainda mais controvertida no que toca à perda alargada. “Pena”⁶⁶, “efeito da pena”⁶⁷, “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”⁶⁸ e “reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança”⁶⁹ são definições dadas à natureza jurídica da perda alargada.

62 Vide nota 80, infra.

63 Sobre o confisco alargado espanhol, vide Correa, 2003.

64 Com redação dada pela Lei n.º 501/94, de 8 de outubro. O instrumento italiano assemelha-se ao português, e lá é frequente a afirmação pelos tribunais de que não ocorre uma inversão do ônus da prova, e sim um mero ônus de alegação quanto à origem do património. Vide Maugeri. 2001: 329.

65 Tratada como “pena acessória”, “mais próxima da pena do que da medida de segurança” ou “providência sancionatória de natureza análoga à da medida de segurança”.

66 Cf. Fornari, 1997: 63 e ss., tendo por enfoque o instrumento positivado na Itália. Contra, refutando-o como pena, vide Munoz Conde & Garcia Arán, 2004: 606-607; e Mir Puig, 2004: 767.

67 Cf. Silva Dias, 2010: 39.

68 Cf. Damião da Cunha, 2009: 134.

69 Godinho, 2003: 1348.

Embora se possam reconhecer pontos comuns a todas, as primeiras (“pena” e “efeito da pena”) esbarram na constatação de que a perda alargada decorre, de fato, do patrimônio injustificado, e não da condenação (da culpa) por certo ilícito típico, que serve apenas como um dos requisitos; além disso, não se considera a gravidade do ilícito típico, tampouco há proporcionalidade entre este e o confisco a ser operado. A última (“reação penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança”) traz dúvida tanto acerca da existência de uma reação penal (valem aqui os argumentos retro) quanto sobre o efetivo perigo do patrimônio injustificado, cuja vinculação com a prática de crime(s) reside numa presunção⁷⁰. E, mesmo como “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, pode ser objetada, pela inexistência verdadeiramente de uma sanção, sobrando mais adequada a conceituação de Pedro Caeiro, como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”⁷¹, à semelhança do que ocorre na Alemanha, onde o confisco alargado não é sanção penal ou algo análogo, e sim uma medida⁷².

Com efeito, a perda alargada pode ser sintetizada como uma medida administrativa *sui generis*, com as peculiaridades de depender de uma condenação criminal e de o correlato procedimento tramitar e ser decidido num tribunal criminal – em Portugal, após investigação criminal a cargo do Ministério Público, ou financeira por Gabinete de Recuperação de Activos. De qualquer modo, importa assinalar que a definição da natureza jurídica da perda alargada ainda está longe de um consenso, sendo aspecto merecedor da máxima atenção, até mesmo para o fim de situar o momento (independente, em concomitância ou depois de uma ação penal) e o ambiente (processo penal, civil ou administrativo) adequados ao manejo do instrumento.

70 Pondera-se inaplicável o mesmo critério dado à natureza jurídica da “perda de vantagens” do artigo 111.º do CP, pois nesta a perigosidade pode ser aceita num patamar abstrato, uma vez que a geração da riqueza ilícita é, sem qualquer presunção, vantagem direta de infração penal. Na perda alargada, a necessidade do uso de um liame presuntivo entre o crime e a vantagem enfraquece a verificação da perigosidade e, assim, sua similitude a uma medida de segurança.

71 Pedro Caeiro reconhece que, com tais características, o instrumento muito bem poderia ser manejado nas searas civil ou administrativa, mas defende sua tramitação vinculada ao processo penal pela maior gama de garantias atribuídas ao arguido (Caeiro, 2011: 311-312).

72 Strafgesetzbuch (Código Penal alemão), § 11, n.º 8. Na sentença de 14 de janeiro de 2004, o Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional alemão) decidiu que, atinente ao confisco alargado, não está em causa infligir um mal ao arguido, e sim privá-lo da vantagem obtida ilegitimamente. Disponível em www.bundesverfassungsgericht.de.

Os requisitos da perda alargada – em Portugal – consistem numa condenação com trânsito em julgado⁷³ por crime previsto em catálogo⁷⁴, na existência de um patrimônio⁷⁵ incompatível com os rendimentos lícitos do condenado e na presunção⁷⁶ da ilicitude de sua origem, adstrita a determinado lapso temporal. Não ilidida a presunção, tem-se a assertiva jurídica da proveniência do patrimônio da atividade criminosa; e, com efeito, resulta descabida a alegação de violação do direito à propriedade privada. No tema, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH) tem se manifestado no sentido de que medidas patrimoniais como a perda alargada (e outras, inclusive de natureza civil) não violam o direito de propriedade, pois consistem em formas de regulação do uso dos bens, justificadas pelo interesse geral (artigo 1.º, segunda parte, do protocolo n.º 1 anexo à Convenção Europeia dos Direitos Humanos – doravante, CEDH)⁷⁷.

Como acenado acima, há entendimento doutrinário⁷⁸ e jurisprudencial⁷⁹ de que a perda alargada inverte o ônus da prova em processo penal. Isso, em alguma medida, ocorre. No instrumento positivado em Portugal, incumbe à acusação fazer prova do crime do catálogo (a condenação é *conditio sine qua non* – artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002) e liquidar o montante apurado como

73 Com base no artigo 32.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa. De frisar que a Lei n.º 5/2002 não faz exigência quanto à natureza ou à medida concreta da sanção.

74 O que, por um lado, vai ao encontro da ideia de restringir o “remédio forte à patologia grave”; mas, por outro, faz com que ilícitos típicos não comuns à criminalidade organizada ou econômica, mas igualmente geradores de vantagens ilícitas não raro vultosas (por exemplo, furto, roubo, extorsão e receptação), restem imunes ao instrumento mais agressivo de recuperação de ativos.

75 Que deverá ser avaliado e liquidado, e cuja definição está prevista no artigo 7.º, n.º 2, letras a) a c), da Lei nº 5/2002. Deve-se salientar que não se compreendem por patrimônio do condenado as vantagens do crime, que deverão ser alcançadas mediante o instrumento tradicional (com previsão no artigo 111.º do CP).

76 Relativa e ilidível por qualquer meio de prova, conforme o artigo 9.º, n.ºs 1 a 5, da Lei n.º 5/2002.

77 Entendimento sinalizado, por exemplo, nos Acórdãos Philips contra o Reino Unido, de 5 de julho de 2001; Raimondo contra Itália, de 22 de fevereiro de 1994; Prisco contra Itália, de 15 de junho de 1999; Arcuri e outros contra Itália, de 5 de julho de 2001; Riela e outros contra Itália, de 4 de setembro de 2001; e Bongiorno e outros contra Itália, de 5 de janeiro de 2010. No Acórdão Leone contra Itália, de 2 de fevereiro de 2010, houve a ressalva de que o confisco não se pode basear numa mera suspeita. Todos disponíveis em http://www.echr.coe.int/ECHR/Homepage_EN.

78 Nesse sentido, Damião da Cunha, 2009: 144-145; Godinho, 2003: 1336-1338; Duarte, 2002: 151 e ss.; e Bravo, 2006: 128 e ss.

79 Vide, por exemplo, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 24 de outubro de 2006, Processo n.º 06P3163 (Relator Santos Carvalho), no qual, para além da chancela da inversão do ônus da prova, a dúvida sobre a proveniência ilícita dos bens do condenado foi resolvida em favor da acusação, com a declaração da perda alargada. Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

devendo ser perdido a favor do Estado (artigo 8.º), o que consiste em apresentar o cálculo que demonstre a diferença entre o valor do patrimônio descoberto e aquele que é proveniente dos rendimentos lícitos do réu (artigo 7.º, n.º 1, parte final). Parte da doutrina advoga que, para além disso, incumbe à acusação a prova do anterior envolvimento do condenado com crimes similares⁸⁰, com o que não se concorda, seja pela ausência de previsão legal, seja pela quase inviabilização prática que acaba ocasionando em virtude da “prova diabólica” exigida do Ministério Público (doravante, MP).

Dante desses elementos (que, reconheça-se, são consistentes), toca ao arguido ilidir a presunção de que parte de – ou todo – seu patrimônio proveio de fonte ilícita⁸¹ (artigo 9.º). Veja-se que a interpretação dos artigos 7.º e 9.º da Lei n.º 5/2002 pode levar à conclusão de que ao MP é lícito pretender simplesmente liquidar a totalidade do patrimônio do arguido, pois, se este não provar que o todo ou alguma parte provém de rendimento lícito, ou que foi adquirido há mais de cinco anos contados da data da constituição de arguido, ou foi adquirido com rendimentos angariados nesse período pretérito, a presunção autoriza que a perda alargada alcance tudo. Porém, pensa-se que aludida interpretação não é correta, até porque retira por completo a carga probatória do MP, quiçá tornando inócuas a investigação criminal ou financeira. Mais adequado é retirar da conjugação dos artigos 7.º e 9.º, em consonância com a Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), a exegese de que incumbe ao MP apurar a totalidade do patrimônio do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência – ou não – de rendimentos lícitos, demonstrando, na liquidação, como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente⁸², é vantagem da atividade criminosa.

Seja qual for o entendimento adotado, no ponto da proveniência ilícita do patrimônio, atuando a acusação com apoio em presunção (como no artigo 350.º, n.º 1, do Código Civil português, doravante, CC), com carga probatória diminuída (ou sem ela) e parte dela suportada pelo arguido, não se pode negar que há

⁸⁰ Assim pensam Damião da Cunha, 2009: 127-132; e Caeiro, 2011: 313.

⁸¹ O que não viola o princípio do *nemo tenetur se detegere*, porquanto o arguido nada tem de alegar quanto ao ilícito típico a que responde ou a qualquer outro, e sim apenas em relação ao patrimônio incongruente.

⁸² Não esquecendo que o uso de presunção implica máxima cautela. A presunção, em maior ou menor medida, origina-se de regra de experiência. Mesmo que se atenha à perda alargada e não à prova do ilícito típico, pensa-se vale, aqui, o alerta de Paulo de Sousa Mendes: “o juiz não pode, pois, confiar nas regras da experiência mais do que na própria averiguação do real-concreto, sob pena de voltar, de forma encapotada, ao velho sistema de prova legal, o qual se baseava, afinal de contas, em meras ficções de prova” (Sousa Mendes, 2010b: 1011).

inversão do ônus da prova⁸³ (em similar ao artigo 344.º, n.º 1, do CC). Mas que se dá apenas a um aspecto (notadamente ao *quantum*) da perda alargada (que, sustenta-se, é uma “medida administrativa”), e jamais em relação à culpa. Isto é, não se tem uma efetiva inversão do ônus da prova em processo penal no sentido de retirar do MP o mister de elucidar o ilícito típico (existência e autoria) e a culpa do arguido, tampouco de infligir a este a prova de sua inocência.

Ainda no campo das críticas, pondera-se não se sustenta a afirmação de que a perda alargada viola o princípio da culpa⁸⁴ e a presunção da inocência⁸⁵, pois não decorre de uma reação penal, principal ou acessória⁸⁶, tampouco pressupõe culpa⁸⁷ ou assunção da prática de outros crimes. Tais fundamentos igualmente se prestam para clarificar que o princípio *in dubio pro reo* é imaculado, recordando que a perda alargada não afeta o juízo acerca do ilícito típico e da culpa do arguido. Merece atenção, no entanto, que enquanto a dúvida sobre os requisitos da condenação e da existência de patrimônio do arguido [nas hipóteses das letras *a*) a *c*) do n.º 2 do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002] deve ser resolvida em favor do condenado, não será assim, na mesma medida, no que tange à ilisão da presunção, porquanto deverá o arguido clarificar ou ao menos criar uma dúvida razoável⁸⁸ acerca de alguma das situações das letras *a*) a *c*) do

83 Para Damião da Cunha, a criminalidade organizada enseja um juízo de perigosidade, pela possível continuação das atividades criminosas, cessada (no todo ou em parte) apenas pela intervenção estatal-penal, e um juízo de probabilidade, de os fatos esclarecidos (e levados a julgamento) serem somente uma parte da atividade criminosa, havendo inviabilidade de clarificar a totalidade exatamente pela forma de atuar desse tipo de criminalidade (Damião da Cunha, 2009: 133-134). Pensa-se que o mesmo fundamento pode ser utilizado para justificar a inversão do ônus da prova em relação à perda alargada.

84 No sentido de que há violação do *nulla poena sine culpa*, vide Godinho, 2003: 1350-1351.

85 Prevista no artigo 32.º, n.º 2, da CRP, e no artigo 6.º, n.º 2, da CEDH, e que não deve ser confundida com a presunção de que todo ou parte do patrimônio do condenado constitui vantagem da atividade criminosa. Em sentido oposto, sustentado a ofensa à presunção da inocência, vide Godinho, 2003: 1358-1359.

86 Desde que se adote a natureza jurídica de “medida” (e não “sanção”) meramente administrativa. Mas, mesmo que se escolha a natureza jurídica de pena ou efeito de pena, entende-se que o princípio da inocência segue inviolado, porquanto já há sua ilidência por ocasião da condenação criminal, lembrando-se que a perda alargada só produz efeitos com o trânsito em julgado da condenação.

87 Decidiu o TEDH, no Acórdão Philips contra o Reino Unido, de 5 de julho de 2001, que, a partir da conclusão de que o arguido praticou um crime, restando apenas a definição da pena, o princípio da inocência não mais tem aplicação. Disponível em <http://www.echr.coe.int>.

88 É, ao que parece, a posição do Tribunal Constitucional português, de que a ilisão da presunção enseja a criação de uma dúvida razoável sobre os fatos que dão suporte à presunção, não se exigindo prova cabal, risco de violação da presunção da inocência – vide, por exemplo, Acórdãos n.ºs 135/92, 252/92 e 922/96. Disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>. No sentido de que a dúvida sobre a proveniência ilícita dos bens do condenado deve ser resolvida em favor da acusação, o Acórdão do Superior Tribunal de Justiça de Portugal, de 24 de outubro de 2006, Processo n.º 06P3163, referido na nota 76, retro.

n.º 3 do artigo 9.º da Lei n.º 5/2002⁸⁹. Outro que resta intacto é o princípio do processo equitativo⁹⁰, uma vez que o arguido dispõe de todos os meios de prova válidos em processo penal para ilidir a presunção (artigo 9.º, n.º 2).

Em suma, a perda alargada traduz a opção do legislador que, apegado em regras de experiência comum, presume⁹¹ que o patrimônio incongruente de quem é condenado por certos crimes geradores de vantagem ilícita tem origem no cometimento de outros crimes. Não se identifica na ferramenta jurídica traço de inconstitucionalidade, de violação das garantias processuais penais ou de dissonância com a CEDH⁹², e bem se percebe a tendência de o legislador restringir o remédio forte às patologias graves (em especial, à criminalidade organizada com fim de lucro), servindo como precioso instrumento de sedimentação da máxima “o crime não compensa”.

Discute-se, como já aventado, a conveniência de a perda alargada (e seu montante e liquidação) ser decidida no âmbito do processo penal (opção adotada em Portugal, onde o alcance do confisco integrará a sentença condenatória pelo crime do catálogo⁹³), na sua sequência (como na Holanda⁹⁴) ou em seara distinta, civil ou administrativa (em similar, por exemplo, a alguns procedimentos *in rem*).

O trato da perda alargada no processo penal, já com a propositura da acusação e após investigação preferencialmente especializada⁹⁵, por um lado, favorece o arguido, que tem o amplo leque das garantias processuais penais

89 Para Salvatore Scalia, tratando do instrumento jurídico italiano, o arguido não precisa demonstrar, mas apenas explicar (o que seria um *minus*) ao tribunal a proveniência lícita do patrimônio incongruente (Scalia, 2002: 218).

90 Artigos 20.º (de forma ínsita, relativo ao processo civil) e 32.º, n.º 1 (atinente ao processo penal), ambos da CRP.

91 Para o aprofundamento do tema das presunções, vide Marques da Silva, 2005: 356-357.

92 Nesse sentido, Balsamo, 2010: 271-272.

93 Artigo 12.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

94 Consoante o artigo 36e, n.º 3, do Código Penal holandês, se o agente restar condenado por crime punível com multa do 5.º grau e existir a suspeita de vantagem ilícita superior a 12.000 euros, é instaurada investigação financeira autônoma – e posterior – ao processo penal. Caso a investigação conclua ser plausível, por não elucidar a origem lícita, que outras infrações penais geraram vantagens ilícitas ao condenado, é decretada a perda de bens.

95 É o que se tem atualmente em Portugal, com a existência de um Gabinete de Recuperação de Activos, criado e com atribuição investigatória financeira e patrimonial dada pela Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro. A mesma lei passou a prever o Gabinete de Administração de Bens (artigo 10.º e ss.), com competência não apenas de administrar, mas, ainda, avaliar e vender antecipadamente bens apreendidos ou recuperados.

para, em paralelo à sua defesa criminal, contestar o montante e/ou a liquidação pretendidas pelo MP. Além disso, um mesmo tribunal julga o crime do catálogo e a perda alargada (e, quiçá, os indícios da prática de outros crimes), evitando possíveis decisões dissonantes proferidas acerca de substratos fático e probatório com pontos coincidentes. Por outro lado, gera discussão sobre inversão do ônus da prova em processo penal e possível mácula ao *nemo tenetur se detegere* e à presunção de inocência, já que o arguido deve ilidir a presunção – de ilicitude de seu patrimônio – no mesmo momento em que se defende, com o risco de que a opção pelo silêncio confirme que parte ou todo o patrimônio é vantagem da atividade criminosa. Por isso Augusto Silva Dias defende que a perda alargada “seja objecto de um incidente processual enxertado e correndo paralelamente ao processo penal e seja decretada na sentença condenatória”⁹⁶.

Para tornar a questão ainda mais complexa, não se pode ignorar haver uma tendência internacional de que os mecanismos de recuperação de ativos (mesmo os dependentes de uma condenação, como a perda alargada) sejam autonomizados⁹⁷, o que, deve-se concordar, amplia o rol de ritos, formas e momentos, e, por conseguinte, pode propiciar maior eficiência. É com a autonomização que se abre brecha à cogitação dos instrumentos mais “musculosos” de recuperação de ativos sem uma sentença condenatória⁹⁸, e são enfrentadas com maior facilidade as hipóteses de vantagens ou bens ilícitos detidos por terceiros.

Nessa conjuntura, tendo por escopo a eficiência no enfrentamento desse tipo de criminalidade, entende-se que, mesmo num sistema como o português, que já possui legislação específica a respeito (Lei n.º 5/2002) há mais de uma década, deveria avançar o debate sobre a autonomização do procedimento da perda alargada ou, no mínimo, sua tramitação em incidente concomitante ao processo penal, mas mantendo nesse sítio a decisão acerca da perda – a ser consignada na sentença ou no acórdão após a fundamentação condenatória do ilícito típico atribuído ao arguido⁹⁹. Outrossim, mereceria cogitação a inserção no ordenamento legal de um procedimento *in rem* adequado aos princípios e às garantias insculpidos na CRP.

⁹⁶ Cf. Silva Dias, 2010: 41.

⁹⁷ Vide, por exemplo, a Decisão Quadro n.º 2005/212/JAI, de 24 de fevereiro, artigos 1.º e 2.º.

⁹⁸ Por excelência, os procedimentos *in rem*.

⁹⁹ Nessa hipotética formatação, em havendo condenação por crime do catálogo do artigo 1.º da Lei n.º 5/2002, e aplicada a pena ao arguido, cumpriria ao juiz/tribunal declarar a perda alargada com base na prova e nas alegações colhidas no incidente – que, em caso de absolvição, seria julgado prejudicado.

Elucubração à parte, é para o norte do “alargamento da perda alargada” que apontam as conclusões do Projecto Fenix, a seguir examinadas.

2. O PROJECTO FENIX

2.1. Síntese. Manual de Boas Práticas e Canais Dedicados de Comunicação

O Projecto Fenix¹⁰⁰ tem como finalidade a recuperação de ativos e consiste na parceria entre a Procuradoria-Geral da República de Portugal, a Polícia Judiciária, a *Fiscalía General del Estado* (da Espanha) e o *Bureau Ontnemingswetgeving OM – B.O.O.M.*¹⁰¹ (da Holanda), inscrita no programa financeiro comunitário “Prevenir e Combater a Criminalidade”, criado pela Decisão n.º 2007/125/JAI do Conselho da União Europeia, de 12 de dezembro. Teve como inspiração a constatação, acima comentada, de que o direito penal – dos Estados da União Europeia – ainda está centrado na sanção a ser aplicada ao condenado, com pouca atenção ao confisco, seja dos instrumentos, seja das vantagens do crime, mesmo nas hipóteses de criminalidade com expressão econômica. Com esse enfoque, o Projecto Fenix objetiva alertar para a necessidade de recuperação das vantagens do crime, fomentar o aumento e o valor econômico das decisões de confisco (mormente com a utilização da perda alargada), e reforçar os meios de cooperação interna e internacional.

Como produtos específicos do projeto, foram desenvolvidos o Manual de Boas Práticas, que almeja a fixação de procedimentos para maximizar as metas pretendidas, e os Canais Dedicados de Comunicação, para o fim de prever e/ou melhor integrar órgãos internos e internacionais atuantes no campo da recuperação de ativos.

2.2. Dificuldades detectadas relativamente à recuperação de ativos

No intuito de dar azo aos aludidos produtos, conceber potenciais soluções e delimitar o Manual de Boas Práticas, os integrantes do Projecto Fenix preocuparam-se em clarificar as dificuldades. Por intermédio de consultas, coletaram as percepções e as experiências dos mais diversos atores da recuperação

¹⁰⁰ Que se intitula “reforço da recuperação de activos, em particular no quadro do combate à criminalidade grave susceptível de gerar proveitos substanciais”. Todas as informações do Projecto Fenix reproduzidas neste artigo (inclusive nos itens abaixo discorridos) estão disponíveis em <http://www.fenix.pgr.pt>.

¹⁰¹ Gabinete de Recuperação de Ativos dos Países Baixos (Holanda).

de ativos, e de como tal campo tem sido tratado no direito comparado, europeu e internacional. A dimensão e a variedade dos obstáculos detectados evidenciam que a missão do Projecto Fenix não é das mais singelas.

Abarcando tanto o confisco clássico como a perda alargada, verificaram-se dificuldades na fase da investigação como: a) relutância de bancos e outras instituições financeiras em colaborarem; b) utilização dos regimes *off-shore*, nos quais as informações são ainda mais raras; c) complexidade da identificação do real proprietário dos bens, devido ao uso frequente de “laranjas” ou empresas “de fachada” (por vezes situadas em paraísos fiscais); d) não elucidação da ligação probatória entre bens a serem apreendidos e crimes indiciados, mormente pelo uso de terceiros e/ou dos regimes *off-shore*; e) carência de meios especializados para realizar investigações financeiras nos prazos de duração do inquérito; f) morosidade da cooperação internacional; g) proteção acentuada do segredo profissional; h) dúvidas operacionais e quanto à legalidade das apreensões de bens feitas durante o inquérito, previamente ao ajuizamento do procedimento visando ao confisco; e i) limitações aos poderes de investigação, como no caso do *Ministerio Fiscal* (que depende de decisão do juiz de instrução para buscas, apreensões e confisco) ou da Polícia Judiciária (que não tem acesso direto a informações financeiras), ambos em Espanha.

A fase da acusação não é menos fértil em complicações, reveladas desde o que toca ao patrimônio (identificação vinculada ao investigado; determinação do que é lícito e do que pode vir a ser declarado perdido ou liquidado; localização dos bens; forma de recolha – apreensão ou arresto), passando pelo investigado (que não tem dever de colaboração ou informação) e chegando aos terceiros (com o esclarecimento de como e quando há ou não boa-fé). Não bastasse, são comuns as controvérsias quanto à constitucionalidade dos novos instrumentos de recuperação de ativos (como a perda alargada), num ambiente em que não há formação qualificada dos atores jurídicos (sobretudo dos magistrados).

O Projecto Fenix não teve melhor panorama vindo da fase do julgamento. A começar pela indefinição teórica quanto à natureza jurídica dos instrumentos de perda ou a permanência do trato da recuperação de ativos num segundo plano, avançando à constatação de que as raras decisões de perda, em regra, restringem-se (quando muito) aos bens constantes da acusação ou da pronúncia, limitando o alcance ao produto ou às vantagens diretas do crime sentenciado – e deixando de fora os bens de ou na posse de terceiros. No entremedio, foram listadas como dificuldades as elevadas exigências probatórias para estabelecer a ligação entre bens e ilícitos típicos, preferindo-se um *standard*

civilístico de apreciação da prova – já que, predominantemente, adotam-se as regras e os princípios do direito processual penal.

Houve, ainda, a apuração de contratempos relativos às cooperações interna¹⁰² e internacional¹⁰³, à conservação e ao destino dos bens apreendidos¹⁰⁴ e à fase da execução¹⁰⁵.

E, no que mais interessa a este trabalho, restaram identificadas, como dificuldades atinentes à perda alargada, a) a persistência, em alguns Estados, da exigência de demonstração do nexo causal entre o(s) crime(s) e os bens apreendidos (passíveis de decisão de perda); b) a pouca utilização de meios de prova indireta ou indiciária; c) a complexidade em elucidar o rendimento ilícito; d) a hesitação acerca da constitucionalidade do instrumento; e) a proteção dos direitos de terceiros de boa-fé; e f) a ausência de um sistema que a admita independentemente de uma condenação.

Mesmo que se atenha apenas às complicações vinculadas à perda alargada (que, em alguma medida, refletem o que ocorre no sistema português), observa-se que a tarefa de superá-las não se afigura menos complexa, mormente pretendendo o Projeto Fenix a obtenção de um sistema de recuperação de ativos minimamente padronizado e convergente no maior número possível de Estados da União Europeia.

102 Por exemplo, as frequentes invocações de sigilos; a distinta natureza das autoridades envolvidas para identificação, apreensão e guarda dos bens; a excessiva repartição de competências; a morosidade da comunicação; a burocracia e a falta de soluções que atendam ao valor e à utilidade social dos bens apreendidos.

103 Diferenças entre culturas, ordenamentos jurídicos, sistemas e legislação; morosidade e formalidade dos procedimentos; carência de formação especializada em línguas estrangeiras (e custos de tradução) e de interlocutores especializados; empecilhos aos pedidos de cooperação não baseados em decisões de condenação (*non conviction based confiscation*) nos Estados que não admitem essa solução; diferentes velocidades no que toca ao uso dos novos instrumentos; e pouca formação dos magistrados, com a preferência pela utilização de instrumentos mais antigos.

104 Englobando deterioração e desvalorização dos bens devido à morosidade; condições deficientes de guarda e armazenamento; custos de guarda e conservação (sem retorno com a venda); pouca eficácia e fracos resultados nas vendas de bens declarados perdidos; diminuta utilização de bens apreendidos antes da decisão judicial final sobre o seu destino; e pouca definição dos regimes legais relativos à conservação e destino dos bens apreendidos.

105 Em suma, quanto a tornar efetiva a decisão nos sistemas que prevêem a perda em valor (e não de bens) ou que permitem a investigação autônoma após o procedimento penal, sobretudo quando: a) não se tenham adotado meios cautelares ou de garantia; b) o patrimônio que responda pela decisão esteja inacessível porque em poder de terceiro de boa-fé; c) a jurisdição não reconhece a decisão de perda ou não tem condições de cooperação na fase executiva.

2.3. Um objetivo: aumento de volume e valor econômico das decisões de perda mediante a utilização do regime legal da perda alargada

O objeto do Projecto Fenix é audacioso: inverter aquela tendência de os Estados concentrarem a reação penal na sanção ao condenado, enaltecedo e intensificando a perda de instrumentos, produtos e – principalmente – vantagens da criminalidade organizada com fim de lucro. Assim, não poderia ficar de fora o objetivo de aumentar o volume e o valor econômico das decisões de perda, em especial por intermédio do regime legal da perda alargada.

Com esse rumo, é cogitada a autonomização dos procedimentos de confisco de bens do processo penal, propiciando que a investigação financeira continue após a definição da ação criminal. Tem-se exemplo desse tipo de processo autônomo na Holanda (*asset recovery proceeding*), onde o tribunal avalia o montante angariado pelo réu em face das suas atividades criminosas e determina um valor a ser pago por ele ao Estado, tudo em procedimento com prazo máximo de dois anos após o fim da ação penal na primeira instância. O procedimento comporta vasto leque de meios de provas como interceptação de comunicações, vigilâncias, inquirições, buscas, recolhas e análises de informação.

Também na mesma trilha, o Projecto Fenix coteja que a perda de bens de origem suspeita possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo civil instaurado independentemente de sentença penal.

Essas e outras ideias conformaram recomendações, inclusive específicas para a perda alargada.

2.4. Recomendações concernentes ao instrumento da perda alargada

O Projecto Fenix compilou em um manual as boas práticas no que toca à recuperação de ativos, metodicamente separadas em gerais e objetivas, e detalhadas em todas as fases da persecução penal¹⁰⁶. Para exemplificar, considerou-se boa prática “realizar uma investigação financeira eficaz e atempada”, mediante a criação de órgãos ou gabinetes especializados – o que espelha legislação já concretizada em Portugal¹⁰⁷.

Como “alargar a perda alargada” é um dos principais alvos do Projecto Fenix, o manual gerado contemplou desde a otimização do aspecto operacional até

106 Fenix, 2011: 9-24.

107 Onde foram criados Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens com o advento da Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, em cumprimento da Decisão n.º 2007/845/JAI, do Conselho, de 6 de dezembro.

inovações contundentes de incremento do mecanismo jurídico. Com essas características, podem ser listadas a ampliação do uso de presunções quanto à origem do patrimônio tido por suspeito (item 1.1.5.2); a meta de recolocar o agente do crime na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico (item 1.1.5.3); a já referida autonomização dos procedimentos de confisco do processo-crime, com a atribuição da natureza patrimonial (exclusiva) à perda de bens (item 1.1.5.4); e o aumento da margem de liberdade no cálculo e na estimativa do patrimônio ou do valor a ser perdido (item 1.1.5.5)¹⁰⁸.

A detecção das dificuldades e a elaboração do Manual de Boas Práticas propiciaram ao Projecto Fenix a construção de rol de recomendações aos Estados¹⁰⁹, igualmente abrangendo todas as fases da persecução penal e atendo-se à meta de recuperação de ativos.

Concernente à perda alargada, foram explicitadas as recomendações de: a) autonomizar o processo de confisco de bens, com regras que possibilitem que a investigação financeira se prolongue após o fim do processo penal ou inicie-se dentro de determinado prazo depois de seu encerramento (item 8); b) adotar legislação que permita que a perda de bens possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal (item 9); c) atribuir natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda de bens a favor do Estado (item 10); d) criar mecanismos que obstem ou desincentivem a utilização de terceiros para ocultar bens provenientes de atividades criminosas, e adotar medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado (item 11); e e) admitir a possibilidade de terceiros (pessoas singulares ou coletivas), em certas condições, serem responsáveis pelo pagamento do valor confiscado ou declarado perdido a favor do Estado (item 16).

Como todas essas boas práticas e recomendações dizem respeito à perda alargada, notadamente com a finalidade de ampliá-la ou robustecê-la, é pertinente o exame detido de cada uma delas, enfatizando sua compatibilidade com o sistema penal português.

108 Fenix, 2011: 11.

109 Fenix, 2011: 24-26.

3. BOAS PRÁTICAS E RECOMENDAÇÕES DO PROJECTO FENIX QUANTO À INTENSIFICAÇÃO DA PERDA ALARGADA E SUA COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA PENAL PORTUGUÊS

3.1. Notas preliminares

Como adrede exposto, a perda alargada, embora faça parte da legislação portuguesa desde janeiro de 2002, ainda é questionada na sua adequação aos princípios e garantias processuais penais. A despeito disso, observa-se que o legislador português parece estar atento à ampliação dos mecanismos de recuperação de ativos. Basta apontar que, com a Lei n.º 5/2002¹¹⁰, para além da perda alargada, advieram previsões específicas sobre quebra de segredo, mais flexíveis (artigo 2.º), procedimento relativo a instituições de crédito e afins, com ênfase no dever de informação célere (artigo 3.º), e possibilidade de controle de contas bancárias (artigo 4.º), ao passo que a recente Lei n.º 45/2011, de 24 de junho, criou os Gabinetes de Recuperação de Activos e de Administração de Bens. Ou seja, providências consonantes com as metas do Projecto Fenix.

Porém, para os integrantes do Projecto Fenix, os instrumentos em vigência não são suficientes para que a criminalidade organizada “não compense”. Daí, por intermédio do Manual de Boas Práticas e das recomendações, a pretensão de tornar a perda alargada um tanto mais robusta, com a adoção dos meios a seguir analisados.

3.2. Uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens/patrimônio do condenado

Pode-se dizer que essa¹¹¹ é uma boa prática já adotada pela Lei n.º 5/2002, uma vez que o artigo 7.º n.º 1, define “presume-se constituir vantagem de actividade criminosa a diferença entre o valor do património do arguido e aquele que seja congruente com seu rendimento lícito”, enquanto o sequente n.º 2 delimita o que se entende por patrimônio e fixa o alcance retroativo da decisão de perda há cinco anos da constituição de arguido. Por fim, o n.º 3 reza que sempre

¹¹⁰ Originada da Proposta de Lei n.º 94/VIII, in DAR, 1.ª Série, de 20/09/2001, cuja exposição de motivos consta que “a eficácia dos mecanismos repressivos será insuficiente se, havendo uma condenação criminal por um destes crimes, o condenado puder, ainda assim, conservar, no todo ou em parte, os proveitos acumulados no decurso de uma carreira criminosa”.

¹¹¹ Fenix, 2011: 11.

serão considerados vantagem de atividade criminosa os juros, lucros e outros benefícios obtidos com bens nas condições do artigo 111.º do CP.

Assim, o sistema português indubitavelmente contempla o uso de presunção sobre a origem do patrimônio suspeito, sendo suficiente, para a perda alargada, a responsabilização criminal por ilícito típico do catálogo (artigo 1.º da Lei n.º 5/2002) e a existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado, salvo as hipóteses do artigo 9.º, que ilidem a presunção.

Pondera-se não haver espaço para o aumento da força dessa presunção, sendo imprescindível a manutenção de meios amplos que propiciem seja ilidida, bem assim de um marco temporal limitador de sua incidência¹¹². Conjecturar uma presunção não ilidível ou com restritas hipóteses de objeção, e sem fixação de prazo de incidência sobre o patrimônio do condenado, traria o risco da resurreição dos abusos que acompanharam o confisco nos séculos passados, algo intolerável num Estado de Direito Democrático.

Se em algum lugar há margem para o aumento da presunção no sistema português, pensa-se é no catálogo de crimes em que a perda alargada é autorizada. O legislador deixou de fora do catálogo crimes como tráfico de pessoas, jogo ilícito e outros contra o patrimônio (como furto, roubo, receptação, burla qualificada e extorsão, por exemplo), que deveriam estar ao alcance do instrumento do artigo 7.º da Lei n.º 5/2002. Veja-se que não cabe o argumento de que a Lei n.º 5/2002 destina-se apenas à criminalidade organizada, pois bastaria ressalvar – a tantos outros crimes que resultam vantagens econômicas de vulto – o que já está previsto no n.º 2 do artigo 1.º.

Noutro aspecto, mas ainda no campo da presunção (agora não ligada à origem do patrimônio suspeito), entende-se deve ser sedimentado – nomeadamente nos tribunais – que a perda alargada não exige a prova do anterior envolvimento do agente com ilícitos típicos similares ao crime (do catálogo) pelo qual foi condenado. Em suma, tal situação não é reclamada pela lei e pode ser presumida da existência dos dois outros requisitos – “condenação por crime do catálogo” e “patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos” – explicitamente previstos.

112 Que, em Portugal, parece não ser fruto do acaso, e sim da relação com o prazo prescricional de cinco anos do artigo 118.º, n.º 1, letra c), do CP.

3.3. Recolocação do agente na sua posição patrimonial anterior ao ilícito típico e admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar

Também como boa prática, entabulou o Projecto Fenix que, na fixação dos critérios para a determinação do patrimônio ilícito, “os sistemas jurídicos devem nortear-se pelo princípio segundo o qual a pessoa sob investigação deve ser colocada na situação patrimonial em que se encontrava antes da prática do crime”¹¹³. Com esse escopo, foi acrescentada a admissão de margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar¹¹⁴.

Não se percebe óbice legal ou constitucional àquela meta. Longe disso, o Estado que logra restabelecer a posição patrimonial do condenado para situação idêntica a que tinha antes do ilícito típico (obviamente, de resultado econômico-financeiro) está demonstrando que “o crime não compensa”. Contudo, se, na meta, não há problemas, podem eles surgir nos meios utilizados para alcançá-la, aí incluindo a margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar.

Um potencial problema atém-se ao aspecto operacional da mensuração do patrimônio ilícito, o qual se infere da presunção do artigo 7.º, n.º 1.º, da Lei n.º 5/2002, que decorre, grosso modo, da relação aritmética “valor do patrimônio do arguido” menos “patrimônio congruente com rendimento lícito”. Ocorre que, para apurar¹¹⁵ e realizar essa diferença, o Estado não poderá prescindir de uma investigação financeira especializada e ágil (que respeite fielmente o processo legal de obtenção de meios de prova), e de estruturas de administração e destinação dos bens apreendidos. A despeito de a legislação portuguesa fornecer esses aparelhos (vide, por exemplo, artigos 2.º a 6.º da Lei n.º 5/2002, e Lei n.º 45/2011), sabe-se que, na prática, muito dificilmente se elucida a totalidade do patrimônio angariado ilicitamente, bem assim que não é tarefa fácil administrar e destinar o que foi apreendido.

Aliás, sobre este último tópico, interessa inclusive analisar os custos da manutenção de gabinetes como de recuperação de ativos e de administração de bens. Mesmo que o foco da recuperação de ativos alinhe-se com o aforismo

113 Fenix, 2011: 11.

114 Fenix, 2011: 11.

115 Insiste-se no entendimento de que incumbe ao Ministério Público apurar a totalidade do patrimônio do arguido e ao menos provar que investigou exaustivamente a existência de rendimentos lícitos, demonstrando, na liquidação, como chegou ao cálculo e ao resultado indicador do que, presumivelmente, é vantagem da atividade criminosa.

de que o crime não compensa, soa como um *nonsense* dispender grandes somas de dinheiro público para manter estruturas que recuperam vantagens da atividade criminosa de vulto sensivelmente inferior. Obviamente que, num curto prazo, a relação deficitária ao Estado afigura-se provável, até porque o esperado aumento das decisões de perda depende de vários fatores; contudo, com o passar dos anos, estruturas especializadas como os gabinetes deverão necessariamente gerar “retorno” ao Estado, pena de colocarem em xeque o fundamento (ao menos o econômico) de suas existências.

Já quanto à admissão da margem de liberdade no cálculo/estimativa do valor a confiscar, pondera-se que, sem o amparo de uma investigação financeira adequada, é utópica ou, mesmo, brecha para arbitrariedades. Utópica porque de nada adianta facultar à acusação maior margem de liberdade ao estimar a presumida vantagem da atividade criminosa, ao arrepiro do que é apurado pela investigação financeira, que, em regra¹¹⁶, será o nascedouro da liquidação (artigo 8.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002). Além de pouco ou nada resultarem em termos de consequência útil na recuperação de patrimônio ou bens de origem ilícita, cálculos ou estimativas exacerbadas podem propiciar arbitrariedades, consubstanciadas na apropriação de patrimônio do condenado obtido com rendimentos lícitos (recordando que toca a ele ilidir a presunção do artigo 7.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002). Então, é preciso cautela com essa boa prática: uma investigação financeira ampla e qualificada deve, como regra geral, nortear o cálculo/estimativa do valor a confiscar.

Outra questão suscitada neste tema atrela-se à cogitação da execução universal do patrimônio do condenado¹¹⁷, permitindo-se o arresto mesmo do que seja de proveniência lícita “para responder pela verba declarada perdida ou confiscada”¹¹⁸, desde que isso seja necessário para enfatizar que “o crime não compensa”¹¹⁹. Para exemplificar, imagine-se que uma investigação financeira apura que determinado arguido tem patrimônio de vulto e nenhum rendimento lícito, ou que obteve vantagem da atividade criminosa, já transferida, e que detém patrimônio fruto de rendimento lícito inferior a essa vantagem:

116 Salvo a hipótese do artigo 8.º, n.º 3, da Lei n.º 5/2002.

117 Fenix, 2011: 26.

118 Fenix, 2011: 24.

119 Aliás, é nesse sentido o artigo 10.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 5/2002.

é possível liquidar a totalidade do patrimônio do condenado? Estar-se-à ressuscitando, num Estado de Direito, a figura do confisco geral de bens¹²⁰?

Apesar de a hipótese trazer à lembrança aquele instrumento pretérito¹²¹, não se verifica empecilho à sua utilização nos casos em que a totalidade do patrimônio do condenado é – de fato ou presumivelmente – vantagem da atividade criminosa, mesmo que excepcionalmente atinja patrimônio de origem lícita (no caso de a vantagem ter sido transferida). Na verdade, situação assim apenas se assemelha ao confisco geral do passado remoto no que toca ao resultado (execução universal do patrimônio), sendo, em tudo o mais, diferente. Uma vez provado que todo o patrimônio do condenado é vantagem ilícita, ou que ele a obteve e a transferiu (em valor igual ou superior a seu patrimônio lícito detetado), nada impede que tudo seja declarado perdido.

Frise-se não haver espaço ao cotejo da aplicação do artigo 112.º, n.º 2.º, do CP¹²², à perda alargada, porque esta visa a descapitalizar a criminalidade organizada, de perigosidade muito superior à “tradicional”, bem assim porque não há previsão legal e pela diferença em relação ao regime da perda de vantagens do artigo 111.º do CP¹²³.

3.4. Autonomização dos procedimentos de perda de bens do processo-crime

Talvez a recomendação mais complexa direcionada à perda alargada pelo Projeto Fenix, a autonomização dos procedimentos dessa modalidade de recuperação de ativos do processo-crime pode ser lida como uma meta genérica, da qual emanam específicas, como: a) a definição de “regras que permitam que a investigação financeira se prolongue para além do encerramento do processo-crime ou se inicie dentro de determinado prazo após o seu encerramento”¹²⁴; b) a adoção de legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de

120 Que está previsto na França para determinados crimes, como contra a humanidade (artigos 213-1 e 213-3 do Código Penal francês) e tráfico de pessoas (artigo 225-25, idem).

121 Jorge Godinho alega que a perda alargada reintroduz o confisco geral no ordenamento legal (Godinho, 2003: 1355-1357).

122 Redução equitativa do valor do confisco das vantagens do crime, norma de caráter excepcional, vincada à hipótese do artigo 111.º, n.º 4, do CP.

123 Nesse sentido, Damião da Cunha, 2009: 139; com entendimento contrário, Godinho, 2003: 1348.

124 Fenix, 2011: 25.

prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal”¹²⁵; e c) a atribuição de “natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial à perda/confisco de bens a favor do Estado”¹²⁶.

Percebe-se que o cerne da discussão vincula-se com a natureza jurídica da perda alargada, ambiente longe de estar pacificado. É que, exigindo a perda alargada uma responsabilização criminal, além da existência de um patrimônio incongruente com os rendimentos lícitos do condenado, soa até instintivo atribuir-lhe natureza jurídica penal. Não é à toa que, como visto, respeitados doutrinadores concebem-na como “pena”, “efeito da pena”, “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal”, “reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança” ou “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”¹²⁷.

Pois, para que se cogite o acatamento das recomendações do Projecto Fenix (que, em Portugal, obviamente ensejariam alteração legislativa), deve-se ter a natureza jurídica da perda alargada como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”.

O trato como “pena”, “efeito da pena”, “reacção penal de natureza substantiva, análoga a uma medida de segurança” ou “sanção administrativa prejudicada por uma anterior condenação penal” não impede, peremptoriamente, a autonomização do procedimento de perda alargada do processo-crime (aí incluindo a via incidental), tampouco que a investigação financeira se prolongue ou inicie depois. Pondera-se não haver óbice, com essas concepções, a que no processo penal a acusação formule pedidos de condenação e de perda alargada, ao passo que em procedimento autônomo seja apurado o *quantum* do confisco. Nesse modelo, na decisão da ação penal tem-se a responsabilização criminal do agente e a declaração de perda alargada, cujo alcance é determinado em procedimento autônomo, sem prejuízo, inclusive, de que a investigação financeira se prolongue para após o encerramento do processo penal ou até mesmo seja iniciada depois.

No entanto, sendo a perda alargada “pena”, “efeito da pena”, “reacção penal” ou “sanção administrativa”, forçosamente há empecilho a que se adote “*standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal”, ou se atribua “natureza exclusiva e

125 Fenix, 2011: 25.

126 Fenix, 2011: 25.

127 Vide notas 66 a 69.

inequivocamente patrimonial à perda/confisco de bens a favor do Estado". Se a perda alargada tiver natureza jurídica de reação penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que sua declaração divorcie-se do processo penal, de suas regras e garantias, pena de violação de uma série de princípios constitucionais. Por conseguinte, em se optando por qualquer uma dessas quatro concepções de natureza jurídica, parece não haver dúvida de que figura como melhor sistema o já adotado em Portugal, onde a perda alargada é analisada e decidida no processo penal (artigos 7.º a 9.º da Lei n.º 5/2002).

Diversamente, concebendo-se a natureza jurídica da perda alargada como "medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal", sem ostentar conteúdo de reação penal ou sanção, não haverá obstáculo ao acatamento das recomendações do Projeto Fenix no sentido da "adoção de legislação que permita que a perda ou confisco de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal", embora mantido o requisito da condenação em processo penal. Nesse molde (a demandar radical alteração legislativa, no caso de Portugal), a condenação do arguido serve de base à instauração de procedimento outro, autônomo, não penal e com regras probatórias do direito civil¹²⁸, em que a perda alargada é analisada, mensurada e decidida como uma medida de natureza materialmente administrativa¹²⁹, na linha do poder-dever de o Estado regrar o direito à propriedade privada, que reclama origem lícita.

Uma última remanescência, porém, é de difícil superação, ao menos no que respeita à perda alargada. O Projecto Fenix recomenda que, para além do já visto (permitir que a perda de bens seja decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal), aludido procedimento possa ser instaurado independentemente de sentença penal¹³⁰. Com tais contornos, tem-se choque frontal com requisito essencial da perda alargada (condenação

128 O que, não necessariamente, diminui o ônus probatório do Estado ou fragiliza a posição processual do arguido.

129 Aliás, em muito similar a um procedimento *in rem*.

130 Veja-se que é nesse sentido que dispõe a Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de março de 2012, em seu artigo 5.º (confisco não baseado numa condenação): "Os Estados-Membros devem tomar as medidas necessárias para permitir o confisco dos instrumentos e produtos do crime na falta de uma condenação penal, na sequência de um processo que, caso o suspeito ou arguido tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação penal, quando: (a) o falecimento ou a doença crónica do suspeito ou arguido impeça o prosseguimento da ação judicial; ou (b) a doença do suspeito ou arguido ou o facto de este se ter subtraído à ação penal ou à pena impeça o exercício efetivo da ação penal num prazo razoável, representando um risco grave de prescrição". Disponível <http://eur-lex.europa.eu>.

por crime previsto em catálogo, como no sistema português), restando, pois, como alternativa, a inserção no ordenamento legal de uma espécie de procedimento *in rem*¹³¹.

Então, ao que parece, as recomendações do Projecto Fenix concernentes à permissão de que “a perda de bens possa ser decretada, segundo o *standard* civilístico de prova, em processo de natureza não penal, instaurado independentemente de sentença penal, com natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial”, têm como destino a previsão legislativa de procedimento *in rem*, em paralelo à existência da perda alargada (como ocorre, por exemplo, no Reino Unido).

Nessa hipotética conformação, mais agressiva quanto aos instrumentos de recuperação de ativos, a perda alargada teria lugar nos casos de condenação por determinados crimes de catálogo (adstritos à criminalidade organizada com fim de lucro) em que apurado patrimônio do condenado incongruente com seus rendimentos lícitos, num sistema legal como o disposto na Lei n.º 5/2002 (no processo penal), ou como os previstos na Holanda e no Reino Unido (*criminal confiscation*), isto é, em procedimentos autônomos. A perda alargada, mesmo que com natureza jurídica “não penal” (medida de natureza materialmente administrativa), seguiria aplicada por ocasião de um processo penal ou nele teria nascedouro.

Já nas situações em que não houvesse condenação penal (ou, mesmo, instauração de ação penal), mas existido investigação financeira conclusiva de patrimônio suspeito de origem ilícita, aí sim teria espaço procedimento de recuperação de ativos totalmente autonomizado do processo penal, com o *standard* civilístico de prova e natureza exclusiva e inequivocamente patrimonial – por excelência, uma ação *in rem* como a *civil forfeiture* ou a *civil recovery*.

Esse último tipo de procedimento, por desprezar a pessoa que possui ou detém o bem ou patrimônio com suspeita de origem ilícita, tende a mostrar-se particularmente profícuo na recuperação de ativos detidos por terceiros (que não se enquadrem, por exemplo, na situação do artigo 7.º, n.º 2, letra b, da Lei n.º 5/2002), mantendo-se a proteção da boa-fé.

131 Poder-se-ia suscitar, como alternativa, a criação de nova e anômala perda alargada, nos moldes entabulados pela Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, de 12 de março de 2012 (vide nota 127, retro). Porém, em Portugal, uma inovação dessas, que prescindiria de requisito essencial ao procedimento da Lei n.º 5/2002 (condenação criminal), poderia ser chamada de todos os nomes, menos de perda alargada.

A existência dos dois instrumentos de recuperação de ativos (à semelhança do que ocorre no Reino Unido) parece ser mais consonante com a CRP do que a proposta do artigo 5.º da Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho sobre o Congelamento e o Confisco do Produto do Crime na União Europeia, que, explicitamente, utiliza a conjectura de uma condenação (“caso o suspeito ou arguido tivesse sido sujeito a julgamento, poderia ter conduzido a uma condenação penal”) como suporte ao confisco de bens.

3.5. Criação de medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado

Em verdade, essa recomendação almeja a criação de mecanismos que obstem ou desincentivem “a utilização de terceiros, nomeadamente pessoas colectivas, para ocultar o produto proveniente de actividades criminosas e adoptem medidas que garantam a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado”¹³². Outrossim, há a sugestão de “admitir a possibilidade de terceiros (pessoas singulares ou colectivas), em certas condições, serem responsáveis pelo pagamento do valor confiscado ou declarado perdido a favor do Estado”¹³³.

A meta de desincentivar a que terceiros, sobremodo pessoas coletivas, prestem-se a ocultar vantagens originadas da atividade criminosa, além de genérica demais, tende a desbordar das funções dos direitos penal e processual penal. Aliás, vê-se que, em determinados momentos, o Projecto Fenix cogitou “vôos altos demais”¹³⁴.

Certamente, o maior desincentivo desse jaez reside na concretização da máxima de que o crime não compensa, seja mediante a utilização de meios eficazes de recuperação de ativos, seja pelo alcance da responsabilidade¹³⁵ penal não apenas aos agentes diretos da criminalidade organizada, mas, ainda, aos seus cúmplices. E, aqui, a própria legislação portuguesa vigente (Lei n.º 5/2002) traça um caminho quanto a terceiros (artigo 7.º, n.º 2, letra b), que, mesmo restrito, pode propiciar a que outros que não o condenado (terceiros, pessoas singulares ou coletivas) sejam responsabilizados pelo pagamento do valor

132 Fenix, 2011: 25.

133 Fenix, 2011: 26.

134 Para exemplificar, chegou-se a recomendar “esforços ao nível internacional, no sentido de avaliar a subsistência da existência de paraísos fiscais (*off shores*)” – item 7, p. 25.

135 Para além do que prevê o artigo 7.º, n.º 2, b), da Lei n.º 5/2002.

declarado perdido. Pensa-se que, para ampliar essa via, deveria o legislador português insculpir no ordenamento ação ou procedimento *in rem*, conforme acima enfatizado.

Parece ser por aí, também, o caminho para “garantir a eficácia da decisão em relação a terceiros não demandados relacionados com o condenado”.

CONCLUSÃO

A concretização do aforisma “o crime não compensa” em relação à criminalidade organizada com fim de lucro exige que os Estados (de Direito Democrático), por seus sistemas legais e judiciais, estendam o foco para além da mera responsabilização criminal do agente, sendo essencial o manejo de instrumentos eficazes de recuperação de ativos. Tudo indica que essa é uma tendência irreversível em nível mundial. Contudo, não basta apenas a previsão legal de ferramentas de recuperação de ativos: é premente o despertar para que elas sejam aplicadas no “direito vivo”.

A perda alargada é um dos mais importantes instrumentos modernos de recuperação de ativos – que não podem ser confundidos com o confisco que, em período passado, foi deformado em suas finalidades para gerar abusos e injustiças. Hoje, os sistemas legais dos Estados contemplam vastas garantias – até constitucionais – aos acusados por crimes e, mesmo, àqueles que são demandados em face de bens ou patrimônio em jurisdições não-penais.

Meios clássicos como a “perda de instrumentos ou produtos do crime” e a “perda de vantagens do crime”, bem assim a criminalização do branqueamento de capitais, são insuficientes para a recuperação de ativos da criminalidade organizada com fim de lucro. Por conseguinte, os Estados devem cotejar a adoção de instrumentos como a criminalização do enriquecimento ilícito e, preferencialmente, os procedimentos *in rem* (de natureza extrapenal) e as modalidades de perda alargada – como a prevista em Portugal no artigo 7.º da Lei n.º 5/2002.

Especificamente sobre essa ferramenta, considera-se que a perda alargada do sistema português tem natureza jurídica de “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”, sendo seus únicos requisitos a condenação com trânsito em julgado por crime do catálogo (artigo 1.º, n.º 1, da Lei n.º 5/2002) e a existência de um patrimônio incompatível com os rendimentos lícitos do condenado – restando daí a presunção da ilicitude de sua origem, adstrita a lapso temporal. O instrumento positivado em Portugal enseja carga probatória ao arguido no que toca à ilisão da

presunção, mas não inverte o ônus da prova em processo penal atinente ao ilícito típico ou à formação da culpa, tampouco viola os princípios da culpa, da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, de modo que não ostenta traço de constitucionalidade.

Embora exista a indicação – em diplomas internacionais – de autonomizar os mecanismos de recuperação de ativos, inclusive em searas não penais (civil ou administrativa), pensa-se que a permanência da perda alargada atrelada ao processo penal (como no sistema legal português) não a torna menos útil ou eficiente. No entanto, sua tramitação em incidente paralelo e concomitante ao processo penal (e não no próprio, como prevê a Lei n.º 5/2002) pode evitar percalços e até permitir resultados melhores na meta de recuperação de ativos.

Tratando dessa meta, o Projecto Fenix, a despeito de suas recomendações não possuírem força vinculativa aos Estados, deve ser examinado com atenção, pois em grande parte espelha objetivos de combate à criminalidade organizada, discutidos e fomentados em instâncias internacionais e comunitárias.

Vê-se que algumas das boas práticas e recomendações do Projeto Fenix já estão sedimentadas na legislação portuguesa, como nas Leis n.º 5/2002 e n.º 45/2011. Uma boa prática vigente atém-se ao uso de presunções para a qualificação da origem criminosa dos bens ou patrimônio do condenado, inserida no artigo 7.º n.º 1, da Lei n.º 5/2002.

Quanto ao aumento da utilização de presunções, defendido pelo Projeto Fenix, pondera-se viável apenas na ampliação do catálogo de crimes em que a perda alargada é autorizada (mediante alteração legislativa), bem como para consolidar o entendimento de que o instrumento legal não exige, como requisito, a prova do anterior envolvimento do agente com ilícitos típicos similares ao crime pelo qual foi condenado.

Outra boa prática, da recolocação do agente na sua situação patrimonial anterior ao crime, merece especial relevo, pois vai totalmente ao encontro do aforisma “o crime não compensa”. Porém, os meios utilizados para tanto reclamam cautela, sobremodo em relação à mensuração do patrimônio presumivelmente ilícito. Não se pode prescindir de uma investigação financeira especializada, ágil e conforme com o processo legal de obtenção de prova. Outrossim, a estrutura dos gabinetes de recuperação e administração de ativos deve ser economicamente rentável ao Estado, o que demanda planejamento e eficiência.

Já a admissão da margem de liberdade no cálculo ou estimativa do valor a confiscar (outra pretensão do Projecto Fenix) tende a ser fictícia e, mesmo,

potencial geradora de arbitrariedades. Por outro lado, não se vê óbice à execução universal do patrimônio do condenado (permitindo-se o arresto mesmo do que seja de proveniência lícita para responder pela verba declarada perdida), nem à liquidação da totalidade do patrimônio, desde que – de fato ou presumivelmente – constituído de vantagem da atividade criminosa.

A recomendação de autonomização do procedimento de perda alargada do processo-crime vincula-se com a natureza jurídica do instrumento, devendo ser definida como “medida de natureza materialmente administrativa aplicada por ocasião de um processo penal”. Assim, não haverá empecilho à autonomização de seu procedimento ou a que a investigação financeira se prolongue ou inicie depois do processo penal, tampouco à adoção de legislação que permita que a perda possa ser decretada segundo o *standard* civilístico de prova, em processo não penal, embora mantido o requisito da condenação criminal. Se adotada essa hipótese, a condenação deve dar ensejo à instauração de procedimento outro, autônomo, não penal e com regras probatórias do direito civil, especificamente para o trato da perda alargada. Mas, se for atribuída à perda alargada a natureza jurídica de reação penal (ou sanção outra, mas dela decorrente), será inconcebível que sua declaração divorcie-se do processo penal.

Noutro tanto, a recomendação de que aludido procedimento (para além de autônomo e civilístico) seja instaurado independentemente de sentença penal condenatória é incompatível com a perda alargada, qualquer que seja sua natureza jurídica. Essa recomendação soa ter como destino a previsão legislativa de uma ação *in rem*, em paralelo à perda alargada.

Nesse hipotético contexto, previstas legalmente a ação *in rem* e a perda alargada, esta teria lugar nas hipóteses da Lei n.º 5/2002, sendo aplicada no processo penal resultante em condenação por crime do catálogo. Já nos casos em que a investigação financeira concluísse pela existência de patrimônio suspeito de origem ilícita, mas sem lastro para instauração de ação penal ou condenação, teria espaço a ação *in rem*, autonomizada do processo penal, com *standard* civilístico de prova e natureza exclusiva patrimonial – procedimento mais profícuo sobretudo na recuperação de ativos detidos por terceiros.

Em similar, pensa-se que a recomendação da criação de medidas que garantam a eficácia da decisão a terceiros não demandados relacionados com o condenado, inclusive com a admissão da possibilidade de serem responsáveis pelo pagamento do valor declarado perdido, para além do que já está previsto na Lei n.º 5/2002 (artigo 7.º, n.º 2, letra *b*), passa pela inserção, na legislação portuguesa, de um procedimento *in rem*.

Conclui-se, enfim, que as recomendações do Projecto Fenix merecem consideração, respeitadas as Constituições de cada Estado (como Portugal). Potencialmente, as recomendações otimizam a que criminalidade organizada com fim de lucro não compense.

O Projecto Fenix é, sem dúvida, um remédio forte. Mas para uma doença extremamente grave.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Cândido Mendes

- 1985 *Auxiliar Jurídico: Apêndice às Ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

BALSAMO, Antonio

- 2010 “Le misure di prevenzione patrimonial, gli orientamenti della corte europea dei diritti dell'uomo e gli strumenti della collaborazione giudiziaria internazionale”, in Balsamo, Antonio; Contrafatto, Vania; Nicastro, Guglielmo. *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*. Milano: Giuffrè Editore, pp. 270-301.

BRAVO, Jorge dos Reis

- 2006 “Criminalidade Contemporânea e Discurso de Legalidade”, in *Polícia e Justiça*, Coimbra, n.º 8, pp. 73 e ss.

CAEIRO, Pedro

- 2011 “Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reditícia (em especial, os procedimentos de confisco in rem e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’)\”, in *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Coimbra, ano 21, n.º 2, pp. 267-321.

CORREA, Teresa Agudo

- 2003 “La regulación del comiso en el Proyecto de Modificación del Código Penal”, in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 05-04. Disponível em <http://criminet.gr.es/recpc/05/recpc05-04.pdf>. Acessado em 20 de junho de 2013.

CORREIA, João Conde

- 2012 *Da proibição de confisco à perda alargada*. Lisboa: Imprensa Nacional Casa da Moeda.

DAMIÃO DA CUNHA, João Manoel

- 1999 *Da perda de objectos relacionados com o crime*. Apontamentos policopiados para a disciplina de Direito Penal II. Porto: Universidade Católica Portuguesa.

- 2009 “Perda de bens a favor do Estado. Arts. 7.º -12.º da Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro (Medidas de Combate à Criminalidade Organizada e Económico-Financeira)\”, in Rodrigues, Anabela Miranda, et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 125-156.

DUARTE, Jorge Dias

- 2002 “Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro. Breve comentário aos novos regimes de segredo profissional e de perda de bens a favor do Estado”, in *Revista do Ministério Público*, Lisboa, n. 89, pp. 141 e ss.

FARIA COSTA, José de

- 2009a “O fenómeno da globalização e o direito penal econômico”, in Rodrigues, Anabela Miranda, et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 95-111.

- 2009b “A criminalidade em um mundo globalizado: ou plaidoyer por um direito penal não securitário”, in Rodrigues, Anabela Miranda, et. al. *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 113-123.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

- 2009 *Direito penal português*. Parte geral II. As consequências jurídicas do crime. Coimbra: Coimbra Editora.

FORNARI, Luigi

- 1997 *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”. Padova: Cedam.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes

- 2003 “Brandos costumes? O confisco penal com base na inversão do ónus da prova (Lei n.º 5/2002, de 11 de janeiro, artigos 1.º e 7.º a 12.º)”, in Andrade, Manuel da Costa, et. al. *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1315-1363.

- 2001 *Do Crime de Branqueamento de Capitais*: Introdução e Tipicidade. Coimbra: Almedina.

MARQUES DA SILVA, Germano

- 2005 “Artigo 32.º”, in Miranda, Jorge & Medeiros, Rui *Constituição Portuguesa Anotada*. Tomo I. Introdução Geral, Preâmbulo, Artigos 1.º a 79.º. Coimbra: Coimbra Editora.

MAUGERI, Anna Maria

- 2001 *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*. Milão: Giuffrè.

MAURACH, Reinhart, Gössel, Karl Heinz & ZIPF, Heinz

- 1995 *Derecho Penal*. Parte General 2. Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho. Traducción de la 7. ed. alemana por Jorge Bofill Genzsch. Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

MIR PUIG, Santiago

- 2004 *Derecho Penal*. Parte General, 7. ed. Montevideo e Buenos Aires: Editorial B de F.

- MUNOZ CONDE, Francisco & GARCIA ARÁN, Mercedes
2004 *Derecho Penal*. Parte General. 6. ed. Valênciâ: Tirant lo Blanch.
- NUNES, Duarte Alberto Rodrigues
2008 *A inversão do ônus da prova no tocante ao confisco das vantagens provenientes da prática de crimes como instrumento de combate à criminalidade organizada*. Da justificação de tal inversão e da sua conformidade face à Constituição da República Portuguesa. Relatório de Direito Processual Penal. Curso de Doutoramento em Ciências Jurídicas. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa (não publicado).
- NUNZIATA, Massimo
2010 *La Confisca nel Códice Penale Italiano: Un'analisi critica per la riforma*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- PICKARD, Daniel B.
1998 “When does crime become a threat to international peace and security?”, in *Florida Journal of International Law*, USA, 12. Disponível em <https://litigation-essentials.lexisnexis.com>. Acessado em 18 de julho de 2013.
- SCALIA, Salvatore
2002 “Il contrasto al fenómeno del riciclaggio. Il sequestro e la confisca dei beni nelaa legislazione italiana e nella prassi”, in Ferre Olive, Juan Carlos et. al. *Blanqueo de Dinero e Corrupción en el sistema bancario*. Delitos Financieros, Fraude y Corrupción en Europa. Vol. II. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 215 e ss.
- SILVA DIAS, Augusto
2010 “Criminalidade organizada e combate ao lucro ilícito”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa. 2.º Congresso de Investigação Criminal. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e Instituto de Direito Penal, Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Almedina, pp. 23-47.
- SIMÕES, Euclides Dâmaso
2011 “Contra a corrupção. As leis de 2010”, in Carmo, Rui do; Leitão, Helena. *As Alterações de 2010 ao Código Penal e ao Código de Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-63.
- SOUZA MENDES, Paulo de
2010a “A orientação da investigação para a descoberta dos beneficiários económicos e o sigilo bancário”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa. 2.º Congresso de Investigação Criminal. Org. Associação Sindical dos Funcionários de Investigação Criminal da Polícia Judiciária e

- Instituto de Direito Penal, Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Almedina, pp. 201-213.
- 2010b “A prova penal e as regras da experiência”, in Andrade, Manuel da Costa; Antunes, Maria João; Sousa, Susana Aires de. *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Volume III. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 997-1011.
- 2012 “O novo crime de recebimento indevido de vantagem no Código Penal português”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo de Sousa. *Direito Penal Económico e Financeiro: Conferências do Curso Pós-Graduado de Aperfeiçoamento*. 1.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, pp. 329-340.
- SOUZA MENDES, Paulo de, REIS, Sónia & MIRANDA, António
- 2008 “A dissimulação dos pagamentos na corrupção será punível também como branqueamento de capitais?”, in Separata de *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, ano 68, II/III, pp. 795-810.
- TRINDADE, José Ferreira
- 2009 “Recuperação de activos: da perda ampliada à actio in rem (virtudes e defeitos de remédios fortes para patologias graves)”, in *Julgarg online*. Disponível em <https://sites.google.com/site/julgaronline/a-julgarg-on-line/autores>. Acessado em 5 de julho de 2013.

UM PANORAMA DA RELAÇÃO ENTRE TEORIA DO ABUSO DE DIREITO, AÇÕES NEUTRAS E LAVAGEM DE DINHEIRO¹

José Danilo Tavares Lobato

ABSTRACT: *This paper discusses whether professional actions that are neutral by nature could be the basis for committing the crime of money laundering. In order to bring a new perspective, the paper supports the abuse of rights doctrine to solve the problem of complicity through these professional actions.*

SUMÁRIO: Introdução. I. Soluções principiológicas. II. Teorias da participação criminal por meio de ações neutras. 2.1. Teorias objetivas. 2.1.1 Günther Jakobs. 2.1.2. Löwe-Krah1. 2.1.3. Winfried Hassemer. 2.1.4. Klaus Lüderssen. 2.2. Teorias subjetivas. 2.2.1. Harro Otto. 2.2.2 Schild Trappe. 2.3. Teorias mistas. 2.3.1. Knut Amelung. 2.3.2. Wolfgang Frisch. 2.3.3. Claus Roxin. 2.3.4. Jon-Mirena Landa Gorostiza. 2.4. Outras concepções teóricas. III. Ações neutras e abuso de direito. IV. Ações neutras e cumprimento de deveres jurídicos. V. Lavagem de dinheiro e ações neutras. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Para que o debate acerca da relação entre condutas neutras e lavagem de dinheiro seja recolocado nos trilhos, deve-se, primeiramente, compreender os pressupostos de base do problema. Por essa razão, o presente artigo traz de forma detalhada os fundamentos teóricos da imputação jurídica das condutas neutras, profissionais ou cotidianas. Esclareça-se que este problema é atinente ao concurso de pessoas, em especial, à participação criminal. Apesar

¹ O presente consiste na análise da problemática do crime de lavagem de dinheiro a partir da adaptação e atualização de nossa pesquisa publicada no livro *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva*, de 2009.

de esta temática ser dotada de ares de novidade², as discussões dogmáticas sobre a questão foram iniciadas pela jurisprudência e pela doutrina penais alemãs há aproximadamente três décadas. Wohlleben³ informa que o termo *ações externamente neutras*⁴ surgiu, em 23 de janeiro de 1985, em acórdão do Bundesgerichtshof – BGH⁵. Nesse acórdão, o BGH denominou de neutras as ações de cumplicidade dos empregados de uma sociedade comercial, que colaboraram, com certa proximidade e internamente, com seus dirigentes na prática de crime de sonegação fiscal⁶.

Interessa notar que as perspectivas dos primeiros estudos brasileiros são herméticas e dialogam essencialmente com a doutrina alemã⁷. Os estudos mais recentes tendem a assumir uma concepção mais fluida e concedem maior espaço à doutrina espanhola. No Brasil, uma nova perspectiva surge com a defesa do dever de solidariedade em recente tese de doutorado da Universidade de São Paulo⁸. Nos estudos de língua espanhola, Robles Planas é um dos principais autores citados, o que, todavia, não significa que a sua concepção tenha uma aceitação majoritária. Apesar de, na última década, ter havido o surgimento de inúmeros estudos sobre as ações neutras, o debate ainda permanece obscuro⁹. Dentre algumas razões, destaco a principal, o não acesso à bibliografia primária. Por entender que o debate das ações neutras precisa ser descomplicado, retorno ao tema com o objetivo de trazer algumas luzes para a questão.

Como neutra entende-se uma contribuição cuja reprovação penal não seja manifestamente exteriorizada ao injusto penal alheio¹⁰. A reprovação penal

2 Na América Latina, do pouco material existente tratando exclusivamente sobre o tema, encontram-se estudos de origem brasileira, argentina e peruana. No Brasil, a primeira publicação foi: Pereira, 2002. Posteriormente, Greco, 2004; Lobato, 2005; Lobato, 2009; Lobato, 2010; Lima, 2012; Rassi, 2012. Na Argentina, conferir: Bosch, 2009; Guzmán, 2010; Robiglio, 2013. Dentre os peruanos, podemos citar: John, 2004; Terreros, 2007.

3 Wohlleben, 1996: 3.

4 “*äußerlich neutrale Handlungen*”.

5 Supremo Tribunal Federal alemão.

6 Wohlleben, 1996: 3.

7 Greco, 2004; Lobato, 2009.

8 A solidariedade defendida como critério mínimo é apenas a de cunho objetivo: Rassi, 2012: 149 e 150.

9 Assim, por exemplo, Lima, que utiliza a obra de Robles Planas como guia e adota parte de suas concepções na montagem de uma proposta unificadora de teses dogmaticamente inconciliáveis e vagas: Lima, 2012: 133-192.

10 Nesse sentido, aproximamo-nos do conceito de Greco, 2004: 110.

de tal contribuição não pode ser manifesta, isto é, a conduta de auxílio ou determinação a um fato típico e ilícito alheio não tem a razão de sua punição claramente demonstrada, isso porque existem fatores que, à primeira vista, amparam legalmente a participação criminal realizada por meio de uma ação neutra. Ressalve-se que essa primeira impressão – de que a ação contributiva para o delito alheio está efetivamente escorada no ordenamento jurídico – poderá ou não *a posteriori* se confirmar.

Antes de expormos nosso posicionamento e analisar a relação entre ações neutras e o crime de lavagem de capitais, situaremos o leitor acerca das principais propostas dogmáticas no tocante à participação criminal por ações neutras. Para tanto, adotaremos distinção próxima a de Landa Gorostiza, distinguindo quatro conjuntos de soluções teóricas. O primeiro constitui-se de soluções decorrentes dos princípios penais. O segundo chamado de teorias objetivas reúne construções que se limitam a solucionar o problema no âmbito do tipo objetivo, ou seja, que renunciam à verificação dos problemas de dolo¹¹. Em contrapartida, o terceiro grupo é o formado pelas teorias subjetivas. Estas pressupõem que as contribuições neutras satisfazam formalmente os requisitos do tipo objetivo¹², razão pela qual se concede preponderância, na definição da reprovabilidade das ações neutras, à análise do tipo subjetivo. O último conjunto trata de teorias intermédias, ou seja, que estão entre as teorias objetivas puras e as teorias subjetivas”¹³. Neste último grupo, reconhece-se que, apesar de as ações neutras serem um problema de tipo objetivo, há necessariamente que se perquirir os critérios subjetivos do tipo penal.

1. SOLUÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS

Como resposta ao problema das ações neutras pode recorrer-se aos princípios penais. A adequação social foi uma das primeiras tentativas da doutrina penal de se construir uma solução ao problema que, atualmente, se insere no debate a respeito das ações neutras. Para Welzel, os tipos penais indicam formas de comportamento que transcendem ao ordenamento constituído da vida social, desse modo, nos tipos penais manifestam-se simultaneamente a natureza histórica e a social do Direito Penal¹⁴. Welzel percebe como socialmente

11 Landa Gorostiza, 2002: 67.

12 Landa Gorostiza, 2002: 66 e 67.

13 Landa Gorostiza, 2002: 69.

14 Welzel, 1969: 55.

adequados os negócios e ocupações que se mantêm no âmbito regular de seu exercício, ainda que tais atuações revistam-se de um caráter prejudicial¹⁵. Uma importante advertência, de modo algum, um comportamento socialmente adequado terá que ser socialmente modelado¹⁶. Deverá, sim, ser um comportamento inserido dentro da liberdade social de agir¹⁷. Um exemplo de aplicação do princípio da adequação social seria a não responsabilização do vendedor de bebidas alcoólicas pelo que, eventualmente, os seus clientes venham a cometer na condução de veículos automotores, salvo quando houvesse uma posição de garantia ou quando a embriaguez do cliente tivesse feito com que ele não mais pudesse atuar de maneira responsável¹⁸. Para Welzel, a adequação social é subjacente aos tipos penais e, por meio deles, são (tacitamente) pressupostas as condições normais da liberdade social de ação¹⁹. A proposta de Welzel tem seus méritos, mas é uma obra inacabada. Quando se relaciona adequação social das condutas às condições normais da liberdade social de agir, *a contrario sensu* se afirma que todas as condutas que extrapolam estas condições, ou seja, que as abusam, estão fora deste âmbito. Ainda que de forma intuitiva, há de se perceber o reconhecimento do abuso de direito como critério identificador da adequação social.

Outra solução principiológica decorre da avocação do princípio da insignificância. Este serve para excluir a tipicidade das infrações penais que, em razão do ínfimo grau de ameaça ou lesão provocado pela conduta do agente, praticamente, não chegam a afetar o bem jurídico tutelado. Como uma forma limitada de solucionar o problema das participações neutras, pode recorrer-se ao princípio da insignificância. Rogat, ao analisar o risco de uma conduta de cumplicidade, afirma que o conceito da insignificância deve relacionar-se com o critério quantitativo do aumento do risco que a prestação do cúmplice causa para a realização do fato principal, pois o risco não pode apenas ser qualificado, mas precisa também ser quantificado²⁰. Em sequência, Rogat procura estabelecer linhas gerais para utilizar a insignificância na cumplicidade.

15 Welzel, 1969: 56.

16 Welzel, 1969: 56.

17 Welzel, 1969: 56.

18 Welzel, 1969: 57.

19 Welzel, 1969: 57.

20 Rogat, 1997: 97.

Uma contribuição de auxílio seria insignificante e, por isso, quantitativamente desprezável, quando tal contribuição fosse desprezada pelo aumento do risco realizado²¹. Para tanto, torna-se necessário verificar todas as circunstâncias do caso concreto, principalmente as espaciais e as temporais da proximidade da contribuição de auxílio para o fato principal²². Sem apresentar fundamentação convincente, Rogat conclui que apenas podem ser insignificantes as contribuições de auxílio que facilitem o resultado típico ou que assegurem o seu êxito, de modo que jamais serão insignificantes as prestações que possibilitem o resultado criminoso, bem como as que o intensifiquem²³. A proposta de Rogat é interessante, mas oferece soluções *ad hoc*. Quem facilita não intensifica as chances de obtenção do resultado típico?! Em nossa concepção, não há diferença em termos de tipo objetivo. Ambas as condutas aumentam o risco não permitido. Cabe perguntar: tendo em vista que a contribuição é aprioristicamente insignificante, aquele que presta uma contribuição neutra não será punido se fornecer uma prestação que apenas facilite o resultado típico ou assegure o seu êxito? Para sairmos da abstração, analisemos o seguinte caso: o diretor de um balcão bancário localizado em uma rua cheia de outras instituições bancárias, que, por conhecer os planos delituosos de seu cliente quanto à lavagem de dinheiro, recomenda a abertura de uma conta internacional em um paraíso fiscal, já que o banco em questão oferta aos clientes premium os meios necessários para a abertura de uma conta no exterior. Pergunta-se: será que a conduta desse diretor é insignificante? Afinal, ele apenas facilita o resultado típico, que provavelmente ocorrerá independentemente do banco escolhido. A resposta negativa parece ser mais do que evidente. Do contrário, estaríamos admitindo a análise dos cursos causais hipotéticos.

O princípio da confiança pode servir como mais um meio para se tentar resolver o conflito penal criado pela prática de ações neutras. Esse princípio foi inicialmente desenvolvido para resolver problemas originados nos acidentes de trânsito. Para Roxin, no princípio da confiança reside o núcleo correto da antiga teoria da proibição de regresso²⁴. Destina-se aos casos em que há a prática, por outrem, de delitos dolosos. Os perigos inevitáveis de certas ocorrências delitivas

²¹ Rogat, 1997: 103.

²² Rogat, 1997: 103.

²³ Rogat, 1997: 103.

²⁴ Roxin, 2003: 1006.

são assumidos ou suportados em atenção às vantagens individuais e sociais²⁵. De contrário teríamos de renunciar ao oferecimento de oportunidades da vida moderna para evitar que outros cometessem delitos²⁶. O princípio da confiança não terá, contudo, aplicação quando uma conduta fomentar uma inclinação ou propensão perceptível ao fato delitivo de um autor em potencial²⁷. O critério do fomento ou favorecimento da perceptível inclinação ao fato delitivo é mais adequado à delimitação do risco permitido²⁸. Podemos, dessa forma, entender o princípio da confiança como um critério que se vale de uma presunção relativa no tocante à definição afirmativa do risco permitido. Essa permissão consiste na prática de determinada conduta, ainda que existam riscos remotos de que tal atuação lícita termine inserida por terceiros num curso causal delitivo. Ou seja, a hipótese de riscos remotos muito se diferencia das em que o agente neutro sabe que sua conduta será mediata ou imediatamente utilizada pelo autor como parte de seu plano delitivo. Aqui, retornamos à inclinação perceptível ao fato delitivo como um fator que afasta o princípio da confiança. Em outras palavras, esse princípio não tem aptidão para resolver os problemas de ações neutras. Seu campo de atuação é extremamente limitado.

A proibição de regresso, tal como formulada por Frank²⁹, não é, na atualidade, adotada pela ampla maioria dos doutrinadores. A proibição de regresso foi originariamente desenvolvida no intuito de se permitir a interrupção do nexo de causalidade entre a conduta culposa de uma pessoa e o resultado provocado dolosamente por um terceiro. Roxin expõe que a original teoria da proibição do regresso interrompia o nexo causal com a prática de fato doloso alheio e, também, procurava vedar o retorno às condições que temporalmente precederam o delito doloso. Excetua-se, nesse caso, a existência de regulações especiais sobre a indução e a cooperação³⁰. A ideia central da clássica proibição de regresso consiste, seguindo a síntese de Muñoz Conde, na não imputação daquele que inicial e imprudentemente criou o risco da produção do resultado criminoso, uma vez que esse resultado se produz por meio da ação posterior

25 Roxin, 2003: 1006.

26 Roxin, 2003: 1006.

27 Roxin, 2003: 1007.

28 Roxin, 2003: 1007.

29 Feijóo Sanchez, 1999: 96.

30 Roxin, 2003: 355.

e dolosa de um terceiro³¹. Essa teoria evita a responsabilidade jurídico-penal *ad infinitum*³². Isso nas hipóteses em que se favorece o delito, antes mesmo de o autor do crime ter um plano delitivo e optar por realizá-lo, ou quando o terceiro favorece a prática de um delito sem que, ao menos, existam dados objetivos da situação concreta para que se levantem dúvidas acerca da resolução delitiva do agente principal³³. Sem a existência de motivos objetivos concretos para o partícipe, a venda, alienação, transmissão de objetos e materiais de uso cotidiano e doméstico não serão penalmente relevantes, ainda que tais utensílios sejam aptos para matar, danificar, etc³⁴. Sánchez esclarece que não haverá indução, nem cooperação ou cumplicidade necessárias quando apenas se criar uma situação na qual outra pessoa, de forma previsível, decidir realizar um crime, mesmo quando essa situação exercer uma força sugestiva que induza o outro a cometer o delito. Diferente, todavia, será quando a conduta do partícipe adquirir um grau de solidariedade com a futura conduta do autor³⁵. Do exposto, resta clara a falta de capacidade de rendimento da proibição de regresso para resolver o problema das ações neutras. Esse critério não traz qualquer novidade para a solução da questão. O problema das ações neutras reside justamente no surgimento deste “grau de solidariedade” ou no conhecimento pelo partícipe neutro da inclinação perceptível do autor para a prática do fato delituoso.

2. TEORIAS DA PARTICIPAÇÃO CRIMINAL POR MEIO DE AÇÕES NEUTRAS

2.1. Teorias objetivas

2.1.1. Günther Jakobs

Jakobs trabalha as ações neutras no tipo objetivo dentro de seu sistema de Direito Penal destinado a assegurar a manutenção da configuração social e estatal por meio da garantia das expectativas normativas imprescindíveis para o funcionamento da vida social³⁶. Em artigo sobre a acessoriadade e os

31 Muñoz Conde & Garcia Aran, 2004: 230.

32 Feijóo Sanchez, 1999: 61.

33 Feijóo Sanchez, 1999: 61.

34 Feijóo Sanchez, 1999: 61.

35 Feijóo Sanchez, 1999: 70 e 79.

36 Jakobs, 1997: 44.

pressupostos da organização em comum, Jakobs inicia sua análise fixando algumas premissas. A primeira é a de que somente haverá participação se a ação principal for culpável, ou seja, se manifestar um sentido jurídico penalmente relevante³⁷. A segunda premissa trata da necessidade de se observar que a mera existência de participação em um estado prévio à realização do tipo não leva à sua reprovação³⁸. Como última premissa, destaca que haverá participação quando o autor e o partícipe produzirem um comportamento que objetivamente seja comum, isto é, quando o partícipe quebrar o papel de cidadão³⁹. Para Jakobs, um partícipe em estado prévio não será penalmente responsabilizado por coproduzir o fato de outra pessoa, mas, sim, porque o fato produzido é também seu próprio fato⁴⁰. Por esse conceito, a acessoriedade da participação passa a significar que a participação e a execução são inseparáveis, pois o cooperador, indutor ou o coautor que não executam somente serão puníveis quando o fato principal o for⁴¹. Jakobs define tal situação pelo conceito “estar implicado em algo”^{42 43}.

O fundamento da responsabilidade do partícipe, que atua previamente, encontra um fundamento objetivo. Este estará presente quando o partícipe desenhar de maneira especial uma organização em um estado anterior, de modo a se encaixar no contexto delitivo, ou seja, a formar um sentido objetivo do comportamento⁴⁴. Isso significa que a organização de tal situação e a sua realização estão objetivamente juntas e, por definição, são desenhadas com este fim, por exemplo, a explicação para alguém adentrar em um banco e não ser visto pelo segurança que lá trabalha⁴⁵. Esse fato difere radicalmente da mera explicação sobre o funcionamento de um cadeado⁴⁶. Dessa forma, conclui que uma organização do estado prévio não apenas se amoldará a uma realização

37 Jakobs, 1996: 253.

38 Jakobs, 1996: 253.

39 Jakobs, 1996: 253.

40 Jakobs, 1996: 259.

41 Jakobs, 1996: 259 e 260.

42 “*Sich-an-etwas-Beteiligung*”.

43 Jakobs, 1996: 260.

44 Jakobs, 1996: 263.

45 Jakobs, 1996: 263.

46 Jakobs, 1996: 263.

delitiva quando for especialmente dirigida a um caso particular, mas também quando tal organização possuir um estigma de um contexto delitivo⁴⁷. O sentido objetivo do comportamento não só depende do comportamento em si, mas também do contexto em que se realiza⁴⁸. Em um contexto claramente delitivo, haverá reflexos no comportamento estereótipo-socialmente adequado⁴⁹. Por exemplo: a venda de uma pá por um vendedor de uma loja de ferragens a um dos contendores, quando da ocorrência de violenta briga em frente à loja⁵⁰. Para Jakobs, o vínculo constitui-se normativamente mediante o desenho da expectativa dirigida aos implicados⁵¹. A proibição de regresso constitui-se no inverso da imputação⁵². Este conceito de participação goza de autonomia frente ao dolo e a culpa. A causação fora de um contexto delitivo não é mais do que a criação de uma situação em que o outro cometerá um delito⁵³. O comportamento prévio e anterior ao início da execução do crime não apresenta razão suficiente para demandar qualquer espécie de responsabilidade, salvo quando haja uma posição de garantia frente ao bem implicado⁵⁴. Isso significa um atuar sem responder pela mera causalidade, em outros termos, não se impulta pelo simples fato de o participante conhecer a marcha causal⁵⁵. Não se pode produzir, mediante uma pura arbitrariedade, um vínculo comum, porque não haverá significado geral comunicativo algum entre os atuantes⁵⁶. Se um autor conduz arbitrariamente o comportamento estereótipo-socialmente adequado de outro à criminalidade, isso não fundamenta um vínculo em comum, ainda que o outro queira, reconheça, possa reconhecer ou como de costume possa ser uma relação subjetiva real ou potencial constituída⁵⁷. Por exemplo: um grupo de terroristas entende a instauração de processos criminais contra seus

47 Jakobs, 1996: 264.

48 Jakobs, 1996: 264.

49 Jakobs, 1996: 264.

50 Jakobs, 1996: 264.

51 Jakobs, 1996: 264 e 265.

52 Jakobs, 1996: 264 e 265.

53 Jakobs, 1996: 266.

54 Jakobs, 1996: 262.

55 Jakobs, 1996: 266.

56 Jakobs, 1996: 260.

57 Jakobs, 1996: 260.

membros como motivação suficiente para assassinar o ministro da justiça⁵⁸. Nessa hipótese, a morte do ministro será e tão somente obra dos terroristas e não uma obra dos juízes que conduzem o processo⁵⁹. É nesta linha que deve ser entendida a proibição de se recorrer ao comportamento de um terceiro como solução de um conflito social⁶⁰. A proibição de regresso não anula as obrigações existentes, mas explica o porquê de um comportamento isolado e atual *de per si* não ser suficiente para fundamentar uma responsabilidade penal⁶¹.

2.1.2. Löwe-Krahrl

Löwe-Krahrl problematiza a participação neutra no âmbito do crime de sonegação fiscal cometido por meio de transações financeiras e defende cinco critérios para averiguação da responsabilidade dos funcionários de instituições financeiras por operações ilegais de seus clientes. Como primeiro critério, argumenta que a observação das regras e regulamentos no exercício profissional não poderá ter nenhuma influência direta e imediata na punibilidade dos bancários⁶². Pelo segundo critério, os funcionários das casas bancárias não seriam puníveis quando atuassem dentro de seus limites profissionais e houvesse a possibilidade de o cliente obter, em outro lugar, sem levantar suspeitas quanto à ilicitude da conduta principal, uma contribuição equiparável à auferida concretamente⁶³. Já pelo terceiro, o bancário será passível de punição, caso adapte, reconhecida e visivelmente, sua conduta ao fato criminoso do cliente⁶⁴. No que se refere ao quarto critério, o funcionário da instituição financeira será igualmente punível, caso possua o monopólio da conduta contributiva necessária ao cliente na consecução de seu crime⁶⁵. Por fim, o bancário será sempre punível, quando ocupar, conforme as regras dos crimes omissivos impróprios, uma posição de garantia diante do bem jurídico

58 Jakobs, 1996: 260.

59 Jakobs, 1996: 260.

60 Jakobs, 1996: 260 e 261.

61 Jakobs, 1996: 263.

62 Löwe-Krahrl, 1990: 48.

63 Löwe-Krahrl, 1990: 48.

64 Löwe-Krahrl, 1990: 48.

65 Löwe-Krahrl, 1990: 48.

em perigo⁶⁶. Não basta, contudo, para a afirmação da punibilidade, que os fatos se subsumam formalmente ao conceito do tipo penal⁶⁷. Comportamentos socialmente adequados não são puníveis⁶⁸. No cerne da construção teórica de Löwe-Krahl está o princípio da proporcionalidade. Para a determinação do comportamento punível torna-se necessário verificar se a proibição de determinada conduta se apresenta como um meio apropriado, necessário e módico/conveniente para a conservação do bem jurídico em perigo⁶⁹.

Ao analisar os critérios da necessidade e modicidade, Löwe-Krahl afirma que é muito duvidosa a melhora da proteção ao bem jurídico quando, por exemplo, se ameaça punir um diretor de uma filial bancária que permitiu a realização de determinado depósito, quando seu conhecimento acerca da origem ilícita do dinheiro é obra do acaso⁷⁰. Para o cliente, seria extremamente fácil encontrar uma idêntica possibilidade de realizar esta operação em muitos outros lugares, caso o bancário se opusesse a fazer o depósito⁷¹. O sonegador apenas precisaria depositar o dinheiro em outro banco ou, até mesmo, realizar a operação com outro empregado da mesma instituição⁷². A conduta-participativa não está relacionada apenas com a liberdade geral, mas, principalmente, ao princípio constitucional da liberdade de exercício profissional⁷³. Como a contribuição do assistente passa muito distante do futuro fato criminoso e o agente pode obter a prestação em muitos outros lugares, essa contribuição deve ser tida como relativamente não-perigosa para o bem jurídico⁷⁴. Percebe-se, portanto, que Löwe-Krahl leva em consideração os cursos causais hipotéticos para descharacterizar o critério da necessidade e, por consequência, excluir a punibilidade. Em contrapartida, haverá reprovação nos casos em que a ação do funcionário não puder ser obtida em lugar algum sem que a contribuição

66 Löwe-Krahl, 1990: 48.

67 Löwe-Krahl, 1990: 39.

68 Löwe-Krahl, 1990: 38.

69 Löwe-Krahl, 1990: 40.

70 Löwe-Krahl, 1990: 40.

71 Löwe-Krahl, 1990: 40.

72 Löwe-Krahl, 1990: 41.

73 Löwe-Krahl, 1990: 41.

74 Löwe-Krahl, 1990: 41.

tenha um cunho delitivo⁷⁵. O comando normativo preceitua que não se auxilie a prática de sonegação fiscal por meio de ações, que objetivamente sejam apenas parte do fato criminoso alheio⁷⁶. Löwe-Krahrl defende a reprovação de condutas adaptadas, monopolísticas ou que sejam praticadas por quem tem posição de garantidor. Em seu entender, a proibição de tais auxílios, objetivamente, mostra-se adequada, necessária e proporcional em sentido estrito para melhorar a situação do bem jurídico tutelado.

Em um segundo estudo, Löwe-Krahrl complementa seu pensamento e passa a afirmar a responsabilidade penal sempre que haja instigação ao cliente e fornecimento de conselhos técnicos⁷⁷. Torna-se reprovável o repasse de instruções de procedimentos bancários capazes de facilitar o cometimento de sonegação fiscal⁷⁸. Serão puníveis os funcionários de instituições financeiras, quando a organização bancária estiver à disposição dos clientes para proporcionar transferências anônimas de dinheiro sujo⁷⁹. Nesse caso, a conduta acessória terá que ser interpretada delitivamente, já que se trata de uma instituição vinculada a finalidades delitivas⁸⁰. A razão de não se punir ações profissionalmente típicas não reside na neutralidade destas participações ou na observância das normas profissionais, mas nos cursos causais hipotéticos incidentes que impedem a imputação objetiva dos resultados tipicamente moderados ao comportamento praticado⁸¹. O fornecimento de contribuições de auxílio que se encontram longe da própria ação típica do autor e que estão à disposição em todos os lugares, não cria um risco não-permitido, o que difere radicalmente de uma contribuição profissional que não esteja à disposição geral⁸².

2.1.3. Winfried Hassemer

Hassemer também analisa as ações neutras a partir da relação entre atividades bancárias e crimes de sonegação fiscal. Expõe que para a configuração de

75 Löwe-Krahrl, 1990: 43.

76 Löwe-Krahrl, 1990: 44.

77 Löwe-Krahrl, 1995: 206.

78 Löwe-Krahrl, 1995: 203.

79 Löwe-Krahrl, 1995: 206.

80 Löwe-Krahrl, 1995: 206.

81 Löwe-Krahrl, 1995: 205.

82 Löwe-Krahrl, 1995: 205.

uma cumplicidade é necessário que se construa uma participação punível para os bancários, o que, contudo, somente teria consistência e plausibilidade dogmática, caso os bancários fossem transformados em auxiliares dos órgãos estatais de prevenção e investigação criminal⁸³. Apesar de esta ser uma ideia equivocada, vem sendo empregada nos casos concretos⁸⁴. Para Hassemer, ações neutras são ações que preenchem os pressupostos tradicionais do injusto da cumplicidade, mas que, ao final, não constituem nenhum injusto objetivo de cumplicidade⁸⁵. São prestações de auxílio que têm como referência um observador externo e não têm tendência objetiva alguma de injusto⁸⁶. A cotidianeidade e o sentido normalidade são imanentes às ações neutras e não precisam de maiores explicações⁸⁷. Elas são sociais, sendo que, no campo do injusto penal, bastam por si mesmas⁸⁸. O limite para a criminalidade só será ultrapassado no momento em que a ação não for mais objetivamente neutra, mas parte de um contexto criminal⁸⁹. Quer-se, por meio de todas as concepções para a neutralidade do comportamento, obter a localização da linha divisória entre o Direito Penal e o cotidiano, ou seja, o limite entre as normas sociais e as penais⁹⁰. Entende Hassemer que a solução almejada será alcançada a partir de uma conceituação mais clara, sistemática e precisa dos limites da adequação social. Para isso, necessário se faz que a adequação social seja segmentarizada, ou seja, este princípio deverá ser analisado conforme as normas de grupos individualizados, o que dá origem à adequação regional⁹¹. Para a formação da adequação regional, há de se atender alguns requisitos⁹². O atuar precisa estar contido em um campo de ação socialmente pré-estruturado⁹³. Essa pré-estruturação não será apenas de natureza fática, mas apresentará também

83 Hassemer, 1995a: 42.

84 Hassemer, 1995a: 42.

85 Hassemer, 1995a: 42.

86 Hassemer, 1995a: 42.

87 Hassemer, 1995a: 42.

88 Hassemer, 1995a: 42.

89 Hassemer, 1995a: 42.

90 Hassemer, 1995a: 44.

91 Hassemer, 1995b: 81 e 82.

92 Hassemer, 1995b: 82.

93 Hassemer, 1995b: 82.

componentes normativos, ou seja, o que for profissionalmente adequado não poderá ser simultaneamente proibido no Direito Penal e vice versa⁹⁴. Enquanto a esfera procedural da licença profissional não for abandonada, estará excluída a existência de eventual punibilidade no âmbito do tipo penal⁹⁵. Hassemer esclarece a necessidade de se averiguar se as ações profissionais estão em um âmbito normativamente pré-estruturado e como elas se combinam às normas penais⁹⁶. A adequação profissional tem dois elementos: o primeiro é a profissionalidade, que demanda a pesquisa das estruturas, técnicas e normas⁹⁷. O segundo é a adequação propriamente dita⁹⁸. A averiguação das estruturas diz respeito às pré-estruturas. Em detalhes, é necessário apenas ser demonstrado que a apreciação criminal de tais ações depara-se com uma pré-estrutura, que é apropriada, por exemplo, as ações tipicamente bancárias podem ser caracterizadas como um conjunto pré-estruturado⁹⁹.

Ainda que se configure o profissionalmente adequado, excepcionalmente, em determinados casos concretos pode refutar-se a concordância entre normas profissionais e penais¹⁰⁰. Em casos específicos, as atuações profissionais podem denotar indícios teórico-interpretativos de que a harmonia entre as regulações regionais e criminais foram transgredidas, e que, desse modo, a prática profissional acabou por perder a bênção do Direito Penal¹⁰¹. A identificação desses indícios no âmbito profissional aponta a presença de elementos indicativos do abandono da esfera profissional no âmbito da atuação efetivamente realizada como, por exemplo, a adaptação da prestação ofertada que, para o âmbito da profissão, seja nova e estranha e, simultaneamente, sirva como pressuposto para a consecução criminal¹⁰².

94 Hassemer, 1995b: 82 e 83.

95 Hassemer, 1995b: 83.

96 Hassemer, 1995b: 84.

97 Hassemer, 1995b: 84.

98 Hassemer, 1995b: 85.

99 Hassemer, 1995b: 84.

100 Hassemer, 1995b: 86.

101 Hassemer, 1995b: 86.

102 Hassemer, 1995b: 86.

2.1.4. Klaus Lüderssen

Lüderssen analisa a participação criminal por meio de ações neutras tomando por base uma variedade de casos e de situações. Quanto à punibilidade dos funcionários de instituições financeiras pela ocorrência de crimes de sonegação fiscal cometidos por seus clientes, Lüderssen recorda que o cliente que não deseja realizar a declaração do imposto de renda não necessita de ajuda alguma da instituição financeira¹⁰³. Eventualmente, o cliente pode até precisar de um auxílio para obter sucesso na prática de sonegação fiscal, como a não comunicação aos órgãos da Fazenda Pública¹⁰⁴. Algumas vezes, os procedimentos bancários praticados podem conter um sentido delitivo¹⁰⁵. Nesse caso, o problema diz respeito à prática dos crimes de favorecimento pessoal e/ou real¹⁰⁶. No entanto, as operações bancárias que estejam em harmonia com o respectivo ordenamento jurídico estarão excluídas dos tipos penais dos favorecimentos pessoal e real, uma vez que a norma não exige que se isole ou boicote socialmente o agente responsável pelo fato penal¹⁰⁷. Em casos isolados, poder-se-ia vislumbrar uma infração aos limites do permitido, de modo que seria pensável cogitar a reprovação de procedimentos bancários que tenham como único sentido a elevação do risco de um futuro crime de evasão fiscal¹⁰⁸. Lüderssen, contudo, exclui, nessa hipótese, a aplicação dos tipos penais do favorecimento pessoal e real, com argumentos não muito claros e, por vezes, confusos, como, por exemplo, ao afirmar que a presença do sentido delitivo é tipicamente um problema do terreno da participação e não da autoria¹⁰⁹.

Lüderssen questiona, também, se são condutas omissivas ou comissivas os procedimentos bancários que levam o anonimato a operações financeiras seguidas de uma sonegação fiscal e que estão compreendidos no conceito de contribuição à frustração da persecução penal¹¹⁰. Entende tratar-se de condutas

103 Lüderssen, 1999: 329.

104 Lüderssen, 1999: 329.

105 Lüderssen, 1999: 330.

106 Lüderssen, 1999: 330.

107 Lüderssen, 1999: 332.

108 Lüderssen, 1999: 332 e 333.

109 Lüderssen, 1999: 333.

110 Lüderssen, 1999: 333.

omissivas¹¹¹. A relevância está na não realização pelo banco do registro do cliente que depositou ou remeteu certa quantia utilizada no cometimento da evasão fiscal, ou seja, omite-se um fazer positivo¹¹². Lüderssen vale-se da teoria do centro de gravidade para chegar a essa conclusão¹¹³. A prática de determinada conduta só levará à imposição de pena se existir uma obrigação jurídica de impedir o resultado ocorrido pela conduta do autor¹¹⁴. No caso, o não registro das operações de pagamento só se enquadrará como cumplicidade punível se existir um dever bancário nesse sentido¹¹⁵. Pela lei alemã de lavagem de dinheiro, o registro das operações dependerá da quantia transacionada pelo cliente¹¹⁶. Contudo, não basta a existência de um dever genérico, este tem de ser específico, ou seja, não obstante a existência de tal obrigação, a intenção da lei de lavagem de dinheiro é outra, desse modo, não se pode extrair nenhuma consequência no sentido de que exista uma obrigação jurídica de evitar a ocorrência do crime de evasão fiscal¹¹⁷. Essa concepção, segundo Lüderssen, seria igualmente compartilhada pelo BGH, logo, quanto ao impedimento da ocorrência de evasão fiscal ainda prevalece o princípio da veracidade formal das contas¹¹⁸. Assim, conclui que os funcionários de instituições financeiras não têm qualquer obrigação legal de impedir o cometimento de fraudes fiscais, de forma que não possuem responsabilidade penal como omitentes impróprios¹¹⁹. Afirma, ainda, que, caso se trabalhe a questão a partir da estrutura típica dos crimes comissivos, o vasto emprego do termo “adequação social” deve tornar útil o juízo das questões ponderativas levantadas pela moderna circulação econômica¹²⁰. O cerne de seu pensamento reside na ideia de que o resultado delitivo é uma série de processos econômico-sociais, que têm importância para o juízo

111 Lüderssen, 1999: 333.

112 Lüderssen, 1999: 334.

113 Lüderssen, 1999: 333.

114 Lüderssen, 1999: 334.

115 Lüderssen, 1999: 334.

116 Lüderssen, 1999: 334.

117 Lüderssen, 1999: 334 e 335.

118 Lüderssen, 1999: 335.

119 Lüderssen, 1999: 336 e 337.

120 Lüderssen, 1999: 339.

de ponderação sobre a proibição ou não da conduta¹²¹. Lüderssen dá maior peso ao direito fundamental da circulação de capital entre os países da União Européia do que ao direito fiscal de um único país associado¹²². Não se pode contar *a priori* com a má-fé dos clientes frente ao Fisco, logo, não há que se aventar quanto à punibilidade dos partícipes neutros¹²³. Apenas quando houver a presença de condições adicionais é que será perquirida a punibilidade, desse modo, quando a evasão fiscal eventualmente facilitada por um agir positivo não integrar o um risco proibido, pode punir-se pelo crime de favorecimento, mas não a título de participação pelo crime de evasão, caso haja a presença dessas condições especiais¹²⁴.

2.2. Teorias subjetivas

2.1.1. Harro Otto

Otto argumenta que a fundamentação da especial liberdade de ação, em situações profissionais determinadas, como a defesa criminal, faz com que, justamente, se oculte o problema fundamental, que é destinação do risco penal na prática de condutas profissionais e regulares¹²⁵. Entende Otto que o participante que não conhece e o que não se propõe a fomentar o injusto alheio, ainda que atue com dolo eventual, não preenche o tipo penal de uma cumplicidade penal punível quando seu atuar se dá por meio de ações profissional e/ou especificamente adequadas¹²⁶. A não punibilidade do dolo eventual é a sua principal e mais importante conclusão. Outra reflexão interessante de Otto é no sentido de que modos de comportamentos cotidianos e profissionais, que concebam o aumento de relações sociais com o autor do fato, não representam favorecimento pessoal e, consequentemente, formas prévias de favorecimento pessoal não-puníveis¹²⁷.

Para Otto, trata-se de um problema de difícil solução a relação entre o crime de lavagem de dinheiro e o recebimento de honorários advocatícios. Entende

121 Lüderssen, 1999: 350.

122 Lüderssen, 1999: 344.

123 Lüderssen, 1999: 344.

124 Lüderssen, 1999: 344.

125 Otto, 2001: 436.

126 Otto, 1998: 225.

127 Otto, 1998: 225.

Otto que o problema em questão não é uma restrição ao direito de defesa, mas ao direito de escolha do patrono¹²⁸. Apesar de entender que o mais correto seria a não punibilidade do defensor que tenha conhecimento certo da origem ilícita de seus honorários, afirma ele que essa foi uma escolha do legislador, em desfavor da relação de confiança entre o advogado e o defendido¹²⁹. Não obstante, Otto propõe que seja realizada uma correção legislativa no § 261 do Código Penal alemão, a fim de que se possa limitar a responsabilidade penal do patrono que saiba da origem ilícita de seus honorários¹³⁰. O emprego desse corretivo pode restringir a punibilidade de outros comportamentos regulares e profissionais que sejam bastante próprios¹³¹.

No que toca às operações financeiras, o pensamento de Otto é no sentido de que não se pode atribuir às transações tipicamente profissionais e regulares o risco de punibilidade¹³². Essas atuações trazem dentro de si o reconhecido perigo de sua utilização delitiva por um terceiro¹³³. Esse emprego criminoso pode não ser positivamente conhecido por aquele que atua¹³⁴. Isso mesmo quando a situação de perigo é ou fora reconhecida pelo legislador que, apesar de reconhecer, não proíbe e nem regulamenta a prática de tais ações¹³⁵. Por outro lado, quando o legislador permite a realização de determinadas atuações profissionais e regulares, de modo algum, impediu a incriminação destas práticas¹³⁶. Verifica-se a incriminação quando o partícipe puder perceber a existência de indícios visíveis da utilização da prestação, pelo terceiro, para fins delituosos¹³⁷. Nessa hipótese, Otto reconhece haver uma grave violação na liberdade de exercício profissional, mas aceita que o legislador possa estabelecer a punibilidade de uma conduta profissional ou regular, inclusive, a título de culpa, como, por exemplo, o tipo culposo de lavagem de dinheiro previsto

128 Otto, 2001: 441.

129 Otto, 2001: 441.

130 Otto, 2001: 441.

131 Otto, 2001: 441.

132 Otto, 2001: 443.

133 Otto, 2001: 443.

134 Otto, 2001: 443.

135 Otto, 2001: 443.

136 Otto, 2001: 444.

137 Otto, 2001: 444.

na legislação alemã¹³⁸. Contudo, aqui, a punição não se dá a título de cumplicidade, mas, sim, por autoria em crime culposo.

No entanto, modos profissionais e regulares de comportamento não ordenados pelo legislador são os problemas recorrentes. A reprovação da conduta de quem exerce uma destas atividades será fundamentado no elemento subjetivo baseado na representação do perigo. De um modo geral, os atuantes não precisam restringir suas atividades apenas porque pensam que há o risco de que terceiros venham a dar emprego delitivo a suas condutas, pois estão amparados na garantia constitucional ao livre exercício profissional¹³⁹. É o conhecimento positivo que assenta aqui o limite de tal liberdade¹⁴⁰, ou seja, havendo efetivo conhecimento, por parte do ajudante, da destinação criminosa de sua prestação, não deverá ele prestá-la. Do contrário, estará ele no campo do ilícito. De todo modo, a mera suspeita de defraudação fiscal a ser realizada pelo cliente do banco, ainda que consolidado o dolo eventual, não fundamenta responsabilidade penal alguma para os bancários, mesmo com o fornecimento da prestativa transação bancária¹⁴¹.

2.2.1. Schild Trappe

Schild Trappe defende uma ideia bastante peculiar em sua tese sobre as cumplicidades inofensivas. Roxin, em resumida crítica, apresenta a inovação do pensamento como o grande mérito dessa obra, isto é, na tese em questão, a criação de novas idéias vale mais do que o que foi propriamente criado¹⁴². Trappe afirma que, para configuração da cumplicidade, serão necessárias, apenas, a mera adesão e a manifestação de solidariedade, inclusive, quando as mesmas não tenham influenciado na decisão da realização criminosa já concebida em sua estabilidade e intensidade¹⁴³. A cumplicidade secreta não será punível, uma vez que o ponto central de seu pensamento reside no desvalor da externalização do sentimento de solidariedade para com a prática

138 Otto, 2001: 444.

139 Otto, 2001: 444.

140 Otto, 2001: 444.

141 Otto, 1998: 221.

142 Roxin, 1996: 30.

143 Trappe, 1995: 98.

do ato delitivo do autor do fato.¹⁴⁴ Nessa concepção, portanto, é requisito da cumplicidade punível que o ajudante tenha se solidarizado com o autor do fato quanto ao cometimento de um fato principal já acordado.¹⁴⁵ Trappe é tão ortodoxa em seu pensamento que chega a defender que o agente do fato tem que reconhecer e aceitar a ajuda do cúmplice.¹⁴⁶ Essa é a forma como Trappe resolve o problema de toda participação criminal, inclusive das ações neutras¹⁴⁷. Roxin contesta fortemente as construções de Trappe, afirmando que a autora desloca, de modo duvidoso, a substância do comportamento punível da lesão do bem jurídico para a mera expressão do pensamento¹⁴⁸.

2.3. Teorias Mistas

2.3.1. Knut Amelung

Amelung trata da participação por meio de ações neutras em três níveis de análise: tipo objetivo, tipo subjetivo e causas de justificação. Para Amelung, o tratamento dos comportamentos que fomentam dolosamente fatos penais de terceiros tem seu ponto de partida na norma do parágrafo 27 do Código Penal alemão¹⁴⁹, que inclui os comportamentos cotidianos dentro do seu âmbito de alcance¹⁵⁰. No âmbito do tipo objetivo, Amelung trabalha com o que ele chama de prestações de importância existencial e tenta, assim, obter uma abertura conceitual na interpretação da citada norma¹⁵¹. Enuncia que há um pequeno grupo de ações que não são necessariamente impuníveis, mas que o são characteristicamente, como, por exemplo, as prestações de importância existencial, isto é, ações encarregadas da sobrevivência de todos os seres humanos¹⁵². Um segundo grupo de contribuições para o fato penal de terceiro igualmente trabalhado no tipo objetivo, que, também, de regra,

¹⁴⁴ Trappe, 1995: 97.

¹⁴⁵ Trappe, 1995: 181.

¹⁴⁶ Trappe, 1995: 181.

¹⁴⁷ Trappe, 1995: 191.

¹⁴⁸ Roxin, 1996: 29.

¹⁴⁹ § 27 do Código Penal alemão. Como cúmplice se castigará aquele que haja prestado dolosamente ajuda a outro para a comissão de um fato doloso típico e antijurídico.

¹⁵⁰ Amelung, 1999: 20.

¹⁵¹ “*Existenzwichtige Leistungen*”.

¹⁵² Amelung, 1999: 21.

é impunível, refere-se ao Direito Penal Tributário¹⁵³. Amelung explica que aquele que concorre na formação de um fato gerador tributário não comete auxílio algum para uma evasão fiscal, mesmo quando saiba que o crédito tributário em questão não será pago¹⁵⁴. Não é prejudicial ao Estado, mas lhe é útil, que se crie o bem jurídico tutelado – crédito tributário –, apenas, a norma penal busca protegê-lo¹⁵⁵. Diversamente ocorre quando o ajudante quer cooperar exclusivamente para que seja alcançado um ganho por meio da sonegação de tributos¹⁵⁶. Nesse caso, o cúmplice contribui não apenas na formação do fato gerador, mas também na sonegação¹⁵⁷.

No que concerne ao tipo subjetivo, lembra Amelung que o parágrafo 27 do Código Penal alemão exige dolo e que o dolo eventual é bastante para o preenchimento típico subjetivo da norma¹⁵⁸. Contudo, a problemática reside no fato de se querer afastar a incidência dessa norma para os cúmplices que fomentam dolosamente o fato penal alheio por meio de ações cotidianas¹⁵⁹. Essa restrição só seria possível quando houvesse interesses contrapostos que legitimassem uma limitação do âmbito de incidência da norma¹⁶⁰. Nesses casos, o critério do risco permitido é um instrumento capaz de restringir a punibilidade do cúmplice que fornece prestações negociais¹⁶¹. Essas condutas contêm dentro de si o risco de que sejam usadas por seus beneficiários para fins criminosos¹⁶². Com isso, Amelung conclui que o parágrafo 27 do Código Penal alemão não abrange a aceitação do cúmplice, posto que se trata da assunção do risco geral da vida em sociedade de que a prestação negocial venha a fomentar fato penal alheio¹⁶³. Pondera, contudo, que não é toda forma de dolo eventual que será excluída do âmbito de aplicação do parágrafo 27 do Código Penal alemão.

153 Amelung, 1999: 22.

154 Amelung, 1999: 22.

155 Amelung, 1999: 22.

156 Amelung, 1999: 22.

157 Amelung, 1999: 22.

158 Amelung, 1999: 22.

159 Amelung, 1999: 22.

160 Amelung, 1999: 22.

161 Amelung, 1999: 22.

162 Amelung, 1999: 22.

163 Amelung, 1999: 29.

A permissão do risco refere-se a formas de dolo eventual inseridas nos riscos gerais da vida¹⁶⁴. Não abrange as atuações negociais quando existam fundamentos concretos que dêem certeza de que o comportamento neutro de auxílio irá fomentar fato penal alheio, ou seja, nessa hipótese, não haverá isenção da punibilidade daquele que se demonstra indiferente à ocorrência do crime¹⁶⁵. Alerta Amelung, com base em Roxin, que a aparência suspeita do cliente não é suficiente para deixar de aplicar a norma do parágrafo 27, uma vez que se exigem fundamentos concretos e não meras suspeitas¹⁶⁶. O objetivo da proibição da cumplicidade é impedir o estabelecimento de riscos não permitidos, é certo, contudo, que o dolo poderá ser modelado conforme a cumplicidade¹⁶⁷.

As considerações do terceiro nível de análise tratam das atuações profissionais fomentadoras de fatos penais alheios tomadas como causas de justificação. Para Amelung, a questão não é afirmar que, em princípio, exista uma liberdade para fornecer contribuições neutras a fatos criminosos de terceiros, mas, simplesmente, excluir a proibição da norma da cumplicidade. Não haverá, contudo, justificação da conduta acessória neutra quando houver um perigo correspondente aos crimes descritos nos parágrafos 138¹⁶⁸ e 323c¹⁶⁹ do Código Penal alemão¹⁷⁰. Valer-se de causas limitadas de justificação tem a vantagem de nos confrontar com a regra, a exceção e a contradição da exceção¹⁷¹. Ou seja, obriga a deixar em aberto os interesses tomados em consideração e as suas respectivas avaliações¹⁷². Amelung pondera que, da mesma forma como ocorre com todas normas permissivas, deverão ser observados os regramentos que proíbem o abuso de direito, para tanto, deve utilizar-se como base as normas previstas nos crimes dos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão¹⁷³.

164 Amelung, 1999: 29.

165 Amelung, 1999: 24 e 29.

166 Amelung, 1999: 24 e 25.

167 Amelung, 1999: 26.

168 Crime de omissão de comunicação de crimes planejados.

169 Crime de omissão do dever de prestar ajuda.

170 Amelung, 1999: 28 e 30.

171 Amelung, 1999: 29.

172 Amelung, 1999: 29.

173 Amelung, 1999: 29 e 30.

2.3.2. Wolfgang Frisch

Se o autor do fato é autoresponsável, como fundamentar convincentemente uma imposição de pena ao partícipe¹⁷⁴?! Este é o problema que inaugura a análise de Frisch. A dificuldade de se encontrar uma fundamentação para os casos das assim chamadas ações neutras é especialmente absurda se comparada a da participação tradicional¹⁷⁵. Quanto mais cotidiana for a ação e quanto mais sua utilização estiver relacionada à autoresponsabilidade do autor, mais difícil será para se conseguir fundamentar, de modo convincente, a punição do partícipe¹⁷⁶. Frisch trata das ações neutras dentro de sua teoria geral do comportamento típico, razão pela qual afirma que um comportamento somente será típico se a proibição penal for idônea, necessária e adequada para a proteção de bens jurídicos.¹⁷⁷ Há dois critérios considerados suficientes e aptos para fundamentar a punição de uma participação criminal praticada por meio de ações neutras: sentido delitivo e violação de uma norma de solidariedade¹⁷⁸. Esses critérios são alternativos e não cumulativos, sendo o segundo subsidiário do primeiro. Se uma ação for dotada de sentido delitivo, não será preciso verificar a violação de uma norma de solidariedade, uma vez que já existirá fundamentação suficiente para se reprovar a ação.

O sentido delitivo está presente nas condutas fomentadoras de tipos penais alheios, que não tenham outra acepção que não seja a do fomento (contribuição ao fato penal do autor) e que só se deixe explicar por essa promoção¹⁷⁹. Em outras palavras, modos de comportamento com sentido delitivo são as ações de cumplicidade que, indubitavelmente, só servem à promoção da conduta do autor do delito¹⁸⁰. São ações que, pela situação, modo, maneira como ocorrem, pautam-se por um acordo ou ajuste entre autor e cúmplice¹⁸¹.

174 Frisch, 2002: 540.

175 Frisch, 2002: 540.

176 Frisch, 2002: 540.

177 Frisch, 2002: 542 e 543.

178 Frisch, 2002: 544 e 549.

179 Frisch, 2002: 545.

180 Frisch, 2002: 545.

181 Frisch, 2002: 545.

Ou ainda, são ações fundadas em comunicação pretérita com o autor, isto é, ações de um cúmplice consciente a respeito das intenções do autor¹⁸².

Entretanto, o sentido delitivo é apenas mais um critério de fundamentação da reprovabilidade de comportamentos facilitadores. Ele não esgota as possibilidades de se qualificar como reprovado um comportamento criador de risco¹⁸³. Há também a possibilidade se reprovar um comportamento sem o sentido delitivo, quando este, além de possibilitar ou facilitar a prática do injusto penal alheio, for incompatível com obrigações, deveres ou limitações jurídicas que tratem de interesses concernentes aos bens juridicamente tutelados¹⁸⁴. Como uma das espécies de obrigações capazes de preencher esses requisitos, temos as obrigações que levam alguém à condição de garantidor, o que, consequentemente, nos leva à conclusão óbvia: quem deve evitar que o perigo e que o resultado ocorram, não pode contribuir ativamente para que eles se produzam¹⁸⁵. Outra espécie de dever diz respeito às obrigações ou deveres de solidariedade¹⁸⁶. São exemplificados pelos delitos previstos nos parágrafos 138 e 323c do Código Penal alemão, respectivamente, omissão de comunicação de crimes planejados e omissão de socorro¹⁸⁷. Frisch argumenta que, se pessoas sem relações especiais, sob certos pressupostos, estão obrigadas a impedir um certo e iminente curso criminal, com muito mais razão, uma conduta acessória será reprovável quando, nessas mesmas circunstâncias, aumentar o risco do resultado, facilitando a realização, pelo terceiro, do fato atentatório ao bem jurídico tutelado¹⁸⁸. A norma ou princípio do estado de necessidade transforma-se em ponte entre a conduta que desatende a norma de solidariedade e o juízo de desaprovação do risco¹⁸⁹. As pessoas devem suportar limitações na sua liberdade de ação, quando tais limitações pareçam ser o meio necessário e apropriado a impedir a ocorrência de lesões ou prejuízos aos bens jurídicos alheios¹⁹⁰.

182 Frisch, 2002: 545.

183 Frisch, 2002: 548 e 549.

184 Frisch, 2002: 547.

185 Frisch, 2002: 547.

186 Frisch, 2002: 549.

187 Frisch, 2002: 549.

188 Frisch, 2002: 549.

189 Frisch, 2002: 550.

190 Frisch, 2002: 551.

2.3.3. Claus Roxin

Inicialmente, Roxin pontua que a cumplicidade é um incremento causal do risco juridicamente desaprovado para o resultado típico e que, nos delitos comissivos, a cumplicidade é causa do resultado¹⁹¹. Enfatiza, contudo, que a cumplicidade não é, necessariamente, uma *conditio sine qua non* do resultado, no sentido de que esse não se teria produzido sem aquela, mas, da causalidade, pois basta que a contribuição tenha influído no resultado em sua forma concreta¹⁹². É suficiente que, sem o cúmplice, a forma da realização delitiva tivesse sido outra¹⁹³. Ao lado da cumplicidade física, há a cumplicidade psíquica, nos casos em que o cúmplice contribui tão somente de modo espiritual, influindo na psique do autor¹⁹⁴. Por exemplo, ao se explicar ao agente como abrir “artisticamente” uma caixa forte¹⁹⁵. Já nas hipóteses em que ocorre um reforço da resolução executória do crime, configura-se a cumplicidade mediante uma simples influência na resolução do autor¹⁹⁶. Isso não significa que não permaneça a necessidade de que a contribuição do cúmplice seja causal¹⁹⁷. Roxin relembra que, para haver uma cumplicade punível, não basta o simples solidarizar-se com o autor do fato nem as demonstrações de aprovação ou simpatia, mas é necessário que haja uma resolução em direção ao fato, ou seja, é necessário motivar ou intensificar a decisão do autor¹⁹⁸. Roxin alerta, todavia, que essas condutas, eventualmente, podem configurar o crime do parágrafo 140 do Código Penal alemão¹⁹⁹, equivalente ao tipo penal de apologia de crime ou criminoso.

Roxin desenvolve o conceito de contribuição causal para o fato. Em sua visão, somente pode haver cumplicidade quando se eleve o risco para a vítima e a possibilidade de êxito do autor²⁰⁰. Apenas quem melhora dolosamente as

191 Roxin, 1995: 501.

192 Roxin, 1995: 501.

193 Roxin, 1995: 501.

194 Roxin, 1995: 505.

195 Roxin, 1995: 505.

196 Roxin, 1995: 505.

197 Roxin, 1995: 506.

198 Roxin, 1995: 506.

199 Roxin, 1995: 506.

200 Roxin, 1995: 509.

oportunidades do autor e eleva o risco para a vítima empreende um ataque independente ao bem jurídico, tal como é necessário para qualquer participação criminal²⁰¹. O emprego do incremento do risco na cumplicidade pode reconduzir-se ao fundamento penal da participação. O decisivo é que a contribuição eleve as oportunidades de comissão do fato e que seja útil ao agente no momento da execução de seu plano delitivo²⁰². O princípio do incremento do risco só será corretamente empregado quando adicionado à causalidade²⁰³. Para Roxin, é insignificante a descoberta de que uma circunstância causal, sob um juízo objetivo *ex ante*, eleve as possibilidades do resultado, e, *ex post*, resulte ser supérflua²⁰⁴, ou seja, está descartada a análise de cursos causais hipotéticos na formulação do conceito roxiniano de cumplicidade. Por outro lado, não é necessária uma relação psíquica entre o autor do fato e o cúmplice para que haja cumplicidade punível²⁰⁵.

Roxin ressalva que não haverá cumplicidade punível em todos os casos de incremento causal doloso do risco²⁰⁶, vide as ações neutras. No entanto, o problema das ações neutras não pode ser solucionado com a exclusão obrigatória da punibilidade²⁰⁷. Por essa razão, deve diferenciar-se se a contribuição delitiva ocorreu amparada por um conhecimento seguro do plano delitivo do autor ou por uma mera representação da possibilidade que o agente viesse a se utilizar de sua prestação para fins delitivos²⁰⁸. Roxin afirma que a cumplicidade será punível somente quando a contribuição tenha um inequívoco sentido delitivo, ou seja, quando o aporte à conduta do autor tenha, somente, sua razão de ser no delito planejado, e, obviamente, o aportador saiba disto²⁰⁹. É por esse motivo que quem fornece matéria-prima para a indústria não responde pelos crimes ambientais e nem pelas fraudes fiscais cometidas pelos empresários²¹⁰.

201 Roxin, 1995: 509 e 510.

202 Roxin, 1995: 510.

203 Roxin, 1995: 510.

204 Roxin, 1995: 511.

205 Roxin, 1995: 511.

206 Roxin, 1995: 512.

207 Roxin, 1995: 513.

208 Roxin, 1995: 513.

209 Roxin, 1995: 513.

210 Roxin, 1995: 513.

A conduta tem sentido e utilidade para o empresário, independentemente do cometimento de crimes ambientais e tributários²¹¹. O cometimento de crimes ambientais e tributários está fora da relação entre o empresário e o fornecedor de matéria-prima²¹². Trata-se de um ponto fora da curva.

Roxin reafirma a impossibilidade de se considerarem cursos causais hipotéticos na análise da cumplicidade, inclusive na neutra, pois para haver cumplicidade não é, de forma alguma, necessário que o fato não tivesse ocorrido na falta da contribuição do cúmplice²¹³. Assim, veda-se qualquer perquirição acerca da fungibilidade da prestação. Roxin esclarece que não há ação cotidiana por si mesma e que o caráter de uma ação será determinado pela finalidade a que ela sirva, por exemplo: a instrução de manejo de arma de fogo será uma ação cotidiana e neutra se ocorrer durante a prática desportiva em um clube de tiro²¹⁴. No que concerne àquele que não sabe da resolução delitiva do autor, mas tão somente leva em consideração a possibilidade de um aproveitamento delitivo de sua contribuição, Roxin esclarece que a ação desse indivíduo estará abarcada pela incidência do princípio da confiança, salvo quando houver uma reconhecível inclinação do autor do fato para o injusto²¹⁵. Nessa situação, não é possível confiar que o outro não cometerá um delito doloso, razão pela qual não resta espaço para que se aplique o princípio da confiança²¹⁶. Não basta, contudo, a existência de uma aparência suspeita fundada em impressões subjetivas²¹⁷. Para que o princípio da confiança seja posto à margem e, assim, puna-se o cúmplice que atuou sem conhecimento certo de que sua prestação seria utilizada para fins não permitidos, é necessária a existência de elementos concretos que evidenciem o provável emprego delitivo da prestação.²¹⁸.

211 Roxin, 1995: 513.

212 Roxin, 1995: 513.

213 Roxin, 1995: 514.

214 Roxin, 1995: 515.

215 Roxin, 1995: 516.

216 Roxin, 1995: 516.

217 Roxin, 1995: 516.

218 Roxin, 1995: 516.

2.3.4. Jon-Mirena Landa Gorostiza

Landa Gorostiza investigou as ações neutras em tese dedicada ao concurso de professor titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade do País Basco. Landa Gorostiza defende uma abordagem mista que tome por base diversos critérios. Sob o aspecto objetivo, Landa Gorostiza pugna que se verifique, *ex ante*, “até que ponto a atuação” neutra do cúmplice “teria idoneidade para elevar as possibilidades de êxito de uma lesão” ou perigo de lesão de “determinado bem jurídico”²¹⁹. Em outras palavras, Landa Gorostiza entende necessário pequirir se os comportamentos participativos geram um risco mínimo de configurar um favorecimento ao autor do fato²²⁰. O conteúdo desta idoneidade ou deste risco mínimo é verificado segundo o caso concreto, o que não nos permite ter qualquer resposta apriorística. Contudo, como o critério objetivo é insuficiente, Landa Gorostiza afirma que o “juízo de periculosidade do favorecimento” deve escorar-se sobre a base dos conhecimentos especiais, principalmente, o reconhecimento certo (dolo direto) ou eventual (dolo eventual) da “resolução delitiva alheia”²²¹. Ou seja, confere-se importância aos conhecimentos especiais e gradua-se o dolo, de modo que diante do dolo direto, por regra geral, vislumbra-se relevância típica na participação, e, em sentido contrário, irrelevância típica, caso se trate de dolo eventual²²². No entanto, Landa Gorostiza maneja critérios complementares, como, por exemplo, a proximidade da contribuição neutra à fase executiva do fato principal, além de “dados indiciários” fundados no (não)-cumprimento de normas setoriais²²³. Apesar da utilização de diversos critérios, em linhas gerais, o pensamento de Landa Gorostiza consiste na defesa de que haverá participação criminal punível sempre que, a partir de uma análise objetiva *ex ante*, a conduta “neutra” do partícipe – que atuou com dolo direto – tenha contribuído para pôr em perigo ou lesionar o bem jurídico em questão.

219 Landa Gorostiza, 2002: 252.

220 Landa Gorostiza, 2002: 252.

221 Landa Gorostiza, 2002: 248

222 Landa Gorostiza, 2002: 248.

223 Landa Gorostiza, 2002: 249.

2.4. Outras concepções teóricas

Por se tratar de um artigo e, por consequência, haver uma limitação de espaço, passaremos em breve revista por algumas construções não mencionadas nos tópicos anteriores. Assim, a de Robles Planas, que *ab initio* busca estabelecer os limites mínimos para uma intervenção punível. Sua concepção recorre ao princípio da autorresponsabilidade e à proibição de regresso como parâmetros de análise da permissão ou proibição típica do risco criado. Dessa forma, distingue dois grupos de casos. O primeiro refere-se às infrações de deveres jurídicos especiais ou posições de garantia, enquanto que o segundo trata dos âmbitos onde inexistem tais deveres e, por consequência, torna-se necessária a descoberta do contexto em que a ação participativa neutra ocorreu, isto é, “a relação espaço-temporal” entre o fato e o aporte do partípice²²⁴. De forma mais objetiva, caso não haja infração a deveres especiais e nem adaptação da conduta, as condutas neutras estarão à margem das regras da participação criminal, mas, em contrapartida, estará configurada uma autêntica participação criminal, caso haja infração a deveres ou se porventura o auxílio for amoldado à conduta principal²²⁵. Noutra linha, encontramos, a partir do princípio da proporcionalidade, Greco, que delineia sua proposta de resolução do problema valendo-se do princípio da idoneidade da proibição penal, o que o leva a necessariamente considerar cursos causais hipotéticos²²⁶. Em verdade, a assunção de cursos causais hipotéticos como base de sua concepção põe em xeque a capacidade de rendimento de sua teoria. Numa perspectiva distinta, encontramos Guzmán que defende a análise do interesse preponderante, mas não sob o prisma da proporcionalidade. Guzmán argumenta em favor de um critério intermediário que pudesse, sob o ponto de vista objetivo, definir o interesse *in concreto* preponderante na conduta participativa²²⁷. Essa preponderância está conectada ao “sentido objetivo do contato social” percebido por um observador externo²²⁸. A proposta se aproxima da teoria dos papéis sociais, o que traz para a concepção de Guzmán toda uma gama de dificuldades oriundas desta teoria. Por fim, referencia-se Robiglio que, apesar de não chegar ao fundamento do

²²⁴ Robles Planas, 2003: 291 e ss.

²²⁵ Robles Planas, 2003: 317.

²²⁶ Greco, 2004: 148 e 150.

²²⁷ Guzmán, 2010: 322.

²²⁸ Guzmán, 2010: 322.

problema, acerta ao concluir que se deva analisar a presença ou não *in concreto* dos elementos típicos de formação de uma concorrência criminal, o que, por consequência, demanda a investigação das regras gerais do Código Penal, dos elementos penais típicos e extratípicos e das normas extrapenais e setoriais que regem “*el ejercicio regular de la prestación profesional del caso*”²²⁹.

3. AÇÕES NEUTRAS E ABUSO DE DIREITO

A construção de uma resposta que resolva satisfatoriamente o problema das ações neutras deve partir da consideração de que inexistem direitos absolutos. Há limites no conteúdo e no exercício dos direitos. Nesse sentido, é válido recuperar algumas lições do Direito Civil. Em suas lições fundamentais, Medicus recorda que nenhum direito subjetivo é ilimitado²³⁰. Pereira, ao tratar do abuso de direito, esclarecia ser impositiva a necessidade de se conciliar a utilização do direito com o respeito à esfera jurídica alheia e, por consequência, de se fixar um limite a esse direito²³¹. Os autores modernos, ao encontrarem várias hipóteses de desvirtuamento do conceito de justo por meio da prática de condutas em que o indivíduo leva a fruição do seu direito ao extremo grau de causar malefício a outrem, criaram o conceito de abuso de direito²³². O abuso de direito pode encontrar seu fundamento na regra da relatividade dos direitos²³³, na dosagem do conteúdo do exercício do direito, isto é, o titular do direito que excede o limite do exercício regular age sem direito²³⁴ ou na configuração do *animus nocendi*, quando o exercício do direito for inspirado na intenção de causar mal a outrem²³⁵. É muito acertada a afirmativa de Pereira no sentido de que não se pode admitir que o indivíduo conduza a utilização de seu direito até o ponto de transformá-lo na causa do prejuízo alheio²³⁶. Esse mesmo raciocínio deve ser transferido para o problema das ações neutras. Medicus recorda que, desde o momento em que se aceitou o posicionamento de

229 Robiglio, 2013: 215.

230 Medicus, 2002: 56.

231 Pereira, 1999: 429.

232 Pereira, 1999: 429.

233 Pereira, 1999: 429.

234 Pereira, 1999: 429.

235 Pereira, 1999: 429.

236 Pereira, 1999: 429.

von Ihering de que o direito subjetivo é um interesse protegido juridicamente, pode pronunciar-se como abusivo todo exercício de direito que não sirva ao interesse protegido²³⁷. Esse pressuposto é a compreensão exata dos limitados interesses que devem ser protegidos pelos respectivos direitos²³⁸. Cunha de Sá, com muita precisão, leciona que o abuso do direito é a revelação de que o mundo jurídico encontra-se além dos “tradicionais quadros e molduras formalistas do conceitualismo, para ser a própria vida em norma”²³⁹. Por consequência, há de se concordaram a assertiva de Köhler, no sentido de ser inegável que todo direito é limitado em seu conteúdo e que o legitimado, que o exerce, deve observar seus limites²⁴⁰. Um proprietário só pode exercer as aparentes extensas faculdades do direito de propriedade até o ponto em que o seu exercício não se oponha à lei ou ao direito de terceiro²⁴¹. Os limites do exercício do direito estão no Direito Privado e no Direito Público²⁴². O abuso de direito revela que “o direito subjetivo não pode ser abstratamente encarado com meros termos conceitualistas”²⁴³. A essência do abuso de direito reside na “violação material do fundamento axiológico de certo direito com o preenchimento da estrutura formal do mesmo direito”²⁴⁴. O abuso retira a concretude material da forma do direito, de maneira que o valor imanente ao direito passa a não significar nada juridicamente naquele caso concreto²⁴⁵. Cunha de Sá arremata que “os termos concretos do comportamento do sujeito só *aparentemente* constituem exercício do direito”²⁴⁶. Não é que o exercício do direito – feito com toda regularidade – não constitua razão de um mal a outrem, mas ocorre que, às vezes, e com freqüência, esse constitui a referida razão²⁴⁷. O simples fato de o direito ser exercido dentro de seus limites não

237 Medicus, 2002: 59.

238 Medicus, 2002: 59.

239 Cunha de Sá, 2005: 21.

240 Köhler, 2005: 228.

241 Köhler, 2005: 228.

242 Köhler, 2005: 228.

243 Cunha de Sá, 2005: 456.

244 Cunha de Sá, 2005: 456.

245 Cunha de Sá, 2005: 457.

246 Cunha de Sá, 2005: 455.

247 Pereira, 1999: 429.

significa pura e simplesmente que o seu exercício seja lícito, uma vez que o direito subjetivo está submetido aos deveres jurídicos²⁴⁸. O exercício de um direito só pode ter lugar se forem levados em consideração os interesses das pessoas envolvidas e sua função social, ou seja, é deste balanceamento que se desenvolve a proibição do abuso de direito²⁴⁹.

Antes que se argumente acerca da impossibilidade de se recorrer a um instituto “civil” na seara criminal, cumpre rememorar que a Ciência Penal já utiliza o abuso do direito na solução, principalmente, de problemas relacionados à antijuridicidade. Em verdade, o abuso de direito não é um instituto apenas do Direito Privado, mas um dos pilares da Teoria do Direito. No Direito Penal, Marques da Silva vale-se do abuso de direito ao expor que, na provocação pré-ordenada, a defesa do agente provocador não pode ser considerada lícita, já que aquele que cria a reação ofensiva de outrem abusa do exercício de seu direito de defesa²⁵⁰. Citemos, ainda, Roxin, que caracteriza como abuso de direito a conduta do agente que, consciente do excesso antijurídico, atua, baseado em uma autorização estatal, excedendo o risco tolerável, de forma a provocar danos²⁵¹. Por outro lado, a teoria do abuso de direito foi incorporada expressamente no ordenamento jurídico de diversos países. Não se trata de nenhuma novidade nos ordenamentos jurídicos de Brasil (Art. 187 do CC) e Portugal (Art. 334.^º do CC). Pretender que alguém que exerce uma profissão lícita, mas que conscientemente abusa *in concreto* de seu direito constitucional ao trabalho, venha a ser processado por ter contribuído ao injusto de outrem, não deveria trazer qualquer motivo de consternação. Do contrário, há de se pôr em xeque a reprovação de todas as formas de participação criminal. A profissionalidade, neutralidade ou cotidianeidade da conduta nada mais é do que uma capa. Esse disfarce vem iludindo muitos dos que se preocuparam com a participação por meio de condutas neutras. Curiosamente, o direito constitucional ao trabalho tem ludibriado muitos. Por outro lado, o direito constitucional de propriedade não possui a capacidade de falsear a aplicação das regras da participação criminal. Não há quem ponha em dúvida a punibilidade do

248 Köhler, 2005: 228; no mesmo sentido: “há que fazer coincidir a materialidade de tal comportamento ou situação com o fundamento axiológico-jurídico do direito subjetivo em causa, exatamente da mesma maneira por que forma ou estrutura e valor constituem e integram uma única intenção normativa” (Cunha de Sá, 2005: 456).

249 Köhler, 2005: 228.

250 Silva, 1998: 97.

251 Roxin, 2003: 762.

cidadão que voluntária e conscientemente atende ao pedido de seu vizinho de empréstimo de uma faca de pão necessária para a conclusão do assassinato da síndica do edifício. É de se perguntar: emprestar uma faca de pão a um vizinho não é uma ação neutra? O empréstimo não se encontra amparado pelo direito constitucional de propriedade, uma vez que entre os poderes da propriedade está o de disposição da coisa?! A doutrina civilista há muito não tem dúvidas em afirmar que as faculdades do direito de propriedade só poderão ser exercidas se estiverem dirigidas a fins lícitos. Mesmo em Roma, o exercício do direito de propriedade já se subordinava às exigências do bem comum²⁵². O proprietário poderia dispor da coisa como bem entendesse, desde que observasse as limitações impostas pelo interesse público e pela coexistência do direito de propriedade dos demais indivíduos²⁵³.

A argumentação que vislumbra o direito ao trabalho como obstáculo à formação do tipo objetivo de ações participativas neutras é equivocada. Esse direito é igual a todos os outros. Não é absoluto. É limitado em sua essência e em seu exercício. Só poderá ser exercido dentro dos limites impostos pelos fins econômico-social, pela boa-fé e pelos bons costumes, sob pena de excedê-lo, incorrendo, portanto, em abuso do direito, o que desvelará o desamparo da conduta frente ao ordenamento jurídico. Em realidade, crença na “aparente” normalidade das condutas profissionais decorre do fato de que só agora se começou a investigar as condutas profissionais e cotidianas. E, como ocorre quando nos deparamos com toda e qualquer novidade, até que haja uma compreensão mais firme quanto a este objeto estranho, é natural que ocorram muitos equívocos no processo do conhecer. Não nos esqueçamos que, axiologicamente, um dos direitos constitucionais mais importantes é o da liberdade. Em uma interpretação açodada, poder-se-ia entender que os concorrentes – por meio de ações não-neutras – seriam impuníveis por não estarem alcançados na literalidade do núcleo do tipo. Todavia, a norma penal que trata da participação não permite uma tal leitura. Trata-se de uma norma de extensão típica destinada a justamente abranger ações, a princípio, extratípicas, mas que, por estarem inseridas dentro de um contexto de concorrência ao injusto de outrem, terminam abarcadas pelo tipo penal que, inicialmente, só recaia sobre o agente principal. É inegável que a legislação penal criminaliza condutas

252 Monteiro, 1963: 90.

253 Monteiro, 1963: 88.

a priori lícitas e não-tipificadas²⁵⁴, restringindo o direito de liberdade de ação nesses casos. Não encontramos doutrina ou julgados que se insurjam contra tal extensão típica. Por esse motivo, é equivocado o entendimento de Ambos, no sentido de que o homem comum só possui a justificação da liberdade geral de ação, enquanto que o homem de negócios, além desta, detém adicionadamente a liberdade profissional, o que lhe concederia um direito mais forte²⁵⁵. Ambos esquece-se de que o abuso de direito fundamenta-se na relatividade dos direitos. O exercício de um direito não pode implicar a afronta do direito de terceiro ou a violação do próprio ordenamento jurídico que consagra tal direito²⁵⁶. Não se trata de uma questão de ponderação de princípios e nem de direitos como pretende Ambos.

4. AÇÕES NEUTRAS E CUMPRIMENTO DE DEVERES JURÍDICOS

A concorrência amparada no cumprimento de uma obrigação ocorre do ponto de vista fático, não do ponto de vista jurídico. A contradição é aparente. Compete ao hermeneuta compatibilizar os preceitos legais com o fim de alcançar o conteúdo da norma. Larenz já afirmara que, não raras vezes, o legislador não adota de imediato, na formulação da previsão fundamental, uma restrição no âmbito de aplicação da norma, mas a introduz posteriormente na forma de uma proposição jurídica limitativa de uma ordem negativa de validade²⁵⁷. Ou analisamos o caso concreto e assumimos como parâmetro todo sistema jurídico ou jamais descobriremos o sentido da norma. De outro modo, não lograremos desvelar a essência e os limites dos direitos, deveres e obrigações contidas no sistema normativo. Diante de um problema a resolver, não se aplica, apenas, a regra primacialmente vocacionada para a solução, mas todo o Direito deve ser “chamado a depor”²⁵⁸. Há que lidar “com os

254 Por exemplo: segurar uma escada, passar informações acerca do funcionamento de sistemas de segurança, transportar bens e pessoas, dentre inúmeras outras atividades.

255 Ambos, 2000: 724 e 725.

256 No mesmo sentido: “o direito subjetivo parece não poder mais entender-se como pura categorial formal e abstracta em termos absolutos, onde só os limites que para ele resultam da sua estrutura tenham uma palavra a dizer sobre o que é possível ou permitido ao titular. A qualificação do comportamento concreto do sujeito em termos de direito subjetivo não se entende como podendo prescindir do fundamento próprio desse direito, fundamento que é simultaneamente de ordem valorativa e material, porque o comportamento do sujeito se situa *hic et nunc*, em determinado caso concreto e em determinados termos igualmente concretos” (Cunha de Sá, 2005: 455).

257 Larenz, 1997: 502.

258 Cordeiro, 1996: CXI.

diversos ramos do Direito, em termos articulados”²⁵⁹. A interpretação deverá ser conforme a Constituição, os diversos dados normativos relevantes e os próprios níveis instrumentais, como o processo²⁶⁰.

Zaffaroni, ao analisar a tipicidade conglobante, expõe, acertadamente, que não se pode admitir um sistema normativo em que uma norma mande o que outra proíba. As normas jurídicas não vivem isoladas umas das outras, mas, sim, em coerência, ou seja, elas se limitam reciprocamente e, por consequência, uma não pode desconhecer a outra²⁶¹. Apesar de haver leis e regras que apresentam incompatibilidades entre si, o sistema jurídico não pode ser contraditório. A contradição não é da norma, mas tão somente dos instrumentos legais que devem necessariamente ser interpretados e compatibilizados, de modo que a norma possa ser desvelada. Uma norma penal não pode proibir o que uma norma civil ou administrativa obriga e determina. O adimplemento de uma obrigação pode até ser causa, sob o prisma lógico-fático, do resultado, mas jamais será uma concorrência jurídica para o crime alheio. Em termos de Direito Penal, a fundamentação da não extensão típica baseia-se na teoria do risco trazida pela doutrina da imputação objetiva. Agora, o risco é a última etapa de análise na formação do tipo penal objetivo. O risco criado pelo *solvens* é um risco permitido. Apesar de haver conduta, nexo causal e resultado, o resultado não lhe poderá ser imputado, posto tratar-se de conduta juridicamente aprovada. O risco permitido faz-se presente em comportamentos que, apesar de arriscados, são tolerados pelo ordenamento jurídico²⁶².

5. LAVAGEM DE DINHEIRO E AÇÕES NEUTRAS

Em Portugal, com a edição da Lei n.º 11/2004, de 27 de março, o crime de branqueamento foi incorporado ao Código Penal português, no artigo 368.º-A. Por outro lado, a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, é o instrumento normativo responsável por dar corpo e vida ao tipo penal de branqueamento de capitais. Essa lei traz uma extensa regulação da matéria, o que termina por converter o artigo 368.º -A no ato final de uma longa novela. A Lei n.º 25/2008 estabelece medidas de natureza preventiva e repressiva de combate ao branqueamento de vantagens de proveniência ilícita e ao financiamento do terrorismo. Essas

259 Cordeiro, 1996: CXI.

260 Cordeiro, 1996: CXI e CXII.

261 Zaffaroni, 2003: 381.

262 Santos, 2004: 120.

medidas são relativas à utilização do sistema financeiro, de atividades e profissões criadoras de risco de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo. A Lei n.º 25/2008 impõe às entidades financeiras e a um rol de entidades e profissionais, que atuam fora do mercado financeiro, uma série de deveres jurídicos, como os de identificação, diligência, recusa, conservação, exame, comunicação, abstenção, colaboração, segredo, controle e formação. A imposição destes deveres transforma as entidades financeiras e aqueles expressamente elencados na lei em responsáveis por evitar a prática do crime de branqueamento em seu âmbito de atuação profissional. A lei transforma estas pessoas físicas e jurídicas em garantidores. Ou seja, se em seu âmbito profissional elas deixarem de impedir que o agente, com fins de esconder a origem ilícita de vantagens obtidas na prática dos crimes antecedentes constantes do rol, transfira ou converta estas vantagens, estarão praticando branqueamento por omissão imprópria, isto é, trata-se da conversão do crime de lavagem em um delito comissivo por omissão.

O artigo 17 da Lei n.º 25/2008 preceitua que as entidades referidas têm o dever de se abster “de executar qualquer operação sempre que saibam ou suspeitem estar relacionada com a prática dos crimes de branqueamento ou de financiamento do terrorismo”. Este é um dever jurídico que obriga estas pessoas e entidades a evitar o branqueamento de capitais. Não obstante a criticável opção política de transferir responsabilidades no combate à lavagem de capitais aos cidadãos, este não é o foco de nossas preocupações. A razão de referenciarmos as entidades e pessoas transformadas em garantidores pela Lei n.º 25/2008 é apenas uma. Demonstrar a estranheza do debate da participação criminal por ações neutras ao sistema português, justamente, na questão dotada de maior ocorrência fática e destaque acadêmico. Inexiste participação criminal neutra quando o “participante” é alçado a condição de garantidor. Quem tem dever de garantia não é partípice, mas autor de um crime comissivo por omissão.

No Brasil, o crime de lavagem de dinheiro foi editado pela Lei 9.613 de 1998 e permanece até hoje fora do Código Penal. A mais recente reforma, datada de 2012, excluiu o rol de crimes antecedentes. Hoje basta que se tenha a ocorrência de uma infração penal antecedente de qualquer natureza. A lei brasileira é muito enxuta se comparada à portuguesa e, por consequência, lacônica, o que potencializa o surgimento de zonas de incerteza normativa. Por exemplo, as pessoas físicas e jurídicas sujeitas a mecanismos de controle possuem apenas os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação. No Brasil, não se impõem os deveres específicos de recusa

e de abstenção. Os sujeitos submetidos aos mecanismos de controle não são elevados à condição de garantidores no direito brasileiro. Os deveres de identificação de clientes, manutenção dos registros e comunicação não são deveres de garantia de evitação do resultado.

Disso se extrai necessariamente que as condutas acessórias que circundam a ação de lavagem de dinheiro seriam atípicas?! Não, a resposta segue a lógica ordinária da teoria do concurso de pessoas. Ressalvando-se que no Brasil somente se admite responsabilidade criminal de pessoas jurídicas em crimes ambientais²⁶³, devemos concluir que os agentes financeiros concorrerão com o autor principal para o cometimento do crime de lavagem da mesma forma que concorre o gerente de uma transportadora que recebe 1 quilo de cocaína como carga a ser transportada. Para tanto, é necessário que os agentes financeiros e que o transportador tenham dolo, ou seja, consciência e vontade de prestar o auxílio que o autor demanda para o cometimento de seu crime. Não há maiores dificuldades. Caso os concorrentes atuem de modo negligente ou com imperícia, violando o dever objetivo de cuidado que deveriam levar em consideração no momento da realização da conduta, nenhum fato típico será praticado. Não existe participação culposa em crime doloso e também não há qualquer previsão na legislação brasileira de tipos culposos de lavagem de capitais e de tráfico ilícito de entorpecentes. O problema reside na distinção do que consiste dolo eventual e culpa consciente, o que, todavia, foge aos propósitos deste estudo²⁶⁴.

Uma preocupação que vem ganhando corpo refere-se à vinculação do advogado ao crime de lavagem de capitais de seu cliente. Estellita expõe acertadamente que a lei brasileira não traz os limites de definição do risco permitido, de modo que o advogado acaba ficando à mercê da própria sorte²⁶⁵. Recorramos, então, ao item 17 dos considerandos da Diretiva 2001/97/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. A Diretiva 2001/97/CE dispõe que o advogado que presta consulta jurídica ou representa o cliente judicial ou administrativamente, está exonerado da obrigação de comunicação, uma vez que sua atuação se sujeita ao dever de sigilo profissional. Não haverá exoneração, contudo, se a consulta jurídica for prestada com a finalidade de proporcionar a

²⁶³ Lobato, 2011: 139 e ss.

²⁶⁴ Silveira, 2013: 3-4.

²⁶⁵ Estellita, 2014.

lavagem de capitais, ou seja, nesse caso, a ação do advogado ganhará contornos de tipicidade.

No Brasil, surgem vozes, dilatando a interpretação dessa diretriz. Assim, há quem sustente que atividades de consultoria jurídica nas áreas comercial, tributária e sucessória, por exemplo, se encontram “abrangidas pelos deveres inerentes ao *know your customer*”²⁶⁶. Esse posicionamento é equivocado. Com acerto Greco Filho e Rassi que recordam que “os deveres genéricos de comunicação para órgãos estatais de controle não implicam dever específico de evitar o resultado”, de modo que não configuram participação criminal²⁶⁷. “É exatamente isso que ocorre com a previsão dos deveres atribuídos às pessoas” no art. 9.º, XIV, da lei brasileira de lavagem²⁶⁸. Ressalve-se a “hipótese do advogado que deixa de ser advogado e vem a ser peça de organização criminosa ou de conluio para a prática dos crimes”²⁶⁹, mas, neste caso, já não há qualquer ação neutra ou profissional. O advogado, que abusa de suas prerrogativas e direitos, para se tornar um agente ativo na prática do crime, integra um autêntico concurso de pessoas.

6. CONCLUSÃO

Ao final, pode sintetizar-se este estudo asseverando que os limites do risco permitido das ações neutras são dados pelo abuso de direito. Ao se infringir as regras que reconhecem direitos, concedem prerrogativas ou autorizações avança-se ao campo de ilícito. Reconher a teoria do abuso de direito é uma premissa lógica e fundamental da Ciência Jurídica. Entender diversamente é confundir direito com arbítrio, o que é uma contradição nos próprios termos. Esta conclusão não nos traz nenhuma novidade. A teoria do concurso de pessoas funciona a partir deste pressuposto, ainda que não percebamos. Se assim não fosse, seria inadmissível a aplicação desta norma de extensão típica para qualquer caso. Sejam ações tradicionais de participação ou neutras, a resposta será a mesma. A real importância de se investigar as ações neutras não reside na descoberta de sua profissionalidade e nem nas consequências oriundas deste estado de neutralidade. O importante é compreender que, para se considerar qualquer comportamento humano como concorrente ao

²⁶⁶ Grandis, 2012: 10.

²⁶⁷ Greco Filho & Rassi, 2012: 14.

²⁶⁸ Greco Filho & Rassi, 2012: 14.

²⁶⁹ Greco Filho & Rassi, 2012: 14.

delito alheio, deve, primeiramente, perquirir-se os limites do risco permitido. O descortinamento dessas premissas é condição necessária para a compreensão do problema. Do contrário, corre-se o risco de, inclusive, se discutir problemas de participação criminal em autênticas hipóteses de autoria. É nessa senda que devem se pautar as investidas na relação entre o crime de lavagem de capitais e ações neutras.

BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai

2000 “Beihilfe durch Alltagshandlungen”, in: *JA*, Caderno 8/9, pp. 721-725.

AMELUNG, Knut

1999 “Die ‘Neutralisierung’ geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetabestands”, in Samson, Ali (ed.), *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden: Nomos, pp. 9-29.

BOSCH, Gerard Gramática

2009 *Conductas Neutrales: Estado de la Cuestión*, disponível em: <http://www.ciidpe.com.ar> [consultado em: 13.07.2013].

CORDEIRO, António Menezes

1996 “Introdução à Edição Portuguesa”, in: Claus W. Canaris, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, 2.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pp. IX-CXIV.

CUNHA DE SÁ, Fernando Augusto

2005 *Abuso do Direito*, 2.^a ed. rev. Coimbra: Almedina.

ESTELLITA, Heloisa

2012 *Lavagem de capitais, exercício da advocacia e risco*, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2012-set-27/heloisa-estellita-lavagem-capitais-exercicio-advocacia-risco>. [consultado em: 19.01.2014].

FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo

1999 *Límites de la participación criminal*, Granada: Comares.

FRISCH, Wolfgang

2002 “Beihilfe durch neutrale Handlungen – Bemerkungen zum Strafgrund (der Unrechtskonstitution) der Beihilfe”, in: Prittitz, Ali (ed.), *Festschrift für Lüderssen*, Baden-Baden: Nomos, pp. 539-557.

GRANDIS, Rodrigo

2012 “Considerações sobre o dever do advogado de comunicar atividade suspeita de ‘lavagem de dinheiro’”, in: *Boletim IBCCRIM*, vol. 246, pp. 9-10.

GRECO FILHO, Vicente & RASSI, João Daniel

2012 “Lavagem de dinheiro e advocacia: Uma problemática das ações neutras”, in: *Boletim IBCCRIM*, vol. 246, pp. 13-14.

GRECO, Luís

2004 *Cumplicidade através de ações neutras. A imputação objetiva na participação*, Rio de Janeiro: Renovar.

GUZMÁN, Nicolás

- 2010 “Conductas Neutrales y Participación en el Delito: Apuntes sobre el estado actual de la Discusión”, in: Daniel R. Pastor e Nicolás Guzmán (orgs.), *Problemas Actuales de la Parte General de Derecho Penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, pp. 275-326.

HASSEMER, Winfried

- 1995a “Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, Parte I, in: *Wistra*, Caderno 2, pp. 41-46.
- 1995b “Professionelle Adäquanz – Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung”, Parte II, in: *Wistra*, Caderno 3, pp. 81-87.

JAKOBS, Günther

- 1996 “Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation”, in: *G A*, pp. 253-268.
- 1997 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos y Teoría de la imputación*. Trad., Joaquin Cuello Contreras e José Luis Serrano Gonzalez de Murillo, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons.

JOHN, José Antonio Caro

- 2004 “Sobre la no punibilidad de las conductas neutrales”, in: *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia penales*, n.^o 5, pp. 86-106.

KÖHLER, Helmut

- 2005 *BGB – Allgemeiner Teil*. 29.^a ed., Munique: C.H. Beck.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena

- 2002 *La complicidad delictiva en la actividad laboral “cotidiana” – Contribución al “límite mínimo” de la participación frente a los “actos neutros”*, Granada: Editorial Comares.

LARENZ, Karl

- 1997 *Metodologia da Ciéncia do Direito*. 3.^a ed., trad. José Lamego, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LIMA, Vinicius de Melo

- 2012 “Ações neutras e branqueamento de capitais”, in: *Revista de Concorrência e Regulação*, n.^o 11/12, pp. 133-191.

LOBATO, José Danilo Tavares

- 2005 “Cumplicidade por meio de ações neutras – O início (tardio) de um debate”, in: *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 64, pp.64-69.

- 2009 *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras – Uma Questão Única de Imputação Objetiva*, Curitiba: Juruá.

- 2010 “Ações neutras – Algumas notas corretivas para o debate brasileiro”, in: *Boletim IBCCRIM*, vol. 216, p.14.
- 2011 *Direito Penal Ambiental e seus Fundamentos – Parte Geral*, Curitiba: Juruá.
- LÖWE-KRAHL, Oliver
- 1990 *Die Verantwortung von Bankangestellten bei illegalen Kundengeschäften*, Stuttgart-Munique-Hannover: Richard Boorberg.
- 1995 “Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden – die Tatbestandsmäßigkeit berufstypischer Handlungen”, in: *Wistra*, Caderno 6, pp. 201-206.
- LÜDERSSEN, Klaus
- 1999 “Beihilfe, Strafvereitelung und objektive Zurechnung”, in: Samson, Ali (ed.), *Festschrift für Grünwald*, Baden-Baden: Nomos, pp. 329-350.
- MEDICUS, Dieter
- 2002 *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.^a ed., Heidelberg: C. F. MÜLLER.
- MONTEIRO, Washington de Barros
- 1963 *Curso de Direito Civil – Direito das Coisas*, 5.^a ed., São Paulo: Editora Saraiva.
- MUÑOZ CONDE, Francisco & GARCIA ARÁN, Mercedes
- 2004 *Derecho Penal – Parte General*. 6.^a ed., Valênciia: Editora Tirant lo Blanch.
- OTTO, Harro
- 1998 “‘Vorgeleistete Strafvereitelung’ durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe”, in Eser, Ali (ed.), *Festschrift für Lenckner*, Munique: C. H. Beck, pp. 193-225.
- 2001 “Das Strafbarkeitsrisiko berufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens”, in: *JZ*, n.º 9, pp. 436-444.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva
- 1999 *Instituições de Direito Civil*, vol. I, 19.^a ed., Rio de Janeiro: Forense.
- PEREIRA, Flávio Cardoso
- 2002 “As ações cotidianas no âmbito da participação criminal”, in: *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, vol. 16, pp. 37-43.
- RASSI, João Daniel
- 2012 *Imputação das ações neutras e o dever de solidariedade no Direito Penal brasileiro*, Tese de Doutorado, Universidade de São Paulo.
- ROBIGLIO, Carolina
- 2013 *Participación en los Delitos Tributarios mediante Conductas Neutrales – Actuación de profesionales y conocimientos especiales*, Buenos Aires: Ad-Hoc.
- ROBLES PLANAS, Ricardo
- 2003 *La Participación en el Delito: Fundamento y Límite*, Madrid: Marcial Pons.

ROGAT, Stefan

- 1997 *Die Zurechnung bei der Beihilfe – Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang.

ROXIN, Claus.

- 1995 "Was ist Beihilfe", in: Kühne, Ali (ed.), *Festschrift für Miyazawa*, Baden-Baden: Nomos, pp. 500-517.

- 1996 "Grace Marie Luise Schild Trappe: Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft", in: *JZ*, pp. 29-30.

- 2003 *Derecho Penal – Parte General – Fundamentos – La Estructura de la Teoría del Delito*, trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal, tomo I, Madrid: Thomson-Civitas.

SANTOS, Humberto Souza

- 2004 *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*, São Paulo: Editora Manole.

SILVA, Germano Marques da

- 1998 *Direito Penal Português – Parte Geral II – Teoria do Crime*, 1^a.ed., Lisboa e São Paulo: Editorial Verbo.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge

- 2013 "Cegueira Deliberada e Lavagem de Dinheiro", in: *Boletim IBCCRIM*, pp. 3-4.

TRAPPE, Grace Marie Luise Schild

- 1995 *Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen bei der Gehilfenschaft*, Berna: Stämpfli + Cie AG.

TERREROS, Felipe Villavicencio

- 2007 *La Imputación Objetiva en la Jurisprudencia Peruana*, disponível em: <http://www.cienciaspenales.net> [consultado em: 13.17.2013].

WELZEL, Hans

- 1969 *Das Deutsche Strafrecht*, 11.^a ed., Berlin: Walter de Gruyter.

WOHLLEBEN, Marcus

- 1996 *Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen*, München: C. H. Beck.

ZAFFARONI, Eugenio Raul

- 2003 *Manual de Derecho Penal – Parte General*, Buenos Aires: EDIAR.

DOSSIER TEMÁTICO

Prova

STANDARDS DE PROVA E GRAU DE CONVICÇÃO DO JULGADOR¹

Mafalda Melim

ABSTRACT: *The purpose of this paper is to analyse the standard of proof used in criminal proceedings, by comparing the common law systems with the civil law systems – namely in the Portuguese criminal procedure. The paper suggests a dynamic perspective, emphasizing the different standards used on the various stages of the proceedings (e.g. public prosecutors accusations and Court judgments).*

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito de standards de prova e o direito processual penal português. 1.1. Os standards de prova no sistema anglo-saxónico. 1.2. Figuras conexas. 1.2.1. Ónus da prova. 1.2.2. Modelos de prova. 2. Graus de convicção no processo penal português. 3. Standards de prova e princípios do processo penal. 3.1. O princípio da livre apreciação. 3.1.1. O sistema da prova livre. 3.1.2. A formação da convicção do julgador. 3.1.3. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação. 3.1.4. Standards de prova e princípio da livre apreciação. 3.2. O princípio da investigação e o sistema acusatório. 3.2.1. A estrutura do processo penal português. 3.2.2. O princípio da investigação. 4. A relação entre os standards e os modelos de prova. 4.1. Modelos argumentativos. 4.1.1. A proposta de John Henry Wigmore. 4.1.2. New Evidence Theory (NET). 4.2. Modelos narrativos. 4.3. Modelos híbridos. 5. Método probabilístico. 5.1. Probabilidade objetiva. 5.2. Probabilidade subjetiva ou Bayesiana. 6. As consequências da adoção de um modelo híbrido na valorização da prova. 6.1. A necessidade de utilização de um modelo híbrido. 6.2. Standards de prova e modelo híbrido. 6.3. As narrativas como objeto típico dos standards de prova. 7. Uma abordagem dinâmica: os standards de prova ao longo do processo. 7.1. No inquérito e na instrução. 7.2. No julgamento. 7.3. Na fundamentação da sentença. II. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

O tema dos standards de prova não se inclui no núcleo de tópicos preferenciais da doutrina processual penal portuguesa. Provavelmente por ser encarado como um problema típico dos sistemas anglo-saxónicos. Contudo, cremos existirem motivos para um jurista português abordar esta questão. Com efeito,

¹ O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

a construção da convicção do julgador, nas diferentes fases do processo, carece de um tratamento mais profundo do que aquele que lhe é dado a partir do princípio da livre apreciação da prova. Nesse sentido, propomo-nos tratar neste trabalho a problemática dos *Standards de prova e grau de convicção do julgador*.

A necessidade de fundamentação encontra-se subjacente a qualquer decisão judicial. Para que tal dever de fundamentação seja devidamente cumprido, é imperativo que o julgador consiga transmitir o percurso de formação da sua convicção. De facto, a posição tomada deve ser apreensível por todos os intervenientes, através das razões aduzidas pelo decisor. Deste modo, consideramos pertinente tratar o problema dos diferentes graus de convicção exigidos para a tomada de decisões ao longo do processo. Por esse motivo, centraremos a nossa análise na indagação da possibilidade de transpor o conceito anglo-saxónico de standards de prova para o sistema português. Para isso, debruçar-nos-emos sobre alguns princípios do sistema processual penal nacional, articulando-os com as (possíveis) funções desempenhadas pelos standards de prova. Posteriormente, apresentaremos uma visão dinâmica da problemática, focada na evolução do processo.

A escolha deste tópico de reflexão prende-se com uma preocupação de determinação das condições de valoração da prova. Efetivamente, afigura-se-nos relevante compreender os critérios que permitem considerar provada uma dada realidade. Do mesmo modo, parece-nos indispensável assimilar o raciocínio que leva a infirmar a verificação de um concreto evento. Com esse propósito, encararemos os standards de prova como um instrumento pertinente ao serviço do julgador, que o auxiliará não só na formação da sua convicção, mas também na fundamentação das suas decisões.

1. O conceito de standards de prova e o direito processual penal português

1.1. Os standards de prova no sistema anglo-saxónico

A evolução das diferentes tradições jurídicas corresponde a uma necessidade de adequação do direito às realidades sociais de cada momento histórico. Partindo de paradigmas distintos, o conjunto de soluções encontrado pelos diversos modelos articula-se necessariamente com uma herança pretérita. A emergência do conceito de standards de prova no sistema anglo-saxónico e a sua (aparente?) ausência no sistema português comprova esta situação.

O standard de prova pode ser definido como o grau de convicção mínimo exigido para considerar provado um determinado evento, *i.e.* o nível a partir do qual se entenderá suficientemente demonstrada a ocorrência de uma qualquer

circunstância². Trata-se de uma figura que pretende auxiliar o julgador no processo de valoração da prova³, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido.

Como referem os inúmeros estudos⁴ dedicados ao tema, esta problemática relaciona-se com a necessidade de concretização dos critérios de apreciação da prova. É neste contexto que surgem interessantes propostas⁵ de articulação entre as ferramentas da Inteligência Artificial e a argumentação jurídica. O objetivo destes projetos consiste em traduzir, através de modelos formais, os requisitos para o preenchimento dos diversos standards de prova.

O sistema anglo-saxónico elenca tradicionalmente⁶ três standards de prova: *preponderance of evidence*⁷ – exige que seja mais provável a verificação de um determinado evento do que a sua não ocorrência (*more likely than not*); *clear and convincing evidence* – requer uma prova clara e convincente, demandando que a hipótese apresentada seja muito mais provável do que a sua negação (*much more likely than not*); *beyond reasonable doubt* – representa o standard mais exigente, impondo que não se verifique uma dúvida razoável quanto à responsabilidade penal do arguido. Na sequência dos estudos anteriormente referidos, alguns autores⁸ sugeriram uma quantificação para cada um destes standards. Assim, *grosso modo* entende-se que a prova preponderante equivaleria a uma probabilidade superior a 50%, a prova clara e convincente corresponderia a uma probabilidade superior a 75%, enquanto o standard mais exigente reclamaria uma probabilidade superior a 90%.

Ainda que o processo de formação da convicção do julgador represente uma questão comum a todas as áreas do direito, haverá sempre que distinguir

2 Haack, 2013: 67; Lopes, 2011: 235; Sousa, 2013: 373.

3 Neste contexto utilizaremos o conceito de prova sobretudo em dois sentidos: enquanto método ou caminho trilhado para a verificação da existência histórica de um determinado facto; e enquanto sinónimo de meios de prova, i.e., fonte de convencimento utilizada pelas entidades decisoras, a cada passo, acerca da veracidade dos *facta probanda* – Matta, 2004: 226; Mendes, 2013: 173; Silva, 2011: 140.

4 Entre muitos outros, Atkinson & Bench-Capon, 2007; Bex & Walton, 2012; Gordon & Walton, 2009; Prakken & Sartor, 2011; Tillers & Gottfried, 2006.

5 Bex, Prakken & Verheij, 2007; Gordon, 2007; Keppens & Schafer, 2006; Prakken & Sartor, 2011; .

6 Autores como Atkinson & Bench-Capon, 2007; Gordon & Walton, 2009 referem ainda standards como *Scintilla of evidence*, *Dialectical Validity*, utilizados em alguns dos modelos que propõem o recurso à Inteligência Artificial.

7 Ou *balance of probabilities* no Reino Unido, segundo Sousa, 2013: 377.

8 Pardo, 2013; Prakken & Sartor, 2011; Tillers & Gottfried, 2006.

os propósitos da tutela penal dos fins do direito civil. A esse pormenor foram sensíveis os juristas anglo-saxónicos, consagrando como standard base no direito penal o da prova para além de qualquer dúvida razoável, ao contrário do que acontece no direito civil, em que normalmente bastará uma prova preponderante⁹.

Mesmo desempenhando um indispensável papel em matéria de direito probatório, estes standards, tal como apresentados, não deixam de nos causar algumas inquietações. Com efeito, das explicações anteriormente aduzidas parece resultar que enquanto os dois primeiros standards se caracterizam necessariamente com recurso a noções probabilísticas, o último não só dispensa tais referências como é definido negativamente. Ora, se o recurso aos standards se justifica por um imperativo de concretização do processo de valoração da prova, não deveriam estes traduzir uma noção clara e exata do grau de convicção a atingir pelo julgador? Para além disso, relevaria esclarecer qual o objeto destes standards, *i.e.*, determinar se o julgador os aplicará separadamente a cada um dos *facta probanda*¹⁰ ou se, pelo contrário, deverá utilizá-los como instrumento de avaliação das diferentes hipóteses apresentadas.

Indagar se estes problemas justificam a recusa da figura dos standards da prova no sistema português constituirá a preocupação cimeira do nosso trabalho.

1.2. Figuras conexas

1.2.1. Ónus da prova

Antes de procedermos à análise dos standards de prova à luz do sistema jurídico português, importa relacionar esta figura com outros conceitos característicos do direito processual.

Num primeiro momento, importa sublinhar que os standards não se confundem com o ónus da prova¹¹. Distingue-se comumente em processo civil ónus da prova objetivo e subjetivo¹². De acordo com Pedro Múrias¹³, as posições tradicionais entendem o primeiro como “*o instituto que determina*

⁹ Sublinhando este ponto Lopes, 2011: 236.

¹⁰ Noção utilizada por Matta, 2004, para se referir aos factos que devem ser provados, *i.e.*, aos factos a demonstrar; no singular, *factum probandum*.

¹¹ Relacionando estas duas figuras, Keane, Griffiths & McKeown, 2010; Taruffo, 2003: 672-673.

¹² Outras distinções recorrentes referem o ónus de produção, de alegação e de impugnação.

¹³ Múrias, 2000: 21; Rego, 2013: 131.

segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é incerta a verificação de algum facto pertinente"; e o segundo como o instituto que "prescreve a qual das partes processuais incumbe alguma atividade probatória". Admitindo-se a distinção entre as vertentes objetiva e subjetiva¹⁴ do ónus da prova, cumpre desde já referir que a função desempenhada pelos standards seria a de auxiliar o julgador no momento da decisão, não se relacionando com a vertente subjetiva. De facto, se o ónus subjetivo se reporta à própria atividade probatória das partes, os standards constituem um instrumento de valoração da prova a aplicar pelo julgador. No que concerne ao ónus da prova objetivo, a relação estabelecida será mais imediata, tendo em conta que ambas as figuras se reportam ao processo de decisão do aplicador de direito. Neste contexto, diremos que a intervenção dos standards de prova é anterior à das regras sobre o ónus objetivo. Efetivamente, os standards de prova esclarecerão o julgador acerca do grau de convicção mínimo a atingir para considerar que um determinado evento ocorreu. Apenas a partir desse momento poderá o juiz socorrer-se dos ditames do ónus da prova para aferir do sentido da sua decisão¹⁵.

Concentrando-nos por ora na nossa disciplina, importa relembrar que a maioria da doutrina¹⁶ se pronuncia pela inexistência de ónus da prova no processo penal. As razões apresentadas para sustentar este entendimento poderão ser reconduzidas a três pontos principais: *i)* a consagração de um princípio de investigação (art. 340.º do Código de Processo Penal – CPP) no sistema processual penal português; *ii)* a posição e atribuições do Ministério Público (MP) no processo (art. 53.º CPP); *iii)* o princípio *in dubio pro reo*. Segundo esta conceção, a circunstância de o juiz deter poderes de investigação implica que possa suprir a passividade das partes. Assim, não faria sentido impor aos sujeitos processuais tal ónus, visto que ao tribunal caberia colmatar uma qualquer insuficiência que se revelasse determinante para a descoberta da verdade material. Paralelamente, a circunstância de o MP se achar vinculado ao cumprimento da legalidade objetiva obrigaria a infirmar a convicção de que lhe caberia sustentar a acusação a todo o custo, sob pena de ver a sua "pretensão" negada. Finalmente, a invocação do princípio *in dubio pro reo* permitiria sobretudo libertar o arguido da obrigação de provar a sua inocência.

14 Considerando que não existe no direito português um verdadeiro ónus da prova subjetivo Múrias, 2000: 23.

15 Keane *et al.*, 2010: 101; Prakken & Renooij, 2011: 132.

16 Como referem Dias, 1973: 128; Mesquita, 2011: 325; Silva, 2011: 154.

Ainda que não se defenda, em processo penal, a vigência das regras do ónus da prova nos mesmos termos do processo civil, não nos parece inviável aplicar aqui este conceito com algumas adaptações. Desde logo porque a previsão do princípio da investigação não significa que os sujeitos processuais se devam abster de apresentar provas que sustentem a respetiva posição. De facto, deste princípio não decorre de forma alguma que caiba ao tribunal toda a iniciativa probatória, sendo tal cenário claramente irrealista. Neste sentido, poderemos falar num *ónus de produção* enquanto ónus de investigar e apresentar em juízo elementos de prova que corroborem a matéria de facto controvertida constante das alegações de cada um dos sujeitos¹⁷. Concomitantemente, não será despiciendo atentar ao chamado *ónus de persuasão*, que traduz o objetivo da atividade probatória. Referindo-se ao momento da produção de prova, consiste na necessidade de afirmar um ponto de vista e contrariar as demais provas. Finalmente, afigura-se-nos relevante a noção de *ónus tático* que considera uma visão dinâmica do processo. Sugere-se, desta forma, que ao longo do julgamento se antecipe o sentido da decisão do tribunal, permitindo uma constante reavaliação da estratégia de cada um dos intervenientes¹⁸.

Estas três classificações foram desenvolvidas pela doutrina anglo-saxónica com o intuito de auxiliar os vários sujeitos no cumprimento do ónus subjetivo. Assim, distanciam-se dos standards de prova visto que se acham pensadas especificamente para orientar a atividade probatória da acusação e da defesa. Diferentemente, os standards de prova, ainda que possam desempenhar subsidiariamente essa função, surgem como um instrumento de valoração da prova, utilizado sobretudo pelo julgador. Desse modo, os ónus de produção e persuasão apenas indiretamente reclamam uma articulação com o standard aplicável, representando concretizações ou manifestações do dito ónus subjetivo. Como vimos, o ónus de produção refere-se à necessidade de apresentar em juízo elementos de prova que sustentem as alegações de cada sujeito, o que significa que o seu cumprimento dependerá de uma prévia atuação do interveniente em causa. Assim, este ónus relaciona-se sobretudo com a matéria de facto anteriormente alegada. O ónus de persuasão alude à própria conduta em juízo, referindo a necessidade de afirmar os seus pontos de vista e contrariar as restantes provas. Num certo sentido, cumprir o ónus de persuasão equivalerá a

17 Atkinson & Bench-Capon, 2007: 108; Gordon & Walton, 2009: 242; Gordon, Prakken & Walton, 2007: 285; Prakken & Sartor, 2011: 83.

18 Keane et al., 2010: 78, 80.

atingir o standard imposto. Contudo, não nos parece possível identificar estas duas figuras. Se bem virmos, situações haverá em que o defensor pretenderá apenas contradizer as provas da acusação, não almejando alcançar qualquer grau de convicção. O ónus tático, ao invés, pressuporá o recurso ao standard de prova, de maneira a antecipar o sentido da decisão do tribunal. Dessa forma, embora distintos, o ónus tático e os standards de prova encontram-se intrinsecamente relacionados¹⁹.

1.2.2. Modelos de prova

Outra categoria frequentemente associada aos standards de prova é a dos modelos de prova. Consequentemente, estes conceitos devem ser articulados atendendo às distintas tarefas que desempenham no processo. Ainda que de forma não suficientemente rigorosa²⁰ poderemos reconduzir os modelos de prova à perspetiva ou método de análise assumido pelo julgador aquando da valoração das provas carreadas para o processo *i.e.*, a forma como o aplicador de direito vai observar e articular os elementos de prova constantes do processo.

Por ora²¹ importa apenas sublinhar que se os modelos de prova representam a própria metodologia seguida pelo julgador no processo de valoração, os standards de prova têm como função fornecer o nível de convencimento mínimo que deverá ser alcançado numa determinada situação. Deste modo, diremos que os standards de prova regulamentam a final a atividade do juiz, enquanto os modelos integram a própria formação da convicção do julgador. Neste contexto, distinguem-se sobretudo três tipos de modelos de prova: *i)* modelos argumentativos; *ii)* modelos narrativos; *iii)* modelos híbridos.

2. Graus de convicção no processo penal português

Apesar de não recorrer à noção de standards de prova nos termos anteriormente expostos, o legislador português emprega diferentes expressões para representar os graus de convicção ao longo do processo. Sem qualquer preocupação de exaustividade, cumpre referir o recurso às noções de *suspeitas fundadas* – arts. 58.º/1 alínea *a*), 250.º, 272.º/1 CPP; *fundado receio* – arts. 142.º/1,

19 Keane et al., 2010: 101,102.

20 Não nos foi possível encontrar, em toda a bibliografia consultada, uma definição genérica do conceito de modelos de prova.

21 Nos capítulos 4 e 6 abordaremos com maior profundidade a relação entre os standards e os modelos de prova sublinhando as especificidades de cada uma das figuras.

227.º/1, 228.º/1, 257.º/2 alínea *b*) CPP; *suposição* – art.210.º CPP; *indícios* – arts. 171.º/1, 174.º/1 e 2, 246.º/5 alínea *a*) CPP; *prova bastante* – art. 277.º/1 CPP; *indícios suficientes* – arts. 277.º/2, 283.º/1, 285.º/2, 298.º, 302.º/4, 308.º/1 CPP; *indícios fortes* – arts. 200.º/1, 201.º/1, 202.º/1 alíneas *a* a *e*) CPP.

A utilização desta multiplicidade de expressões poderá relacionar-se, por um lado, com a fase em que o processo se encontra e, por outro, com as consequências da decisão a tomar. Assim, comprehende-se a exigência de *suspeitas fundadas* para a constituição de arguido (art. 58.º/1 *a*) CPP) enquanto o decretamento de uma prisão preventiva impõe a observância de *fortes indícios* (art. 202.º/1 *a*) CPP). De acordo com Albuquerque (2011: 110) haveria que distinguir apenas quatro níveis de convicção no direito português. Deste modo, diferenciariam entre *indícios para além da presunção de inocência*; *indícios fortes* ou *sinais claros*; *indícios suficientes* ou *prova bastante*; e ainda *indícios, indícios fundados, suspeitas, suspeitas fundadas, fundado receio*. Independentemente da bondade da sistematização proposta, importa sublinhar que o recurso à ideia de um grau de convencimento mínimo para proferir certas decisões encontra consagração no sistema português.

Com efeito, estas expressões traduzem o resultado que o julgador tem que atingir ao valorar os elementos de prova disponíveis em cada momento processual. Concomitantemente, o dever de fundamentação dos atos decisórios (art. 205.º/1 da Constituição da República Portuguesa – CRP; art. 97.º/5 CPP) impõe que o aplicador do direito transmita o percurso que lhe permitiu decidir naquele sentido. Desta forma, diremos que o proferimento de qualquer decisão – e a consequente fundamentação – serão influenciados pelo concreto nível de convicção demandado.

Não quisemos afirmar que o grau de convencimento exigido será mais intenso à medida que o processo avança²², pretendendo tão só constatar a permanente estipulação de um objetivo a atingir em cada ato decisório. Consequentemente, afigura-se-nos possível atestar que a função desempenhada pelos standards de prova no sistema anglo-saxónico será reconduzível aos propósitos da imposição de graus de convicção ao longo do processo. Resumidamente, enquanto o julgador americano sustenta a sua posição afirmando que o standard de prova aplicável se acha preenchido, o decisor português fundamenta a sua postura explanando por que se encontram reunidos elementos de prova que legitimem tal valoração.

22 Nesse sentido, Albuquerque 2011: 346.

No entanto, importa não desconsiderar algumas dificuldades apresentadas por esta eventual aproximação. Desde logo, a proposta dos sistemas de *common law* distingue os standards de prova aplicáveis ao direito civil – *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence* – daquele que seria o standard típico do direito penal – *beyond reasonable doubt*. Ora, o elenco anterior resulta apenas da análise do CPP, sugerindo a existência de diferentes standards dentro do próprio processo penal. Para além disso, ressurge a discussão acerca da determinação do objeto dos standards – relacionada, como vimos, com a problemática dos modelos de prova. Disporá já o decisor de uma narrativa no momento da constituição de arguido a que possa aplicar os standards de prova?

3. Standards de prova e princípios do processo penal

3.1. O princípio da livre apreciação

3.1.1. O sistema da prova livre

Os sistemas de valoração de prova consagrados nas diferentes épocas históricas refletem as preocupações típicas de cada sociedade. Assim, enquanto nos tempos do *Ius Romanum* se reconheciam as virtudes do princípio da prova moral, as exigências de segurança jurídica durante a Idade Média impuseram o sistema da prova legal ou tarifada²³. Os ideais revolucionários e o Iluminismo do século XVIII encarregaram-se de efetivar o corte com o *Ancien Régime*, repescando o critério da livre convicção. Como refere Figueiredo Dias (1974: 200) é também nesse contexto que surge a instituição do júri como entidade competente para a apreciação da prova em processo penal. Desse modo, exige-se que o método²⁴ de valoração da prova se adeque a indivíduos sem qualquer formação jurídica.

O modelo da prova livre emerge como contraponto da prova legal, que se caracteriza por fornecer *a priori* o valor de cada meio de prova carreado para o processo, procurando desta forma garantir a igualdade e a segurança jurídica²⁵. Equivale isto a afirmar, num primeiro momento, que a livre apreciação da prova determina que o juiz não se encontra sujeito a normas jurídicas abstratas que

23 Dando conta da evolução histórica desta problemática Correia, 1967: 7-8; Dias, 2004: 198-202; Matta, 2004: 234-238; Mendes, 2010: 1000; Rainho, 2006: 147-148; Silva, 2011: 182-184.

24 Referindo o princípio da livre apreciação da prova como um princípio metodológico Beltrán, 2013: 22; Matta, 2004: 226; Silva, 2006: 47.

25 Matta, 2004: 234; Neves, 2011: 56.

predeterminem o resultado do processo de valoração, e que haverá que atender às concretas circunstâncias do caso²⁶.

No entanto, uma formulação nestes termos não nos permite compreender nem as implicações deste princípio nem os critérios a observar no momento de valoração da prova. Estes aspetos carecem de uma efetiva concretização, já que se reconduzem a exigências de certeza jurídica, podendo inclusive interferir com a garantia de um duplo grau de jurisdição (art. 410.º/2 CPP)²⁷.

Nesse sentido, procuraremos analisar o processo de formação da convicção do julgador, tendo desde já em conta que a íntima convicção não se poderá confundir, em momento algum, com a arbitrariedade.

3.1.2. A formação da convicção do julgador

O princípio da livre apreciação da prova, previsto no art.127.º CPP, consagra a vigência do sistema de prova livre no processo penal português. Paralelamente, o art.125.º CPP possibilita a existência de meios de prova atípicos, vedando apenas provas proibidas por lei.

Segundo o disposto na referida norma, a apreciação da prova será realizada “segundo as regras da experiência e a livre convicção” do julgador. Assim, podemos considerar que a metodologia proposta integra dois critérios distintos: *i) as regras da experiência; ii) a livre convicção do julgador*. Diremos então que os instrumentos de que o aplicador do direito dispõe no momento de valoração da prova correspondem a estes dois elementos²⁸.

No que concerne ao carácter livre da convicção, sublinha a doutrina²⁹ que não se trata da consagração de um mero convencimento emocional imotivado. Com efeito, o emprego da expressão “livre” visa sobretudo reforçar a ideia de que estaremos perante uma convicção pessoal do julgador independente de qualquer tabelamento pré-definido. O resultado alcançado no final do processo de valoração da prova será a conclusão *daquele juiz para aquele* diferendo.

Significa esta asserção que o entendimento do julgador se apresentará como um instrumento de “valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns

26 Beltrán, 2013: 23, 26; Dias, 2004: 200; Sousa, 203: 324.

27 Matta, 2004: 252.

28 Apresentando as máximas da experiência, o dever de fundamentação e o direito de recurso como elementos que impedem a arbitrariedade, Silva, 2011: 557.

29 Correia, 1967: 29; Correia, 1961: 182; Dias, 1974: 202; Matta, 2004: 256; Neves, 2011: 90; Rainho, 2006: 153; Sousa, 2013: 325.

*da lógica, da razão*³⁰, traduzindo uma apreciação objetivável e intersubjetiva. Trata-se de uma liberdade de acordo com um dever³¹ que impõe uma decisão motivada assente em raciocínios válidos e coerentes, aferíveis com recurso às regras da lógica e da racionalidade³².

Neste aspecto cumpre garantir que os destinatários da decisão e a própria sociedade compreendem a motivação do julgador³³. Deste modo, os parâmetros de valoração *daquele* juiz devem transmitir uma posição racionalmente válida no contexto em causa.

Considerando por ora as regras da experiência, importa refletir sobre o papel que desempenham na valoração da prova. Para isso, releva esclarecer a própria noção de regras ou máximas da experiência. Segundo a formulação de Stein (Sousa, 2013: 330) trata-se de “*definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos factos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem assumir validade para outros novos*”. Em jeito de síntese escreve Taruffo (2001: 186) que “*a máxima da experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas*”. Funcionam como leis gerais que indicam ao homem médio o habitual estado das coisas, a sequência normal de certos eventos. Neste contexto, é habitual distinguir entre as generalizações de senso comum e as máximas da experiência que traduzem um conhecimento técnico, mencionando-se a este propósito a necessidade de recurso à prova pericial³⁴.

Impera por ora ater à função probatória destas regras da experiência³⁵. Desde logo, desempenham um papel essencial na construção de presunções judiciais. De facto, são estas máximas que permitem ao julgador inferir um facto desconhecido a partir de um outro de que tem conhecimento.

30 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 165/96 (Monteiro Diniz).

31 Dias, 1974: 202.

32 Beltrán, 2013: 26; Silva, 2011: 185.

33 Bex & Verheij, 2012: 327; Correia, 1967: 29; Correia, 1961: 184; Dias, 1974: 204.

34 Lopes, 2011: 238; Silva, 2011: 188. Distinguindo estas regras consoante a sua fonte em máximas da experiência comum, máximas da experiência técnica e máximas da experiência axiológica, Sousa, 2013: 334-337.

35 Em especial sobre a função das regras da experiência, Mendes, 2010: 1004-1007; Neves, 2011: 28; Silva, 2011: 187.

Para além disso, estes conhecimentos empiricamente corroborados facultam ao aplicador do direito uma panóplia de critérios de valoração, especialmente relevantes nos casos em que se verificam as chamadas *evidential gaps*³⁶, i.e., quando não é possível reunir prova acerca de um determinado facto. Se for possível inferir esse *factum probandum* a partir de um outro, através de uma destas máximas, teremos uma manifestação da função probatória destas regras. Da mesma maneira, e como refere Matta (2004: 231) os estados de alma pres-supostos por alguns tipos de crime, sendo insusceptíveis de qualquer demonstração, só poderão ser associados aos comportamentos penalmente relevantes através de regras da experiência.

Ao mesmo tempo que o acompanham no processo de valoração da prova, estas leis gerais constituem um importante fator de sustentação das conclusões do juiz. Como sabemos, a decisão do julgador deve espelhar uma convicção objetivável e motivável, apreensível pelos destinatários³⁷, reproduzida na funda-mentação.

3.1.3. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação

O dever de fundamentação das decisões dos tribunais encontra consagração constitucional no art. 205.º/1, remetendo para a lei a concretização desta obrigação. De acordo com o preceituado no art. 97.º/5 CPP os atos decisórios proferidos no processo são sempre fundamentados, exigindo-se referência expressa aos motivos de facto e de direito que conduziram àquela conclusão. No mesmo sentido, o art. 365.º/3 CPP prevê que cada juiz e jurado enuncie as razões da sua opinião. Paralelamente, o art. 374.º/2 CPP elenca a fundamentação como requisito da sentença, sendo a sua omissão causa de nulidade (art. 379.º/1 a) CPP).

A vigência no sistema processual penal português do princípio da livre apreciação da prova em nada afeta os corolários do dever de fundamentação³⁸. Se relembrarmos que a livre convicção do julgador deve conduzir a uma conclusão sólida e sustentada por raciocínios válidos para qualquer destinatário do direito, compreendemos que estes dois elementos estabelecem entre si uma relação simbiótica.

36 Utilizam este conceito vários autores de entre os quais Bex, van Koppen, Prakken & Verheij, 2010: 155.

37 Dias, 1974: 205; Neves, 1968: 509.

38 Relacionando estes dois tópicos, Lopes, 2011: 235; Mendes, 2010: 1001; Neves, 2011.

De facto, a necessidade de fundamentar as opções tomadas acompanha o juiz ao longo de todo o processo. Esta permanente exigência de justificação obriga a um grau superior de ponderação na formação da convicção do julgador, impondo-lhe que a cada momento clarifique as razões que o permitiram alcançar uma determinada decisão³⁹. Da mesma forma, entendemos que o princípio da livre apreciação da prova só poderá subsistir num sistema que requeira a explanação do processo de decisão do juiz, que demande uma concatenação racional e lógica entre provas relevantes e os factos investigados e que reclame uma apreciação dos factos provados à luz do direito vigente⁴⁰. Nas palavras de Matta (2004: 255) “*o dever de fundamentação das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do princípio da livre apreciação da prova*”.

3.1.4. Standards de prova e princípio da livre apreciação

Das observações anteriormente aduzidas concluímos que o princípio da livre apreciação da prova não admite o arbítrio do julgador, articulando-se com uma constante exigência de fundamentação. Na mesma altura referimos que a convicção do decisor deveria resultar de uma ponderação de diferentes critérios, de entre os quais destacámos as regras da experiência.

Definimos os standards de prova como o grau de convicção exigido para considerar provado um determinado evento, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido. Nesse âmbito referimos ainda que os standards poderiam auxiliar o decisor no processo de valoração da prova, surgindo como metas a alcançar nos diversos casos.

Desse modo, estamos em crer que uma eventual transposição desta figura se encontra intrinsecamente relacionada com o princípio da livre apreciação. Do nosso ponto de vista, podemos encarar este princípio de duas perspetivas diferentes⁴¹: por um lado, trata-se de um mecanismo de valoração da prova, que permite ao juiz apreciar os elementos probatórios carreados para o processo que se afigurem relevantes para a decisão da causa – e que não constituam, naturalmente, prova proibida. Nesta vertente, a livre convicção desempenha uma função ordenadora, assumindo-se como uma consagração de que o peso a atribuir a cada prova apresentada será determinado pelo juiz. Numa outra

39 Neste sentido se pronuncia o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2007 (Paulo Mota Pinto).

40 Silva, 2011: 559.

41 Referindo-se a esta possibilidade Lopes, 2011: 234.

aceção, consideramos que a livre apreciação se concretiza no dever de fundamentação. Como vimos, apenas através do adequado cumprimento deste dever teremos acesso ao efetivo processo de valoração levado a cabo pelo aplicador do direito. De certa forma, o dever de fundamentação constante do art. 97.º/5 CPP constitui um pilar da livre apreciação da prova⁴². De facto, mesmo que estejamos perante uma decisão resultante de uma adequada ponderação dos valores em discussão, a omissão da fundamentação determina a nulidade da sentença (379.º/1 a) CPP).

Assim, pretendemos nesta sede⁴³ realçar apenas a nossa intuição de que os standards de prova poderão integrar o sistema processual penal português assumindo-se como uma vertente relevante da livre convicção.

3.2. O princípio da investigação e o sistema acusatório

3.2.1. A estrutura do processo penal português

De acordo com o disposto no art. 32.º/5 CRP “*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”. Dessa forma, encontra-se constitucionalmente previsto o modelo acusatório, que se caracteriza sobretudo por uma separação entre a entidade que acusa e a entidade julgadora, como forma de garantia da imparcialidade do juiz⁴⁴. Como manifestação dessa preocupação de imparcialidade atribui-se ao julgador, no modelo acusatório puro, uma posição super partes, vedando-lhe qualquer iniciativa probatória⁴⁵. Nesse sentido, a formação da convicção ocorre *secundum allegata et probata*⁴⁶ cabendo ao juiz apenas dirigir o julgamento. Por esse motivo, associa-se tradicionalmente o sistema acusatório à obtenção de uma verdade formal, previamente fixada pela atividade dos sujeitos. O julgamento é aqui encarado sobretudo como sede de garantia do contraditório, e não como um momento de procura da verdade material⁴⁷.

42 Nesse sentido, Neves, 2011: 145.

43 Trataremos em especial a relação entre os standards de prova e o dever de fundamentação no capítulo 7, *infra*.

44 Sobre os modelos acusatório e inquisitório Dias, 1974: 58; Ferreira, 1955: 41; Martins, 1999: 401; Neves, 2011: 63; Silva, 2010: 72.

45 Neves, 1968: 34; Silva, 2011: 158.

46 Silva, 2011: 158.

47 O modelo consagrado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra é tradicionalmente reconduzido ao sistema acusatório puro, também chamado adversarial – Mendes, 2013: 32.

O preceituado no art.32.º/5 CRP deve ser interpretado tendo em conta o “*estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com um princípio da investigação judicial*”⁴⁸. Com efeito, a rígida separação entre os sistemas inquisitório e acusatório foi atenuada pela emergência de uma estrutura mista ou eclética. De acordo com Mendes (2013: 31) este modelo terá surgido com o *Code d'Instruction Criminelle* francês de 1808, almejando potenciar as vantagens das perspetivas até então conhecidas.

Em termos genéricos, diremos que esta proposta se reconduz ao modelo acusatório, mitigado por um princípio da investigação, que permitiria a obtenção da verdade material⁴⁹. Assim, o processo seria dividido em duas fases distintas: a instrução e o julgamento. Enquanto a primeira se destinaria à procura e recolha de provas, encontrando-se a cargo do MP, a segunda materializaria os corolários do sistema acusatório, assentando da realização do julgamento, norteado pelos princípios da publicidade, oralidade e contraditório⁵⁰. Para além disso, ao julgador seriam facultados mecanismos jurídicos que lhe permitiriam ultrapassar a atividade probatória dos sujeitos na procura da verdade material.

3.2.2. O princípio da investigação

O princípio da investigação conhece consagração legal no art.340.º CPP, que permite ao tribunal ordenar oficiosamente a produção de meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Segundo Figueiredo Dias (1974: 192) este princípio não contraria a estrutura acusatória do processo, já que não prejudica a atividade probatória desenvolvida pelo MP. Assim, a principal consequência da previsão do princípio da investigação prende-se com a circunstância de o tribunal não mais se achar limitado às provas carreadas para o processo pelos restantes intervenientes processuais⁵¹. Consequentemente, deverá o juiz “*investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento, procurando a determinação da verdade material*”⁵².

48 Art. 2.º/2 alínea 4) da Lei n.º 43/86 de 26 de setembro (Lei de Autorização Legislativa em matéria de processo penal).

49 Dias, 1974: 193; Silva, 2010: 73.

50 Neves, 2011: 64.

51 Dias, 1974: 192.

52 Silva, 2010: 101; Silva, 2011: 157. Nos termos do art.327.º/2 CPP, os meios de prova oficiosamente produzidos pelo tribunal encontram-se igualmente sujeitos ao princípio do contraditório.

Com efeito, a legislação processual penal contém diversas concretizações do princípio da investigação, garantindo a sua vigência em diferentes momentos⁵³. Como sublinha Mesquita (2011: 258) o recurso a este princípio encontra-se limitado aos casos em que tais diligências probatórias se afigurem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa⁵⁴.

O próprio Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 137/02⁵⁵, considerou que “não há dúvida de que o princípio da investigação ou da verdade material, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, tem valor constitucional”. Todavia, não significa isto que o juiz se deva substituir à acusação ou à defesa, havendo que considerar, desde logo, os limites relativos ao objeto do processo⁵⁶. Na nossa opinião, e como veremos adiante, o princípio da investigação revelar-se-á extremamente útil na resolução das dúvidas do tribunal, emergentes da atividade probatória dos sujeitos processuais.

4. A relação entre os standards e os modelos de prova

Durante a nossa exposição procurámos antever as diferentes tarefas atribuíveis aos standards e aos modelos de prova na formação da convicção do julgador. Nesse contexto, defendemos que os modelos de prova traduzem a própria metodologia adotada pelo aplicador do direito, enquanto os standards surgem como um critério avaliador do resultado obtido.

Relativamente a estes modelos, referimos ainda⁵⁷ que o principal contributo desta categoria para o presente estudo se prende com a problemática do objeto dos standards da prova. Com efeito, consideramos que o percurso escolhido pelo julgador aquando da apreciação da prova influirá no resultado alcançado. Concretizando: a adoção da perspetiva argumentativa originará tendencialmente uma fundamentação individualizada relativamente a cada um dos elementos de prova apresentados, enquanto a aplicação do modelo narrativo preocupar-se-á em apresentar uma hipótese explicativa da sequência de eventos que terá conduzido à situação *sub judice*.

53 Arts. 53.º/1, 158.º, 179.º/1, 181.º/1 e 299.º e 323.º/a) e b) CPP.

54 No mesmo sentido, o art.124.º/1 CPP esclarece que “constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis”.

55 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 137/02 (Sousa Brito).

56 Silva, 2011: 160.

57 Ponto 1.2.2 *supra*.

Por esse motivo, a breve incursão que empreenderemos neste capítulo pretenderá analisar as propostas de cada modelo, de forma a discernir as principais implicações para a questão referida. No capítulo 6 conheceremos as razões e as consequências da adoção de um destes modelos.

4.1. Modelos argumentativos

A primeira proposta a considerar reconduz-se aos modelos argumentativos. Estes modelos propõem que o processo de valoração da prova se efetive com recurso ao confronto entre argumentos inferidos a partir das provas recolhidas. Esta perspetiva assume um carácter atomístico, impondo a análise individualizada de cada meio de prova carreado para o processo⁵⁸.

De forma a compreender a sugestão deste modelo, exemplifiquemos o raciocínio a empregar: 1.º) o julgador é confrontado com um determinado meio de prova, p.e., as declarações de uma testemunha que afirma ter visto A disparar sobre B; 2.º) o aplicador socorre-se de regras da experiência⁵⁹ relevantes para a situação, *in casu*, se uma pessoa observou o evento X, isso *normalmente* permite concluir que o evento X ocorreu; 3.º) aplicando a máxima da experiência ao caso, o julgador formula o argumento: A disparou sobre B.

Sumariamente, diremos que este percurso se traduz na aplicação do silogismo condicional *modus ponens*⁶⁰ aos elementos de prova disponíveis. Como explicámos, o aplicador do direito formulará este tipo de inferências relativamente a todas as provas apresentadas no processo. Assim, surgirão naturalmente contra-argumentos que pretendão sustentar a posição de cada um dos intervenientes processuais. Nessa altura, importará comparar os diferentes argumentos aduzidos⁶¹ com o intuito de discernir que factos se poderão considerar demonstrados.

De entre as vantagens do modelo argumentativo contam-se sobretudo a possibilidade de análise cuidada, rigorosa e pormenorizada de todos os elementos de prova, bem como a suscetibilidade de compreensão do raciocínio

58 Bex, 2013; Bex & Verheij, 2012: 326 Bex et al., 2010: 129-131; Bex et al., 2007: 148; Gordon & Walton, 2009: 241; Gordon et al., 2007: 877; Prakken & Sartor, 2011: 84.

59 Em inglês, *generalisations* ou *evidential generalisations*, por se aplicarem às provas (*evidence*) constantes do processo – Bex et al., 2010: 129.

60 Na terminologia sugerida por Walton & Reed, 2002 trata-se de *defeasible modus ponens*. Com efeito, a premissa maior apresenta-se como condicional, o que significa que a verdade das premissas garante a validade da conclusão.

61 Gordon & Walton, 2009: 240; Prakken & Sartor, 2011: 84.

que leva à comprovação de cada *factum probandum*⁶². Concomitantemente, esta abordagem permite a formulação de contra-argumentos relevantes, que, se afastados, reforçam as conclusões anteriormente alcançadas. Além disso, trata-se de um modelo predominantemente normativo, visto que apresenta ao julgador o caminho a percorrer aquando da valoração da prova⁶³.

No entanto, esta conceção atomista não permite a obtenção de uma visão de conjunto acerca das circunstâncias do caso⁶⁴. Deste modo, obriga o aplicador do direito a construir múltiplos argumentos, exigindo que se certifique da correspondência das premissas com a situação concreta, afastando todo e qualquer contra-argumento que infirme tal conclusão.

Atendendo a esta solução, os standards de prova aplicar-se-iam individualmente a cada um dos *facta probanda*. Posteriormente ao raciocínio descrito, o julgador deveria certificar-se do cumprimento do grau de convicção mínimo exigido⁶⁵. Assim, os standards surgiriam como forma de avaliar a qualidade das provas⁶⁶, com o intuito de aferir se aquele facto se poderia considerar provado.

4.1.1. A proposta de John Henry Wigmore

No contexto destes modelos abordaremos brevemente alguns contributos individuais. O primeiro reconduz-se à sugestão de Wigmore, por vezes identificado como o fundador do modelo argumentativo⁶⁷. O principal legado deste autor reconduz-se à elaboração de um modelo de representação gráfica do raciocínio subjacente ao processo de valoração da prova, conhecido como *Wigmore's chart* (fig. 1). Assim, partindo da distinção entre *factum probandum* e *facto probans*⁶⁸ propõe-se esquematizar as inferências que permitem a obtenção das diferentes proposições e a relação entre os argumentos com recurso a um diagrama argumentativo. Através deste método, Wigmore pretendeu expor possíveis razões para duvidar das conclusões alcançadas, assumindo um propósito mais crítico que construtivo⁶⁹.

62 Bex et al., 2010: 134.

63 Bex & Verheij 2012: 328.

64 Bex, 2013; Bex et al., 2010: 134; Pereira, 2013: 231.

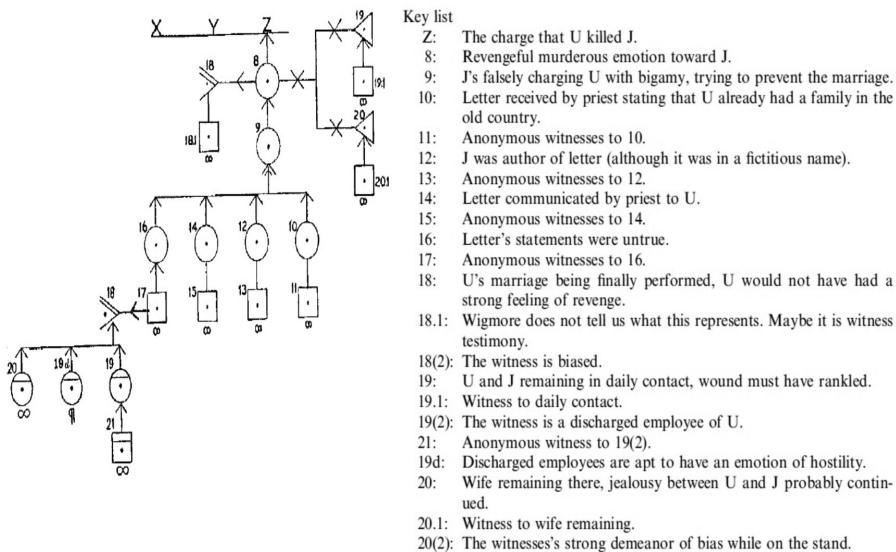
65 Questão distinta seria a determinação do standard exigido para cada um dos elementos de prova.

66 Neste sentido, Haack, 2013: 78.

67 Assim, Bex, 2013.

68 *Factum probandum* refere-se à proposição ou argumento a ser estabelecido; *factum probans* consiste no material fáctico que suporta esse argumento – Wigmore, 1931: 5.

69 Bex, Prakken, Reed & Walton, 2003: 128-133.

FIGURA 1 – Wigmore's chart para o caso Umilian⁷⁰

4.1.2. New Evidence Theory (NET)

Ainda no âmbito destes modelos, julgamos adequado olhar à conceção que consubstancia a evolução dos ditames do esquema argumentativo básico⁷¹. Esta proposta inspira-se na metodologia adotada por Wigmore, procurando esclarecer o papel das generalizações no processo de argumentação jurídica⁷². Neste sentido, pretende demonstrar que para além de graficamente representados, os argumentos podem sustentar diferentes hipóteses explicativas dos factos observados. Assim, a novidade introduzida por esta orientação reside na possibilidade de utilizar as máximas da experiência como elo de ligação

70 Este diagrama é apresentado e explicado em Wigmore, 1931: 62-66 e objecto de reflexão em Bex et al., 2003: 129-132. Por ora importa apenas dar conta que cada linha traduz uma inferência entre proposições; cada seta representa uma inferência dos factos para a proposição; cada quadrado corresponde a uma prova testemunhal; cada círculo a uma prova circunstancial; cada triângulo a uma prova que corrobora uma inferência; cada ângulo constitui uma prova “explicativa”; as duas barras na linha superior do ângulo indicam que a prova foi apresentada pelo arguido; o símbolo ∞ significa que a prova foi prestada perante autoridade judicial; a cruz em cima da linha dá conta de uma inferência “forte” e o ponto esclarece que aquele facto se considera demonstrado.

71 Apresentando a NET como um desenvolvimento da proposta de Wigmore Bex et al., 2003: 127; Bex et al., 2007: 147; Bex & Verheij, 2012: 328.

72 Bex et al., 2007: 147.

entre as provas constantes do processo e os argumentos que fundamentam as potenciais hipóteses explicativas. Concomitantemente, refere-se a necessidade de construir hipóteses a partir dos argumentos formulados. Fundamentalmente, a NET propõe a utilização destas generalizações na construção dos argumentos, a partir das provas disponíveis; posteriormente, tais argumentos poderão sustentar hipóteses explicativas. Contudo, esta perspetiva não poderá ainda ser encarada como um modelo híbrido uma vez que “*apesar de reconhecer a importância das narrativas na descoberta dos factos e na análise probatória, não as incorpora na Wigmore's chart*” (Bex et al., 2007: 147), atribuindo-lhes um papel secundário.

4.2. Modelos narrativos

A emergência dos modelos narrativos explica-se, sobretudo, por uma constatação acerca da forma de assimilação da informação fornecida pelos elementos de prova. Efetivamente, os estudos de Pennington & Hastie (1986, 1988) demonstraram que os membros do júri se socorrem dos elementos de prova para construir narrativas ou histórias acerca do contexto em que o crime terá ocorrido. Seguidamente, compararam as narrativas elaboradas procurando determinar qual delas deverá ser aceite como a mais plausível⁷³.

Nesse sentido, segundo a perspetiva narrativa deverão integrar-se as diferentes provas recolhidas em “*sequências cronológicas e coerentes de eventos acerca do que poderá ter acontecido no caso*” (Bex & Verheij, 2010: 74). Desta forma, articulam-se os dados fornecidos pelos elementos de prova constantes do processo, construindo narrativas que deem conta das (possíveis) causas das observações verificadas⁷⁴. A determinação de tais causas será feita com recurso a um raciocínio abdutivo⁷⁵: admitindo que à causa *C* corresponde o efeito *E*, a verificação do efeito *E* permite inferir a ocorrência da causa *C*.

Transpondo esta estrutura para a realidade jurídica, o modelo narrativo impele o decisor a conceber diferentes hipóteses (causas) que possam explicar o crime (efeito/consequência). Em seguida, será necessário avaliar os diversos cenários construídos de modo a escolher uma única história. Por esse motivo,

73 A previsão de narrativas alternativas constitui uma concretização da proposta da *Inference to the Best Explanation* (IBE). Com efeito, um raciocínio puramente abdutivo admitiria a construção de apenas uma narrativa.

74 Nas palavras de Bex & Verheij, 2010: 74 “*in this approach, the evidential data in the case should be causally explained by such hypothetical stories through abductive inference*”.

75 Acerca do raciocínio abdutivo aplicado neste contexto Bex & Verheij, 2010: 75; Bex & Walton, 2010.

importa distinguir três momentos na aplicação deste modelo: *i)* o processo de construção das narrativas; *ii)* representação das possibilidades de decisão; *iii)* a análise das hipóteses apresentadas⁷⁶.

Como vimos, a elaboração de diferentes cenários consiste em olhar para as provas recolhidas e elencar possíveis hipóteses explicativas. Essas potenciais causas são-nos dadas, as mais das vezes, por regras da experiência comum. Por exemplo: no caso *Commonwealth of Massachusetts v. Johnson*⁷⁷ a constatação de que o arguido trazia consigo uma navalha no dia do crime poderia ser explicada considerando que esse era um hábito de Johnson ou admitindo que a teria ido buscar com o propósito de matar a vítima.

Raciocínio semelhante deve ser aplicado aos restantes elementos de prova constantes do processo, não se prevendo a construção de quaisquer argumentos. Sobretudo, importa relembrar que a narrativa deve conter uma ação principal – normalmente a prática do facto típico – que determina a relevância dos restantes elementos⁷⁸. Com efeito, na perspetiva narrativa as provas são conjugadas numa sequência de episódios⁷⁹ que origina uma história capaz de explicar os factos observados. As relações expressas em cada episódio incluem as situações que despoletam determinados estados psicológicos do arguido (*initiating events; psychological states*), e que se traduzem na formulação de certos objetivos (*goals*); esses propósitos impulsionam posteriores atitudes (*actions*), que explicam um determinado resultado (*consequences*)⁸⁰. Pennington & Hastie, (1986: 243) referem ainda os *physical states* que poderão relevar num momento inicial, permitindo a adoção de certos comportamentos; ou como resultado desse contexto prévio, dando origem a certos estados mentais ou intenções. Naturalmente que as concretas provas apresentadas delimitam as narrativas a construir, sendo inclusive possível (e desejável) que estabeleçam entre si uma relação causal ou temporal⁸¹.

O segundo momento referido, relativo à representação das possibilidades de decisão, encontra-se pensado sobretudo para o júri americano. Como sabemos,

76 Pennington & Hastie, 1986: 243.

77 Caso utilizado nas experiências realizadas por Pennington & Hastie, 1986 e 1988.

78 Verheij & Bex, 2009.

79 *Episode schema* na terminologia de Pennington & Hastie, 1986: 243 “describes a general knowledge structure representing a standard event sequence for events in both the real world and in stories”.

80 Bex & Verheij, 2010: 74; Pennington & Hastie, 1986: 243.

81 Pennington & Hastie, 1986: 254.

o júri recebe instruções do juiz acerca dos veredictos possíveis em cada caso. Nesse contexto, esta fase relaciona-se com a necessidade de compreender as características específicas de cada um dos tipos de crime potencialmente aplicáveis⁸². Na realidade processual penal portuguesa, em que a intervenção júri não será tão frequente, esta etapa não assumirá idêntica relevância. Contudo, parece-nos ainda assim importante, uma vez que permite chamar a atenção para os traços específicos de certos tipos de crime privilegiados e qualificados, bem como para os contornos das diferentes incriminações de perigo.

A avaliação das hipóteses consiste, *grosso modo*, na determinação da melhor narrativa apresentada⁸³. De acordo com Bex (2009) os critérios de análise das narrativas reconduzem-se à *abrangência*⁸⁴ e à *coerência*. A primeira refere-se à quantidade de provas apresentadas abrangidas pela hipótese; a coerência, por seu turno, divide-se em três subcritérios: *i) consistência* – reporta-se à inexistência de contradições internas entre as diferentes partes da narrativa; *ii) plausibilidade* – consiste na conformidade da história com o senso comum do decisor; *iii) completude*: exige que a narrativa global contenha todos os elementos referidos na estrutura do episódio (contexto inicial, estados psicológicos, objetivos ou intenções, ações, consequências e, eventualmente, estados físicos).

Assim, o modelo narrativo pode ser caracterizado como predominantemente descriptivo, causal, dialético e holístico⁸⁵. Efetivamente, o propósito do modelo narrativo reconduz-se a reproduzir o cenário em que a comissão do facto típico ocorreu, propondo o estabelecimento de uma relação causal entre os diferentes meios de prova constantes do processo. No permanente processo de construção das narrativas, são relevantes as regras da experiência, que permitem conceber diferentes hipóteses explicativas, sugerindo cenários díspares. Como vimos, o modelo narrativo procura incluir as provas recolhidas numa história coerente, o que significa que as encara de uma forma global, como um todo, fornecendo assim uma visão de conjunto.

Não obstante, têm sido elencadas algumas desvantagens desta perspectiva, relacionadas sobretudo com a circunstância de as provas nem sempre se

82 Pennington & Hastie, 1986: 244 resumem estas características à identidade do agente, conduta típica, contexto e estado mentais (dolo e culpa), citando Kaplan.

83 Sobre este ponto Bex & Bench-Capon, 2013; Bex & Verheij, 2013: 257; Pereira, 2013: 232.

84 A doutrina norte-americana utiliza a expressão *coverage* (cobertura) para se referir a este critério. Todavia, atendendo ao sentido que lhe é atribuído, pareceu-nos mais adequado optar pelo termo *abrangência* para retratar a ideia subjacente.

85 Bex & Verheij, 2012: 328; Bex & Verheij, 2010: 75; Pereira, 2013: 232.

encaixarem bem na narrativa e da impossibilidade de determinação individual da relevância de cada prova⁸⁶. Para além disso, importa indagar da suscetibilidade de preencher as chamadas *evidential gaps*⁸⁷ através da inclusão dos *facta probanda* numa narrativa coerente.

4.3. Modelos híbridos

As desvantagens apontadas aos modelos argumentativo e narrativo justificaram o desenvolvimento de uma teoria híbrida, que procurou colmatar essas falhas. A proposta do modelo híbrido consiste em congregar as vantagens de cada uma das teorias, aplicando-as em momentos distintos do processo de valoração da prova.

Assim, referindo que a distinção entre a racionalidade narrativa e argumentativa surge como artificial, Bex & Verheij (2012: 328) apresentam uma teoria híbrida argumentativo-narrativa para a IBE (Inference to the Best Explanation). De acordo com esta perspetiva, os factos que carecem de demonstração serão explicados a partir da construção de diferentes hipóteses⁸⁸. Dessa forma, o primeiro passo sugerido pelo modelo híbrido identifica-se com a metodologia da teoria narrativa.

No entanto, a vertente argumentativa assume posteriormente uma função de indubitável relevância: a de testar as narrativas construídas⁸⁹. Esta função concretiza-se através do *evidential support* (suporte probatório) e da *evidential contradiction* (refutação probatória). O primeiro refere-se à correspondência entre as provas constantes do processo e a hipótese em causa: sinteticamente, volta-se à análise atomística de cada um dos elementos de prova para formular argumentos que sustentam uma determinada narrativa⁹⁰. Diferentemente, a *evidential contradiction* traduz a vertente dialética desta perspetiva híbrida prevendo que se procurem elementos de prova capazes de contrariar as histórias elaboradas: trata-se, de certo modo, de um critério de falsificabilidade, que se destina a comprovar a capacidade explicativa da narrativa⁹¹.

86 Bex & Verheij, 2010: 75.

87 Bex & Verheij, 2012: 341; Bex & Verheij, 2013: 267: Trata-se de lacunas probatórias, i.e., situações em que um determinado facto não se encontra demonstrado por qualquer prova direta.

88 Bex & Verheij, 2013: 329; Bex, Prakken & Verheij, 2006.

89 Bex, 2009: 7; Lopes, 2011: 231 – aludindo à necessidade de se articular uma valoração individualizada com uma perspetiva global.

90 Bex & Verheij, 2012: 329.

91 Bex & Verheij, 2012: 331, 345.

Nas palavras dos precursores desta conceção, o modelo híbrido considera que “*stories can be used for constructing intelligible hypotheses about what happened in an intuitive way and arguments can be used to connect the evidence to these stories and to reason about the stories and the evidence in a greater detail*”⁹².

A fase seguinte consiste na escolha da narrativa que melhor explica os *facta probanda*. Neste ponto, sublinhe-se que as hipóteses potencialmente selecionáveis passaram já o crivo da refutação probatória – o que à partida sugere que nenhum elemento de prova relevante contraria as referidas narrativas a ponto de implicar a sua desconsideração⁹³. Aqui, retomamos a estrutura narrativa para aferir da coerência de cada uma das histórias, indagando da sua consistência, completude e plausibilidade⁹⁴.

Ponto igualmente interessante deste modelo proposto por Bex & Verheij refere-se às chamadas *critical questions* (perguntas/questões críticas). Num texto datado de 2012⁹⁵ os autores propõem um conjunto de seis questões⁹⁶ que poderiam ser colocadas em qualquer fase do processo, e que pretendiam avaliar permanentemente cada uma das narrativas construídas. Assim, não se trataria apenas de comparar as várias hipóteses apresentadas entre si.

Como vimos, a perspetiva híbrida atribui equivalente relevância às abordagens argumentativa e narrativa. Por esse motivo, têm recorrido alguns autores⁹⁷ à ideia de *communicating vessels* (vasos comunicantes) para traduzir a relação estabelecida neste contexto entre argumentos e narrativas. Com esta expressão pretende sublinhar-se que as alterações verificadas no contexto argumentativo se repercutem na vertente narrativa e *vice-versa*. Desta ideia decorre ainda a possibilidade de privilegiar uma das abordagens em diferentes casos, ou mesmo

92 Bex & Verheij, 2010: 77.

93 Bex & Verheij, 2012: 331.

94 Nos termos descritos em 4.2. *supra*.

95 Bex & Verheij, 2012: 339. Fazendo repercutir estes critérios no momento da avaliação da fundamentação da sentença Lopes, 2011: 216.

96 1 – *Are the facts of the case sufficiently explicit in a story?*; 2 – *Is the story sufficiently supported by evidence?*; 3 – *Is the support that the evidence gives to the story sufficiently relevant and strong?*; 4 – *Has the story itself been sufficiently critically assessed?*; 5 – *Have alternative stories been sufficiently taken into account?*; 6 – *Have all opposing reasons been weighed?*

97 Bex & Verheij, 2012: 334; Pereira, 2013: 232.

em aspectos diversos do mesmo caso. Significa isto que deveremos selecionar a perspetiva adequada à resposta que pretendemos encontrar⁹⁸.

Independentemente da estrutura que se afigure mais adequada em cada contexto, importa compreender o papel atribuído pela teoria híbrida aos conhecimentos do senso comum, materializados nas regras da experiência. Segundo Pereira (2013: 232) este tipo de conhecimento releva de duas formas distintas: por um lado, exige-se um domínio das regras práticas da inferência, *i.e.*, a capacidade de proceder a generalizações através de máximas da experiência que permitam atingir conclusões; por outro, impõe-se o conhecimento dos cenários típicos de certos eventos, através da estrutura de episódios⁹⁹. De acordo com Bex & Verheij (2012: 336) os primeiros correspondem a *argumentation schemes* (esquemas argumentativos) e os segundos a *story schemes* (esquemas narrativos).

Como inicialmente referimos, a principal vantagem desta conceção reconduz-se à articulação proposta entre os contributos do modelo narrativo e argumentativo. De facto, a construção sugerida permite estabelecer uma relação entre os elementos de prova, os argumentos e as narrativas, desembocando numa visão global que não descura a relevância de cada *factum probandum*¹⁰⁰. Paralelamente, fornece ao julgador instrumentos adequados às suas diferentes necessidades, possibilitando um tratamento dinâmico dos diversos elementos de prova.

No entanto, Aroso Linhares (2012) dirige algumas críticas a esta tão apelativa proposta. Assim, um primeiro comentário refere-se à pretensa indiscutível cisão, pressuposta por Bex e seus seguidores, entre aspectos normativos e não-normativos *i.e.*, ao critério a-problemático que permitiria distinguir entre raciocínio jurídico do não jurídico¹⁰¹. A partir daqui, a proposta de Bex assume que a atividade inerente à valoração da prova e à “descoberta” dos factos (*factual reasoning*) surge não como um raciocínio jurídico mas sim como um *commonsense reasoning* aplicado num contexto jurídico¹⁰². Desse modo, os

98 Bex & Verheij, 2012: 335 fornecem o seguinte exemplo: se a decisão da causa se acha dependente de um único facto – a localização do arguido, num determinado momento – a formulação de hipóteses alternativas não se afigura tão relevante como a análise e confronto de todos os argumentos relativos a este facto.

99 A este propósito ver ponto 4.2 *supra*.

100 Neste sentido, Pereira, 2013: 233.

101 Linhares, 2012: 74: “it also lies in the a-problematically optimistic (non-aporetic) version of the scission between normative and non-normative domains (*i.e.*, juridical and non-juridical reasoning).

102 Linhares, 2012: 75.

conceitos de narrativa e argumento apresentados por esta conceção afiguram-se demasiado limitados para traduzir os problemas subjacentes a esta temática¹⁰³. Todavia, o autor reconhece (2012: 77) que “*this narrow one-dimensional theoretical frame*” contém um importante contributo: a comparação dialética não só de diferentes hipóteses como também de histórias alternativas, em busca da melhor história.

5. Método probabilístico

Outro tipo de raciocínio empregue no processo de valoração da prova e na argumentação jurídica reconduz-se ao método probabilístico. Cumpre desde já sublinhar que esta perspetiva não pretende solucionar as mesmas questões que os modelos anteriormente referidos. Com efeito, o recurso a noções probabilísticas pode verificar-se tanto no âmbito de uma perspetiva estritamente argumentativa como no contexto de modelos narrativos. Por esse motivo, entendemos adequado abordar separadamente esta temática, surgindo aqui como capítulo autónomo.

Como mencionámos em momento anterior¹⁰⁴, a possibilidade de quantificar os standards de prova tem sido estudada por alguma doutrina, com o intuito de responder à necessidade de objetivação destes graus de convicção. Na mesma altura, sublinhámos que os standards de *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence* utilizavam conceitos probabilísticos na sua definição. Deste modo, diremos que as propostas agora analisadas se relacionam, em certa medida, com esta visão quantitativa dos standards da prova. Para quem assim entenda, o processo de valoração da prova consistirá na atribuição de valores correspondentes à probabilidade de verificação de um determinado evento ou à verosimilhança de cada hipótese apresentada. Por esse motivo, importa analisar o percurso que conduz à quantificação de tais realidades.

5.1. Probabilidade objetiva

O cálculo probabilístico surge-nos tradicionalmente como uma ferramenta de previsão, *i.e.*, como um meio de determinação da possibilidade de verificação um dado evento. Para este efeito, atribui-se um valor com base num conjunto de observações pretéritas¹⁰⁵ que permitem antecipar os possíveis desfechos.

103 Linhares, 2012: 75, 76; Pereira, 2013: 234.

104 *Supra*, 1.1.

105 Callen, 1981: 4; Rego, 2013: 121.

Como sabemos, a atividade probatória efetivada no tribunal reporta-se a eventos passados, visando demonstrar a comprovação de factos e a ocorrência de certas situações. Deste modo, o recurso nestes moldes à teoria das probabilidades em sede judicial só poderia ter lugar se nos socorrêssemos de estatísticas dos casos anteriormente decididos como base para a atribuição de um valor¹⁰⁶.

Naturalmente que a utilização destes mecanismos coloca inúmeros problemas como a má qualidade da amostra – claramente enviesada e sem garantia de correspondência com a realidade¹⁰⁷; a possível desconsideração dos casos excepcionais e um aumento exponencial das hipóteses de verificação de falsos positivos.

Outro ponto igualmente relevante prende-se com as considerações apresentadas acerca do princípio da livre apreciação da prova. Como verificámos, a convicção do julgador será uma convicção objetivável e motivável, mas pessoal. Defender uma dependência de critérios de natureza probabilística não implica introduzir, na mente do aplicador, dados suscetíveis de influenciar o sentido da sua decisão¹⁰⁸?

Conscientes destas dificuldades, os adeptos de uma visão probabilística do processo de valoração da prova procuraram desenhar uma alternativa capaz de se adequar às especificidades da atividade probatória judicial.

5.2. Probabilidade subjectiva ou Bayesiana

A ideia de probabilidade subjetiva pode ser reconduzida, *grosso modo*, ao chamado teorema de Bayes¹⁰⁹. Neste contexto, o teorema pretende representar o efeito que a introdução de uma nova prova terá na probabilidade de verificação de um facto¹¹⁰. Num primeiro momento, importa estabelecer a probabilidade *a priori* – i.e., o nível de confiança do observador quanto à verificação (pretérita) de um facto, com base nos dados de que dispõe nesse

¹⁰⁶ Callen, 1981: 5 exemplifica com o seguinte enunciado: Todos os homicídios de mulheres casadas são cometidos pelo cônjuge; A vítima era uma mulher casada; O arguido é o seu cônjuge; Logo, o arguido cometeu o crime. O que equivale a afirmar que a probabilidade de o arguido ter cometido o crime seria de 100%.

¹⁰⁷ Bex et al., 2003: 126-127.

¹⁰⁸ Friedman, 2000: 887.

¹⁰⁹ O Bayesianismo subjetivo implica uma interpretação específica da probabilidade (como graus de convicção) e um uso específico do teorema de Bayes, Haack, 2013: 83.

¹¹⁰ Allen, 2013: 48; Haack, 2013: 77; Friedman, 2000: 874.

momento; seguidamente, haverá que determinar a probabilidade *a posteriori* – que representa a probabilidade de verificação do facto tendo em conta a nova prova introduzida¹¹¹. Sem entrar aqui em grandes precisões técnicas, importa reter que o propósito deste teorema seria o de traduzir a variação dos graus de convicção perante a introdução de provas novas¹¹².

Aparentemente esta perspetiva não exigiria uma quantificação das probabilidades em causa, partindo apenas da convicção de que as pessoas agem de acordo com probabilidades implícitas¹¹³. No mesmo sentido se pronunciam Tillers & Gottfried (2006: 142) afirmando que apesar de não ser possível usar as estatísticas sem recorrer a probabilidades, poderemos usar as probabilidades sem recorrer às estatísticas. Equivale isto a encarar o raciocínio probabilístico como um conceito operativo que se encontraria subjacente ao processo de formação da convicção do julgador.

Neste sentido, não se imporia qualquer quantificação do grau de convicção do julgador – visto que os standards de prova apenas se refeririam à noção de probabilidade com o intuito de traduzir este mecanismo de avaliação próprio do esquema mental humano. Assim, as tentativas de recondução destes níveis de convencimento a um valor fixo e determinado revelar-se-iam despiciendas e infrutíferas.

6. As consequências da adoção de um modelo híbrido na valoração da prova

6.1. A necessidade de utilização de um modelo híbrido

Como vimos, a superação das dificuldades sentidas pelos modelos argumentativo e narrativo corresponde à afirmação de um modelo híbrido no processo de valoração da prova. No entanto, nem mesmo esta proposta escapa a algumas críticas, sobretudo dirigidas ao conceito de argumentos e narrativas empregues por Bex e seus seguidores. Ainda assim, mesmo a visão “corrigida” apresentada por Pereira (2013: 246) assume os pressupostos definidos pelos criadores desta teoria, reconduzindo-se igualmente a um modelo híbrido. Neste sentido, independentemente das críticas apresentadas, parece indubitável que apenas um modelo deste tipo fornecerá uma solução razoável para o processo de valoração

¹¹¹ *Prior odds e posterior odds* de acordo com Friedman, 2000: 875.

¹¹² Haack, 2013: 83.

¹¹³ Friedman, 2000: 874.

da prova. Desta forma, julgamos estabelecida a necessidade de utilização de um modelo híbrido no contexto que nos ocupa.

Neste ponto importa recordar que a análise empreendida a propósito dos diferentes modelos de prova surgiu como ponto prévio do nosso estudo. Efetivamente, a relevância deste tópico reconduz-se à determinação do objeto dos standards de prova, *i.e.*, à fixação da matéria a que estes standards se pretenderão aplicar. Por esse motivo, importa agora analisar as consequências da adoção de um modelo híbrido na determinação do objeto dos standards de prova.

6.2. Standards de prova e modelo híbrido

Nas páginas precedentes concluídos que o modelo híbrido poderá ser resumido, *grosso modo*, em quatro momentos distintos: *i*) numa primeira fase, constroem-se as diferentes narrativas capazes de explicar as diferentes provas constantes do processo; *ii*) o segundo passo caracteriza-se pelo recurso ao esquema argumentativo com o intuito de confirmar ou infirmar os episódios das várias histórias elaboradas, constituindo assim um primeiro teste à estrutura dessas hipóteses; *iii*) numa terceira etapa, compararmos as narrativas testadas, procurando determinar qual a melhor narrativa (através dos critérios de coerência, consistência, plausibilidade e completude); *iv*) um eventual quarto passo consistirá numa posterior avaliação da melhor narrativa, recorrendo, *p.e.*, à técnica das *critical questions*¹¹⁴.

No início deste trabalho, verificámos que os standards de prova consistem num grau de convicção, *i.e.*, na medida de convencimento exigida para considerar demonstrado um determinado facto ou verificada uma certa hipótese. Ora, o que o modelo híbrido nos fornece, a partir do primeiro momento, são narrativas que pretendem ser avaliadas. Ou seja, nos diferentes passos do processo de valoração da prova, o julgador é confrontado com diferentes cenários que pretendem explicar o contexto em que o crime ocorreu. Mesmo no segundo momento, em que se recorre ao modelo argumentativo, pretende-se utilizá-lo num contexto narrativo, como forma de confirmação ou negação de uma determinada hipótese. Deste modo, traduzindo os standards um grau de convicção ou uma medida de convencimento, comportam-se como um critério de avaliação permanente dos resultados obtidos; se a maioria dos resultados fornecidos pelo modelo híbrido são narrativas, os standards serão aplicados, tendencialmente, às diferentes hipóteses formuladas.

114 Sobre este aspeto, em concreto, ponto 4.3 *supra*.

6.3. As narrativas como objeto típico dos standards de prova

Segundo Bex & Verheij (2012: 332) “*it can be argued that standards of proof, particularly that of beyond reasonable doubt are easier modelled using explanatory stories than arguments*”. Com efeito, os estudos de Pennington & Hastie (1986, 1988) demonstraram que a forma natural de tratamento dos dados probatórios se reconduz à construção de narrativas.

Uma primeira observação relevante neste contexto prende-se com o facto de apresentarmos as narrativas como o objeto *típico* dos standards de prova. Como referimos no ponto anterior, diremos que essa será a regra na maioria dos casos em que se aplique a proposta híbrida. No entanto, importa não negligenciar a ideia de “vasos comunicantes” já mencionada. Como sublinhámos em momento próprio, as relações estabelecidas entre os argumentos e as narrativas neste modelo permitem adaptar a abordagem em função da questão a responder. Isto significaria então que quando se privilegiasse substancialmente uma perspetiva argumentativa, a aplicação dos standards referir-se-ia a cada uma das provas a valorar. Todavia, atentas as dificuldades de tal aplicação – que seguidamente apresentaremos – parece-nos que a menos que se recorra apenas ao modelo argumentativo, os standards de prova aplicar-se-ão às narrativas construídas¹¹⁵.

Do nosso ponto de vista, a inviabilidade de aplicação dos standards a cada prova individualmente considerada ou aos argumentos formulados¹¹⁶ decorre sobretudo de três constatações:

1) Minoraria substancialmente uma das grandes vantagens do modelo híbrido – a perspetiva holística: um dos principais contributos do modelo híbrido consiste na suscetibilidade de articulação entre os diferentes elementos de prova constantes do processo, fornecendo assim uma visão de conjunto. Esta abordagem global permite colmatar as chamadas *evidential gaps*, procurando uma reprodução das circunstâncias em que ocorreu o crime. Assim, aplicar os standards individualmente, a cada prova constante do processo, equivaleria a sacrificar esta possibilidade de compreender a relação entre os diferentes factos, prejudicando uma percepção completa do contexto criminoso;

115 Nesse caso, a discussão não será feita nestes termos, visto que estaremos aí perante a relação entre os standards de prova e o modelo argumentativo, que não corresponde à nossa atual preocupação.

116 Neste ponto pretendemos apenas confrontar a possibilidade de aplicação dos standards às narrativas com a suscetibilidade de aplicação individual, a cada facto. Por isso, neste contexto distinguiremos somente entre a perspetiva holística (narrativas) e a atomística (provas e argumentos).

2) Replicaria inutilmente a função desempenhada pelas regras da experiência na vertente argumentativa do modelo híbrido: como vimos, os argumentos formulados a partir de cada elemento de prova baseiam-se em regras da experiência que nos indicam o que normalmente acontece (*id quod plerumque accedit*). Neste sentido, as máximas da experiência pretendem sustentar a própria conclusão, *i.e.*, à partida, cada argumento encontra-se suficientemente fundamentado por essa regra da experiência que nos conduz àquela conclusão. Concretizando um pouco mais, diremos que as máximas da experiência contêm um determinado grau de convicção associado. Se os standards de prova avaliam o grau de convicção necessário para considerar um determinado facto como provado, isso significa que, quando muito, aos standards caberia comprovar a concreta aplicabilidade da máxima à situação descrita¹¹⁷. Ora, essa função é desempenhada pela formulação de contra-argumentos.

3) Dificuldade de determinação do grau de convicção exigível para cada prova: poder-se-ia conceber a aplicação dos standards de prova como método de comparação entre os diversos argumentos elaborados. De acordo com esta visão, sujeitar-se-iam argumentos e contra-argumentos ao crivo dos standards com o intuito de averiguar qual prevaleceria. Todavia, importa equacionar a possibilidade de os standards concretamente aplicáveis serem distintos: como sabemos, um mesmo facto pode ser sustentado e infirmado por diferentes meios de prova; ou seja, o argumento a) pode basear-se numa prova testemunhal e corroborar a verificação do facto X enquanto o contra-argumento 1) pode ter resultado de uma escuta telefónica e infirmar a verificação do facto X. Os standards aplicáveis a cada uma das situações devem ser idênticos? Como é que se define o standard aplicável a cada meio de prova? Essa determinação não deveria variar em função das demais provas existentes no processo? Esta definição não contraria o princípio da livre apreciação, aproximando-se ao sistema de prova legal?

Tendo em conta estas interrogações, entendemos que os standards de prova devem funcionar, inicialmente, como critério de comparação de narrativas, desempenhando, numa fase final, uma função de avaliação da melhor narrativa elaborada.

¹¹⁷ No exemplo fornecido *supra* 4.1: a testemunha X afirmou ter visto A disparar sobre B; as testemunhas normalmente dizem a verdade; A disparou sobre B. Neste caso, a avaliação recairia sobre a aplicabilidade da segunda premissa *i.e.*, que grau de convicção se exigiria para que o julgador se achasse convicto de que aquela testemunha tinha dito a verdade.

Constatámos anteriormente que o modelo híbrido nos vai apresentando várias narrativas ao longo do processo. Assim, os standards de prova acompanham esse permanente desenvolver de hipóteses, assumindo-se como um critério de comparação entre elas. Com efeito, nas fases embrionárias do processo não dispomos de uma história suficientemente estruturada e por isso recorremos ao confronto entre os possíveis cenários. Neste contexto, os standards de prova assumem uma função gradativa, em paralelo com o papel desempenhado pela coerência, consistência, completude e plausibilidade. A sua aplicação pretenderá apenas indicar quais das narrativas se encontram mais próximas de cumprir o standard aplicável, traduzindo assim um juízo relativo.

Posteriormente, verificaremos se a narrativa selecionada preenche o standard de prova concretamente aplicável. Trata-se aqui não de um juízo relativo mas absoluto, em que se pretende uma vez mais garantir o cumprimento dos princípios fundamentais do processo penal.

7. Uma abordagem dinâmica: os standards de prova ao longo do processo

Antes de passarmos à análise da função dos standards de prova ao longo do processo, importa delimitar com rigor a preocupação que nos ocupará nas próximas páginas. Desde logo, a reflexão anteriormente encetada permitiu-nos detetar uma multiplicidade de questões sugeridas pela temática dos standards de prova. Contudo, não poderíamos dedicar a todas um tratamento adequado nesta sede. Por esse motivo, este último capítulo debruçar-se-á apenas sobre a vertente pragmática dos standards nas diferentes fases do processo. Significa isto que não iremos determinar se os standards de prova variam ao longo do processo – *i.e.*, não procuraremos aprofundar se os diferentes graus de convicção apontados anteriormente¹¹⁸ se poderão reconduzir a diversos standards dentro do próprio processo penal; consequentemente, não abordaremos a relevância da existência de um único standard no sistema processual penal americano (*beyond reasonable doubt*); finalmente, não desenvolveremos os requisitos de preenchimento de cada standard para além do apresentado no contexto dos modelos de prova. Assim, o problema que por ora nos ocupa prende-se somente com a função processual dos standards e não com a análise do seu conteúdo.

Este capítulo inspira-se sobretudo na ideia expressa por Bex (2009) de que a utilização dos esquemas narrativos se acha influenciada pelos concretos propósitos de quem deles se serve. Assim, um jurado ou um juiz pode empregá-los

118 Capítulo 2, *supra*.

para analisar uma determinada narrativa, um advogado pode socorrer-se destes esquemas para construir uma hipótese persuasiva e o investigador pode a partir deles construir diferentes cenários que permitem orientar a sua atividade¹¹⁹. Estabelecida a relação entre os standards e os modelos de prova, partiremos desta convicção para ensaiar o contributo destes standards ao longo do processo.

7.1. No inquérito e na instrução

O art. 262.º/1 CPP apresenta-nos como propósito da fase de inquérito a decisão sobre a acusação, estabelecendo o art. 263.º/1 CPP que a direção do inquérito cabe ao MP, assistido pelos órgãos de polícia criminal (OPC). Neste sentido, a atuação do MP e dos OPC dirige-se a um fim comum: a dedução de uma acusação (art. 283.º CPP¹²⁰) ou o arquivamento do inquérito (art. 277.º/1 e 2 CPP). Apesar desse “objetivo comum” as tarefas desempenhadas por cada um dos intervenientes não são idênticas¹²¹, o que se repercutirá na concreta função atribuída aos standards de prova. Considerando o disposto nos arts. 277.º/1 e 2 e 283.º/1 e 2 CPP diremos que os desfechos possíveis do inquérito relevantes para o nosso estudo se reconduzem a três cenários típicos¹²²: *i) arquivamento* por existência de *prova bastante* da *não verificação* do crime (art. 277.º/1 CPP); *ii) arquivamento* por *não* terem sido recolhidos *indícios suficientes* da verificação do crime (art. 277.º/2 CPP); *iii) dedução da acusação* na sequência da recolha de *indícios suficientes* de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente (art. 283.º/1 e 2 CPP).

Assim, atendendo às finalidades atribuídas ao inquérito (art. 262.º/1 CPP) poderemos afirmar que tanto os OPC como MP se encontram vinculados ao mesmo standard de prova: a verificação da (in)existência de indícios suficientes¹²³. Contudo, se os OPC devem procurar tais indícios ao longo da investigação, o papel do MP será o de numa fase posterior avaliar da suficiência das provas recolhidas.

¹¹⁹ Sublinhando igualmente este ponto Taruffo, 2010: 57.

¹²⁰ Nos casos de crimes particulares, o MP poderá acompanhar a acusação deduzida pelo assistente nos termos do art. 285.º/1, 2 e 4.º CPP. Também nessas situações se exige a existência de indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes, pelo que trataremos as duas situações em simultâneo.

¹²¹ De acordo com o preceituado nos arts. 53.º, 55.º, 56.º, 263.º, 267.º CPP e da própria Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto).

¹²² Referindo-se a todos os possíveis conteúdos do despacho final do inquérito Albuquerque, 2011: 740.

¹²³ Acerca da noção de indícios suficientes Neves, 2011: 39 e ss.; Palma, 2005; Silveira, 2004.

Neste ponto urge relembrar a importância dos modelos de prova enquanto objeto dos próprios standards. De acordo com Bex & Verheij (2012: 335) num momento inicial será útil considerar cenários e generalizações menos plausíveis de forma a não restringir demasiado a investigação. Nesse sentido, o modelo híbrido permitirá encaminhar o investigador na procura de novas provas capazes de corroborar ou infirmar os diferentes cenários previamente elaborados¹²⁴. Consequentemente, a função dos standards de prova reconduz-se aqui à constante avaliação das narrativas construídas, permitindo que os OPC verifiquem se uma determinada hipótese se encontra suficientemente demonstrada. Concomitantemente, a indagação acerca da existência de indícios suficientes possibilitará a identificação dos elementos de prova em falta numa determinada narrativa, direcionando a atuação dos OPC. De facto, este é o percurso intuitivamente seguido pelos investigadores.

Outra função relevante desempenhada pelos standards de prova no inquérito e na instrução é a de verdadeiro critério de decisão, *i.e.*, fundamento da opção tomada relativamente ao prosseguimento do processo.

No que concerne à atuação do MP, a intervenção mais relevante prende-se com a dedução da acusação ou arquivamento do processo¹²⁵. Como constatámos, haverá que ajuizar acerca da obtenção de indícios suficientes da verificação do crime e de quem foi o seu agente. Nesse sentido, a decisão de acusação ou arquivamento reconduz-se à confirmação ou negação do preenchimento de um standard de prova – o de indícios suficientes. O próprio art. 283.º/2 CPP procura concretizar o conteúdo deste grau de convicção, exigindo no n.º 3 b) que a acusação contenha uma narração sintética do contexto em que o crime terá ocorrido. Intuitivamente, esta exigência lembra-nos os elementos elencados por Pennington & Hastie (1986, 1988)¹²⁶ para a avaliação da completnude de uma narrativa. Por esse motivo, parece-nos legítimo identificar a noção de “indícios suficientes” como standard de prova determinante na decisão de acusação ou arquivamento.

Igualmente relevante na fase de inquérito é o papel desempenhado pelo JIC (Juiz de Instrução Criminal). Desde logo, a aplicação de medidas de coação é

124 Bex & Verheij, 2013: 9; Bex, 2009.

125 Os modelos e standards de prova poderão revelar-se igualmente úteis quando o MP interroga o arguido (art. 143.º e 144.º/1 CPP), *p.e.* identificando as questões mais prementes para efeitos de validação da sua detenção e libertação (art. 382.º/3 CPP).

126 *Initiating events; psychological states, goals, actions, consequences e physical states* referidos no ponto 4.2 *supra*.

um ato reservado a esse juiz (art. 268.º/1b) CPP). Como sabemos, a aplicação de tais medidas depende da verificação de requisitos gerais – constantes do art. 204.º CPP – e de requisitos específicos – elencados nos preceitos relativos a cada medida de coação. Assim, nos casos de proibição e imposição de condutas (art. 200.º CPP), de obrigação de permanência na habitação (art. 201.º CPP) e de prisão preventiva (art. 202.º CPP) exige-se a verificação de *fortes indícios* da prática de crime doloso punível com uma determinada pena¹²⁷.

Uma vez mais, pede-se ao julgador que avalie as provas constantes do processo com o intuito de proferir uma decisão. Nestes casos, solicita-se que o JJC encontre indícios fortes da prática do crime em causa, sendo que apenas nessa situação – admitindo que se acham preenchidos os demais requisitos – será legitimamente aplicada uma destas medidas de coação. Desse modo, a verificação de um grau mínimo de convicção – em concreto, a observância de indícios fortes da prática do crime – sustenta a decisão do JJC.

Considerando por ora a fase de instrução, importa assinalar o seu carácter facultativo (art. 286.º/2 CPP) visando a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito (art. 286.º/1 CPP). Assim, caberá ao JJC proferir despacho de pronúncia ou de não pronúncia consoante tenham sido reunidos *indícios suficientes*¹²⁸ de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança (art. 307.º e 308.º CPP). Constatamos aqui novamente o recurso a uma medida de convicção como fator determinante da decisão de pronúncia ou não pronúncia.

De acordo com estas observações, poderemos concluir que o sistema processual penal português atribui uma função extremamente relevante aos standards de prova, apresentando-os como fronteira que permite o avanço do processo. Se bem pensarmos, a acusação só deverá ser deduzida quando existam *indícios suficientes* da prática do crime, certas medidas de coação só serão legitimamente aplicadas quando se verifiquem *fortes indícios* da ocorrência de um determinado crime e o processo só atingirá a fase de julgamento quando, tendo sido requerida a instrução, se observem *indícios suficientes* de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança. Todas estas noções são reconduzíveis ao conceito de standard de prova, enquanto grau de convicção mínimo legitimador de uma

127 Sobre o conceito de fortes indícios na aplicação da prisão preventiva, Sá, 1999.

128 Neves, 2011: 35.

determinada decisão. De facto, tais conceitos traduzem a meta que o julgador deve atingir quando avalia as provas constantes do processo. Aqui, a intervenção dos standards de prova surge apenas num momento final, como uma ferramenta que permitirá avaliar as provas recolhidas até então, com o intuito de fundamentar uma decisão.

Todavia, entendemos que os standards de prova, devidamente articulados com o modelo híbrido, poderão desempenhar outras funções relevantes, tanto na fase de julgamento como na própria fundamentação da sentença.

7.2. No julgamento

Em momento anterior do nosso estudo¹²⁹, procurámos relacionar os standards de prova com o princípio da livre apreciação (art. 127.º CPP). Nessa altura manifestámos a nossa intuição de que os standards poderiam desempenhar duas funções distintas: *i)* como norma de conduta que auxilia o julgador no processo de valoração da prova; *ii)* enquanto concretização do dever de fundamentação (art. 205.º/1 CRP e art. 97.º/5 CPP). Chegados a esta fase, importa confirmar a validade do nosso instinto. Deste modo, consideraremos por ora a fase de julgamento, norteada pelos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório¹³⁰ (art. 32.º/5 CRP e art. 327.º CPP), como momento destinado à produção da prova (art. 355.º CPP). Para isso, analisaremos neste ponto a primeira das funções assinaladas, distinguindo duas situações: *i)* a valoração as provas carreadas para o processo por iniciativa dos sujeitos processuais e *ii)* os casos em que o tribunal invoca o princípio da investigação (art. 340.º CPP) para ordenar oficiosamente a produção de meios de prova.

Segundo o art. 341.º/1 *a)* CPP a produção de prova tem início com a apresentação de declarações do arguido, caso este se disponha a fazê-lo. Nessa eventualidade, o arguido pode pretender confessar os factos que lhe são imputados, pelo que haverá que atender ao disposto no art. 344.º CPP. Nestes termos, à confissão integral e sem reservas atribuem-se certas consequências: a renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados (art. 344.º/2 *a)* CPP). No entanto, não se verifica uma verdadeira exceção à livre apreciação¹³¹, tendo em conta que o tribunal

129 Ponto 3.1.4 *supra*.

130 Acerca destes princípios, entre muitos outros, Silva, 2011: 190.

131 Sobre as limitações ao princípio da livre apreciação Ferreira, 1955: 301; Neves, 2011: 92.

poderá impedir a produção de tais efeitos quando suspeitar do carácter livre da confissão (art. 344.º/3 b) CPP).

Do nosso ponto de vista, os standards de prova poderão auxiliar o julgador na formação da sua convicção acerca da veracidade dos factos confessados, permitindo a avaliação da narrativa apresentada¹³². Assim, o tribunal poderá acompanhar a exposição do arguido munido das ferramentas fornecidas pelos modelos e standards de prova, procurando incoerências e formulando hipóteses alternativas que permitam explicar os factos confessados. Como constatámos anteriormente¹³³, existe uma grande probabilidade de o arguido confessar os factos articulando uma narrativa que permita dar conta das circunstâncias em que o crime terá ocorrido. Neste âmbito, o julgador poderá proceder a uma avaliação da hipótese apresentada, submetendo-a ao standard de prova exigido.

Paralelamente, impera considerar o n.º 4 do referido art. 344.º CPP, que determina que o tribunal decida, em sua livre convicção, em que medida e se deve ter lugar a produção de prova quanto aos factos confessados. Deste modo, quando se identifique uma incoerência relevante na narrativa apresentada pelo arguido, que permita concluir pelo não preenchimento do standard de prova, o tribunal deve identificar as suas dúvidas exigindo uma ulterior atividade probatória. Afigura-se-nos possível retomar aqui a ideia das *evidential gaps*, que representariam as dúvidas expressas pelo tribunal, e que reclamariam um maior suporte probatório¹³⁴.

Para além disso, o art. 345.º/1 CPP prevê que os juízes e jurados possam questionar o arguido acerca dos factos que lhe são imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas. Neste cenário, o tribunal poderá concretizar o *evidential support* ou a *evidencial contradiction*¹³⁵, dirigindo questões ao arguido que permitam corroborar ou infirmar a sua versão dos factos.

No mesmo sentido funcionariam os modelos e standards de prova no contexto da inquirição das testemunhas (art. 348.º CPP). Com efeito, o art. 348.º/5 CPP prevê a possibilidade de formulação de perguntas às testemunhas pelos juízes e pelos jurados. Como esclarece Thagard (2005: 306) estas

132 De acordo com Lopes, 2011: 167: “todo o processo de construção da decisão, e, especificamente, da sentença penal, assenta na verificação de hipóteses sustentadas em meios de prova através de um processo intersubjetivo de natureza contraditória”.

133 Ponto 4.2 *supra*.

134 Bex et al., 2010: 155.

135 Acerca destes conceitos, ponto 4.3 *supra*.

questões têm normalmente como objetivo avaliar a credibilidade da testemunha e repercutem-se no valor atribuído ao próprio depoimento¹³⁶.

Sintetizando, consideramos que os standards de prova poderiam funcionar aqui como norma de conduta, enquanto critério de valoração permanente das diferentes narrativas sustentadas pelas provas apresentadas. Assim, à medida que a atividade probatória fosse avançando, o tribunal formaria a sua convicção, identificaria as suas dúvidas, articulando os “contributos” dos diferentes intervenientes. Para isso, o julgador manteria no seu espírito ao longo do julgamento a seguinte questão: disponho já de uma narrativa que me permita concluir, para além de qualquer dúvida razoável, pela culpabilidade do arguido?

Nesta fase, ao contrário do que acontece no inquérito e na instrução, o juiz socorre-se dos standards não apenas para fundamentar uma decisão, mas para valorar, ao longo do julgamento, as provas que lhe são apresentadas. Trata-se, de certo modo, de uma função equivalente à desempenhada pelos standards de prova na atividade dos OPC. Como vimos, também nesse contexto se exige uma permanente avaliação das hipóteses elaboradas à medida que a investigação avança. Essa similitude ficará ainda mais patente quando explorarmos a relação entre o princípio da investigação (art. 340.º CPP) e os standards de prova.

A utilização dos standards durante a produção de prova permitiria ao julgador¹³⁷: *i)* avaliar as narrativas sugeridas; *ii)* construir novas hipóteses que contemplem as provas apresentadas; e *iii)* identificar as *evidential gaps*. Em qualquer destes casos o tribunal poderá querer esclarecer certas dúvidas, *p.e.*, para testar as diversas narrativas em discussão, para corroborar ou infirmar as novas hipóteses construídas ou para preencher as referidas lacunas probatórias. Para isso, poderá ordenar oficiosamente a produção de meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (art. 340.º/1 CPP). Neste caso, será extremamente útil que o julgador identifique as dúvidas subsistentes, com o intuito de recorrer aos meios de prova capazes de as suprir. Confrontando permanentemente as diferentes hipóteses apresentadas com o standard de prova exigido, o tribunal

136 O autor demonstra esta asserção (2005: 305) referindo-se ao caso *People vs. O. J. Simpson* em que a credibilidade do Detetive Mark Fuhrman foi posta em causa quando, depois de ter negado em tribunal o proferimento de comentários racistas, foram encontradas provas de utilização de expressões ofensivas (“nigga”) e de comportamentos racistas. Sobre a credibilidade da testemunha como possível objeto de prova, Silva, 2006: 49; Silva, 2011: 551.

137 No mesmo sentido, Lopes, 2011: 165.

assinalará as insuficiências de cada uma delas. A partir daí consciencializar-se-á dos elementos adicionais de que carece para aceitar integralmente essa explicação ou para a desconsiderar. Dessa forma, identificará mais facilmente os meios de prova a ordenar.

Trata-se de um processo dinâmico, em que o julgador adequa a sua atuação consoante o desenrolar da atividade probatória¹³⁸. Por esse motivo, consideramos que a função desempenhada pelos standards de prova em julgamento e no contexto da atividade de investigação dos OPC é semelhante. Concretamente, se os OPC constroem cenários hipotéticos que os orientam na procura de novos elementos de prova, o tribunal aprecia as provas constantes do processo, ordenando posteriormente a produção de todas as prova que se lhe afigurem necessárias. Em ambos os casos se prevê uma *intervenção ativa* no processo, que poderá ser orientada pelos standards de prova. Basicamente, nas duas situações permitem os standards discernir os elementos de prova em falta, esclarecendo os OPC sobre o rumo da investigação e o julgador sobre os meios de prova a ordenar.

Todavia, esta função não se concretizará exatamente nos mesmos termos, já que o tribunal dispõe de um acervo probatório anterior – e que lhe é exterior – que delimita com maior rigor os cenários admissíveis. De facto, aos OPC cabe não só construir e avaliar as narrativas, como fornecer, num primeiro momento, os elementos de prova que permitem sustentar as diversas hipóteses.

7.3. Na fundamentação da sentença

A vigência do princípio da livre apreciação da prova é sustentada pelo dever de fundamentação previsto constitucionalmente (art. 205.º/1 CRP) e concretizado na legislação processual penal (art. 95.º/7 CPP)¹³⁹. Nesse contexto surge a exigência de fundamentação da sentença constante do art. 374.º/2 CPP, que agora procuraremos relacionar com a função dos standards de prova.

Se atentarmos ao disposto no art. 374.º/2 CPP, verificamos que a fundamentação da sentença deve conter os elementos que permitiram ao tribunal formar a sua convicção¹⁴⁰. Assim, exige-se que o julgador descreva o processo

¹³⁸ Neste sentido, a propósito do juízo de relevância da prova Silva, 2011: 553. P.e., o depoimento de uma testemunha pode contribuir para esclarecer uma dúvida do tribunal, daí resultando que uma determinada versão dos factos se ache suficientemente fundamentada.

¹³⁹ Ponto 3.1.3 *supra*.

¹⁴⁰ Sublinhando este ponto Matta, 2004: 265; Neves, 2011: 139.

mental que o conduziu àquele resultado. Considerando que a culpabilidade do arguido deve ficar estabelecida para além de qualquer dúvida razoável (art. 6.º §2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH) estamos em crer que a fundamentação da sentença deve procurar demonstrar que essa dúvida (não) se verifica. Neste sentido, o recurso ao standard de prova surge aqui como um mecanismo de garantia do cumprimento do dever de fundamentação da sentença. Se bem pensarmos, o julgador tem na fundamentação da sentença a oportunidade de explanar todo o processo de valoração da prova levado a cabo durante a audiência, de modo a sustentar a sua convicção. Esse exercício permitir-lhe-á confrontar-se com todos os dados relevantes, possibilitando uma análise mais rigorosa das conclusões alcançadas, podendo eventualmente contribuir para a modificação do sentido da decisão. Do mesmo modo, facilita a compreensão da decisão, dando a conhecer o raciocínio empregue aos destinatários da sentença, assumindo uma natureza comunicacional¹⁴¹.

Sinteticamente, diremos que os standards de prova surgem como um mecanismo de garantia do cumprimento do dever de fundamentação da sentença uma vez que permitem avaliar da suficiência dessa fundamentação^{142 143}. Ao julgador caberá certificar-se de que o raciocínio apresentado satisfaz esse grau mínimo de convicção acerca da culpabilidade do arguido. Por isso, procuraremos na sentença condenatória¹⁴⁴ (art. 375.º/1 CPP) os argumentos que permitiram ultrapassar qualquer dúvida razoável e justificar aquela decisão¹⁴⁵. Efetivamente, se definirmos *a priori* o objetivo que o julgador deve atingir, mais facilmente compreenderemos se o caminho percorrido desemboca na meta pretendida.

141 Referindo-se a estes dois pontos, aludindo às dimensões endo e extraprocessual da fundamentação das sentenças Lopes, 2011: 136.

142 Importa aqui sublinhar que, como referimos antes, não nos preocupámos em determinar os requisitos de preenchimento do standard de prova. Assim, quando afirmamos que o recurso a esses standards permite avaliar da suficiência da fundamentação referimo-nos apenas aos argumentos apresentados pelo tribunal para apoiar a sua decisão.

143 Acerca dos requisitos de suficiência e completude da fundamentação Lopes, 2011: 97, 213. Sobre estes tópicos debruça-se também o Acórdão do Tribunal Constitucional de 17/4/1997.

144 Sobre o dever de fundamentação nas sentenças absolutórias Matta, 2004: 264, referindo a declaração de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/97 (Assunção Esteves) e Neves, 2011: 91.

145 É neste sentido que Lopes, 2011: 216 refere que a fundamentação deverá ser coerente e razoável.

Como acrescenta Beltrán (2013: 35), “*se não dispusermos de um standard de prova cognoscível a priori as decisões judiciais não serão previsíveis, o que impedirá a adaptação estratégica da conduta à decisão prevista*”.

II. CONCLUSÕES

Assumimos como propósito deste trabalho determinar a suscetibilidade e pertinência da transposição da figura dos standards de prova para o processo penal português. Para isso, considerámos necessário abordar, num primeiro momento, alguns traços típicos do sistema processual penal nacional, para posteriormente nos dedicarmos à função desempenhada pelos standards de prova neste contexto. Cumpre agora sistematizar a informação recolhida e apresentar algumas considerações finais acerca do tema tratado:

1. Os standards de prova constituem um instrumento de valoração da prova que determina o grau de convicção mínimo exigido para considerar demonstrada uma dada hipótese;
2. Atendendo aos diferentes propósitos prosseguidos através da justiça civil e penal, a doutrina anglo-saxónica estabeleceu diferentes standards de prova, capazes de cumprir tais desideratos:
 - 2.1. O direito civil recorre a dois standards típicos: *preponderance of evidence* – exige que seja mais provável a verificação de um determinado evento do que a sua não ocorrência (*more likely than not*); *clear and convincing evidence* – requer uma prova clara e convincente, demandando que a hipótese apresentada seja muito mais provável do que a sua negação (*much more likely than not*);
 - 2.2. O standard de prova característico do direito penal reconduz-se à fórmula *beyond reasonable doubt* e é tradicionalmente definido negativamente, exigindo que não se verifique qualquer dúvida razoável quanto à culpabilidade do arguido;
3. Enquanto instrumento de valoração da prova, os standards articulam-se com outras figuras do direito processual, entre as quais destacámos o ónus e os modelos de prova;
4. Ainda que oriunda do sistema anglo-saxónico, a preocupação subjacente à previsão destes standards é partilhada pelo ordenamento jurídico português, que exige a verificação de certos graus de convicção nas diferentes fases do processo;

5. O princípio da livre apreciação (art. 127.º CPP) e o princípio da investigação (art. 340.º CPP) não constituem obstáculos à transposição dos standards de prova para o direito processual penal português, já que estes standards não se pretendem substituir à livre convicção do julgador;
 - 5.1. Os arts. 124.º e 127.º CPP esclarecem que o processo penal português adota o sistema de prova livre, não se verificando nem um elenco taxativo dos meios de prova admissíveis, nem uma fixação prévia do valor atribuído a cada prova;
 - 5.1.1. Efetivamente, o princípio da livre apreciação impõe que a convicção do julgador se traduza numa “*valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão*”;
 - 5.1.2. A constitucionalidade do princípio da livre apreciação encontra-se sobretudo assegurada pela previsão do dever de fundamentação das decisões (art. 205.º/1 CRP; art. 97.º/5 CPP), impondo ao julgador a comunicação do raciocínio empregue;
 - 5.2. O sistema processual penal português apresenta uma estrutura acusatória, mitigada por um princípio da investigação (art. 32.º/5 CRP);
 - 5.2.1. Nesse sentido, prevê-se uma separação entre a entidade que acusa (MP) e a entidade julgadora, como garantia da imparcialidade e da presunção de inocência do arguido;
 - 5.2.2. A consagração do princípio da investigação (art. 340.º CPP) implica que o juiz possa ordenar oficiosamente a produção de prova que considere relevante para a boa decisão da causa;
 - 5.2.3. Deste modo, o juiz não se encontra limitado à atividade probatória das partes, devendo procurar a descoberta da verdade material;
 - 5.3. Os standards de prova poderão integrar o sistema processual penal português assumindo-se como elemento do princípio da livre convicção e concretização do princípio da investigação;
6. Os modelos de prova traduzem a metodologia utilizada pelo julgador na articulação das diversas provas constantes do processo. Assim, determinam o próprio objeto dos standards de prova, *i.e.*, a matéria a que os standards se aplicarão. Neste contexto, destacámos três modelos de prova:
 - 6.1. *Modelo argumentativo*: propõe a comparação entre argumentos elaborados através das provas recolhidas; assume um carácter

atomístico, sugerindo a análise individualizada de prova constante do processo; a valoração da prova efetiva-se:

- 6.1.1.** *a)* construindo argumentos a partir de cada prova constante do processo através da aplicação do silogismo condicional *modus ponens*; *b)* separando os argumentos que sustentam daqueles que contrariam a verificação de um determinado facto; *c)* comparando os argumentos e contra-argumentos com o intuito de determinar a verificação de cada facto;
- 6.1.2.** Principal vantagem: análise individualizada, cuidada e rigorosa de cada elemento de prova;
- 6.1.3.** Principal desvantagem: não fornece uma visão global;
- 6.1.4.** Aplicação dos standards: individualmente a cada um dos *facta probanda*; critério avaliador da qualidade das provas;
- 6.2.** *Modelo narrativo:* parte da constatação empírica de que a forma natural de raciocínio probatório corresponde à construção de narrativas capazes de explicar as circunstâncias em que o crime ocorreu; concretiza-se em três etapas:
 - 6.2.1.** *a)* processo de construção das narrativas: integração das provas em “*sequências cronológicas e coerentes de eventos acerca do que poderá ter acontecido no caso*”; *ii)* representação das possibilidades de decisão; *iii)* comparação e análise das hipóteses apresentadas: critérios da *abrangência da coerência* (divide-se em *consistência, plausibilidade; completude*);
 - 6.2.2.** Principal vantagem: holismo;
 - 6.2.3.** Principal desvantagem: dificuldade na determinação da relevância de cada prova;
 - 6.2.4.** Aplicação dos standards: diferentes narrativas construídas;
- 6.3.** *Modelo híbrido:* procura colmatar as falhas apontadas a cada um dos modelos anteriores, propondo a articulação entre o esquema narrativo e argumentativo. O processo de valoração da prova consiste em:
 - 6.3.1.** *a)* construir múltiplas narrativas sustentadas pelas provas constantes do processo; *b)* recorrer ao modelo argumentativo para corroborar ou infirmar as narrativas construídas; *c)* comparar as narrativas testadas, procurando a melhor narrativa (critérios de coerência, consistência, plausibilidade e completude); *d)* avaliar a melhor narrativa, utilizando, *p.e.*, a técnica das *critical questions*.

7. O método probabilístico poderá ser articulado com qualquer das propostas anteriores, pressupondo, na perspetiva objetiva, a quantificação do grau de convicção exigido e, na vertente subjetiva, o recurso ao teorema de Bayes.
8. Apenas o modelo híbrido é capaz de orientar o julgador no processo de valoração da prova (normativo), ao mesmo tempo que constitui um retrato fiel do processo cognitivo empregue neste contexto (descritivo);
 - 8.1. O modelo híbrido fornece-nos, ao longo do processo de valoração da prova, diferentes narrativas que pretendem ser testadas;
 - 8.2. Desse modo, entendemos que o objeto dos standards de prova deve ser constituído pelas diferentes hipóteses apresentadas;
 - 8.3. Não nos parece possível apresentar os argumentos como objeto dos standards de prova considerando a:
 - a) Consequente desconsideração da perspetiva global fornecida por este modelo;
 - b) Replicação supérflua da função desempenhada pelas máximas da experiência no contexto argumentativo;
 - c) Dificuldade de determinação do grau de convicção exigível para cada prova;
9. Os standards de prova assumirão uma função distinta consoante a fase do processo em que nos encontramos:
 - 9.1. Na fase de inquérito, permitirão aos OPC formular diversas hipóteses que expliquem as provas constantes do processo, ao mesmo tempo que os guiarão na procura de novos meios de prova;
 - 9.2. No que respeita à atividade do MP, a acusação deve ser sustentada pela existência de *indícios suficientes* de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente. Nesse contexto, a própria lei exige a observância de um grau de convicção mínimo que permita fundamentar a decisão, recorrendo a um standard de prova;
 - 9.3. No que concerne à aplicação de medidas de coação e à prolação do despacho de pronúncia ou não pronúncia (art. 307.º e 308.º CPP), uma vez mais o legislador apresenta os standards de prova como um critério de decisão que permite fundamentar a opção do JIC. Assim, o decretamento de uma prisão preventiva só será legítimo quando houver *fortes indícios* da prática de um dado crime (art. 202.º CPP), e o despacho de pronúncia pressupõe a recolha de *indícios suficientes* (art. 308.º CPP);

- 9.4.** Em sede de audiência de julgamento, os standards de prova podem surgir como um critério de valoração da prova. Aqui, os standards permitiriam ao julgador avaliar permanentemente as provas carregadas para o processo pelos demais intervenientes. Articulando-os com o princípio da investigação (art. 340.º CPP) destacaremos apenas que os standards de prova auxiliariam o julgador na determinação dos meios de prova a ordenar, que surgissem como relevantes para a boa decisão da causa;
- 9.5.** Na fundamentação da sentença o principal contributo dos standards prende-se com a garantia do cumprimento do dever de fundamentação (art. 374.º/2 CPP). Efetivamente, se o julgador conhecer à partida o grau de convicção que terá que alcançar poderá estruturar o seu raciocínio com vista a essa meta. Desse modo, mais facilmente controlará a sua própria decisão, garantindo igualmente a sua compreensão pelos destinatários da sentença.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, P.P.

- 2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (4.^a ed. atualizada), Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALLEN, R.

- 2013 “Los Estándares de Prueba y Los Límites del Análisis Jurídico”, in C. Vázquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Marcial Pons: Madrid, pp. 41-63.

ATKINSON, K. & BENCH-CAPON, T.

- 2007 “Argumentation and Standards of Proof”, *ICAIL '07: Proceedings of the 11th international conference on Artificial intelligence and law*, New York, pp. 107-116.

BELTRÁN, J. F.

- 2013 “La Prueba es Libertad, pero no tanto : una teoría de la prueba cuasibenthamiana”, in C. Vázquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Marcial Pons: Madrid, pp. 21-39.

BEX, F. J. & BENCH-CAPON, T.

- 2013 Arguing with Stories. *CMNA 2013 – Workshop on Computational Models of Natural Argument – International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Rome.

BEX, F. J. & VERHEIJ, B.

- 2013 “Legal Stories and the Process of Proof”, *Artificial Intelligence and Law* 21:3, pp. 253-278.

BEX, F. J.

- 2013 “Abductive argumentation with stories”, *Workshop on Formal Aspects of Evidential Inference – International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Rome.

BEX, F. J. & VERHEIJ, B.

- 2012 “Solving a Murder Case by Asking Critical Questions: An Approach to Fact-Finding in Terms of Argumentation and Story Schemes”, *Argumentation*, 26:3, pp. 325-353.

BEX, F. J. & WALTON, D.

- 2012 “Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation: Three Case Studies”, *Law, Probability and Risk* 11 (2-3), pp. 113-133.

BEX, F. J., VAN KOPPEN, P.J., PRAKKEN, H. & VERHEIJ, B.

- 2010 “A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence”, *Artificial Intelligence and Law* 18:2, pp. 123-152.

BEX, F. J. & VERHEIJ, B.

- 2010 “Arguments, stories and evidence: critical questions for fact-finding”, in F.H. Van Eemeren, et al. (eds.), *Proceedings of the 7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation* (ISSA), Amsterdam.

BEX, F. J. & WALTON, D.

- 2010 “Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation”, *Proceedings of the 2010 conference on Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2010: The Twenty-Third Annual Conference*, IOS Press: Amsterdam, pp. 37-46.

BEX, F. J.

- 2009 «Analyzing Stories Using Schemes», in H. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot: Ashgate Publishing (Applied Legal Philosophy Series).

BEX, F. J., VAN DEN BRAAK, S.W., VAN OOSTENDORP, H., PRAKKEN, H., VERHEIJ, H.B. & VREESWIJK, G.A.W.

- 2007 “Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?”, *Law, Probability & Risk* 6, pp. 145-168.

BEX, F. J., PRAKKEN, H. & B. VERHEIJ

- 2007 “Formalising argumentative story-based analysis of evidence”, *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York: ACM Press, pp. 1-10.

BEX, F. J., PRAKKEN, H. & VERHEIJ, B.

- 2006 “Anchored narratives in reasoning about evidence”, *Legal Knowledge and Information Systems, JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*, Amsterdam: IOS Press.

BEX, F. J., PRAKKEN, H., REED, C & WALTON, D.N.

- 2003 “Towards a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalisations”, *Artificial Intelligence and Law* 11, pp. 125-165.

CALLEN, C. R.

- 1981 Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law. *Indiana Law Journal* vol. 57, issue 1. pp.1-45.

CORREIA, E.

- 1961 “Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre o Artigo 653.º do projecto, em 1.ª revisão ministerial, de alteração ao Código de Processo Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito* vol. 37, Coimbra, pp. 181-186.

CORREIA, E.

- 1967 “Les preuves en droit pénal portugais », *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES)* 14, pp. 1-52.

- DIAS, J. F.
- 1974 *Direito Processual Penal vol. I*, Coimbra: Coimbra Editora.
- FERREIRA, M. C.
- 1955 *Curso de Processo Penal vol. I*, Lisboa.
- FRIEDMAN, R. D.
- 2000 "A Presumption of Innocence, Not of Event Odds", *Stanford Law Review* 52, no 4, pp. 873-887.
- GORDON, T. F. & WALTON, D.
- 2009 "Proof Burdens and Standards", *Argumentation in Artificial Intelligence*, Berlin: Springer, pp. 239-258.
- GORDON, T. F., PRAKKEN, H. & WALTON D.
- 2007 "The Carneades Model of Argument and Burden of Proof", *Artificial Intelligence* 171 (10-11), pp. 875-896.
- GORDON, T.F.
- 2007 "Visualizing Carneades argument graphs", *Law, Probability and Risk* 6, pp.109-117
- HAACK, S.
- 2013 "El Probabilismo Jurídico: Una Disensión Epistemológica", in C. Vázquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica* (pp. 65-98), Marcial Pons: Madrid.
- KEANE, A., GRIFFITHS, J. & McKEOWN, P.
- 2010 "The burden and standard of proof", in A. Keane, J. Griffiths & P. McKeown (eds.), *The Modern Law of Evidence*, 8.^a ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 76-114.
- KEPPENS, J. & SCHAFER, B.
- 2006 "Knowledge based crime scenario modelling", *Expert Systems with Applications* 30, pp. 203 – 222.
- LINHARES, J.A.
- 2012 "Evidence (or proof ?) as law's gaping wound: a persistent false aporia?", *Boletim da Faculdade de Direito* vol. 88, Coimbra, pp. 65-89.
- LOPES, J. M.
- 2011 *A fundamentação da sentença no sistema penal português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Coimbra: Almedina.
- MARTINS, A. G.
- 1999 "Poder judicial e magistratura de investigação", *Boletim da Faculdade de Direito* vol. 75, Coimbra, pp. 389-431.

MATTA, P. S.

- 2004 “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in M. F. Palma (coord.), *Jornadas de processo penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 221-280.

MENDES, P. S.

- 2013 *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina.

MENDES, P. S.

- 2010 “A prova penal e as regras da experiência”, in Andrade, M. C., Antunes, M. J. & Sousa, S. A. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias vol. III*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 997-1011.

MESQUITA, P. D.

- 2011 *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora.

MÚRIAS, P. F.

- 2000 *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: Lex.

NEVES, A. C.

- 1968 *Sumários de Processo Criminal: 1967-1968*, João Abrantes, Coimbra.

NEVES, R. V.

- 2011 *Al Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)* (1.ª ed.), Coimbra: Coimbra Editora.

PALMA, M. F.

- 2005 Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva”, in M. Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal, Memórias* Coimbra: Almedina, pp. 113-129.

PENNINGTON, N. & HASTIE, R.

- 1988 “Explanation-Based Decision Making: Effects of Memory Structure on Judgment”, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, vol.14, no. 3, American Psychological Association, pp. 521-533.

PENNINGTON, N. & HASTIE, R.

- 1986 “Evidence Evaluation in Complex Decision Making”, *Journal of Personality and Social Psychology* vol.51, no. 2, American Psychological Association, pp. 242-258.

PEREIRA, R.S.

- 2013 “Evidence models and proof of causation”, *Law, Probability and Risk* (September-December) 12 (3-4), pp. 229-257.

- PRAKKEN, H. & SARTOR, G.
- 2011 "On modelling burdens and standards of proof in structured argumentation", *Proceedings of JURIX 2011: The Twenty-fourth annual conference on legal knowledge and information systems*, Amsterdam: IOS Press, pp. 83-92.
- RAINHO, J. M.
- 2006 "Decisão da matéria de facto – exame crítico das provas", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4, 1.º semestre, Coimbra: Almedina, pp. 145-173.
- REGO, M.L.
- 2013 "Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais", *Julgars* n.º 21, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 119-147.
- SÁ, P.T.
- 1999 "Fortes indícios de ilegalidade da prisão preventiva", *Scientia Iuridica tomo XLVIII*, n.º 280/282, Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 387-405.
- SILVA, G. M.
- 2006 "Produção e valoração da prova em processo penal", *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4, 1.º semestre, Coimbra: Almedina, pp. 37-53.
- 2010 *Curso de Processo Penal*, vol. I (6.ª ed. revista e atualizada), Lisboa: Verbo.
- 2011 *Curso de Processo Penal* vol. II (5.ª ed. revista e atualizada), Lisboa: Verbo.
- SILVA, S. O.
- 2011 "Legalidade da prova e provas proibidas", *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 4 1.º semestre, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 545-591.
- SILVEIRA, J. N.
- 2004 "O conceito de indícios suficientes no processo penal português", in F. Palma (Coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 155-181.
- SOUZA, L. P.
- 2013 *Prova Testemunhal*, Coimbra: Almedina.
- TARUFFO, M.
- 2003 "Rethinking Standards of Proof", *American Journal of Comparative Law* 51, pp. 659-678.
- TARUFFO, M.
- 2010 *Simplemente la Verdad, El Juez y La Construcción de los Hechos*, Madrid: Marcial Pons.
- THAGARD, P.
- 2005 "Testimony, credibility and explanatory coherence", *Erkenntnis* 63, pp. 295-316.

TILLERS, P. & GOTTFRIED, J.

- 2006 “Case comment – United States v. Copeland, 369 F. Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A Collateral Attack on the Legal Maxim That Proof Beyond a Reasonable Doubt is Unquantifiable?”, *Law, Probability and Risk* 5, pp. 135-157.

VERHEIJ, B. & BEX, F. J.

- 2009 “Accepting the truth of a story about the facts of a criminal case », in H. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot: Ashgate Publishing (Applied Legal Philosophy Series).

WALTON, D. & REED, C.

- 2002 Argumentation Schemes and Defeasible Inferences”, *Workshop on Computational Models of Natural Argument 15th European Conference on AI*, ECAI.

WIGMORE, J. H.

- 1931 *The Principles of Judicial Proof or the Process of Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials* (2.^a ed.), Boston: Little, Brown and Company.

O USO DE *MALWARE* COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA EM PROCESSO PENAL¹

David Silva Ramalho²

ABSTRACT: *The use of malware as means of obtaining evidence has increased in the course of the past years due to its effectiveness to counter the anti-forensic measures adopted by cybercriminals. In Portugal, we believe that this investigatory tool was inserted in the Cybercrime Law as a technological device to be used in undercover operations. However, the terms in which this provision was foreseen lack clarity, precision and most of all respect for the defendant's rights, thus raising doubts as to its constitutionality.*

SUMÁRIO: Introdução § 1. Apresentação do problema e razão de ordem. § 2. Plano de exposição. § 3. Delimitação conceptual. Capítulo I – *Malware*. § 1. Noção e modalidades. § 2. Processo de instalação e funcionamento. § 3. O *malware* como resposta às medidas anti-forenses. Capítulo II – Origem e evolução da utilização de *malware* como ferramenta de investigação criminal em ambiente digital. § 1. A experiência norte-americana: o *Magic Lantern* e o CIPAV. § 2. A experiência alemã: vicissitudes do *Bundestrojaner*. § 3. O regime espanhol vigente e o Projeto *Gallardón*. § 4. A propensão para a consagração do *malware* como meio de obtenção de prova em ambiente digital: o Projeto HIPCAR e a Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil. Capítulo III – A utilização de *malware* e a Lei do Cibercrime. § 1 (In)aplicabilidade direta do regime das interceções de comunicações e da pesquisa de dados informáticos. § 2. A utilização de *malware* no contexto de ações encobertas em ambiente digital. § 3. A utilização de *malware* como medida restritiva de direitos fundamentais e consequente necessidade de densificação normativa. § 4. Sindicância da prova obtida através do uso de *malware*. § 5. Conclusões. Bibliografia.

¹ O artigo que ora se apresenta encontra-se atualizado com elementos factuais e bibliográficos até outubro de 2013.

² Advogado, Investigador no Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e Fellow no Tech and Law Center de Milão. Contacto do autor: dsr@servulo.com.

INTRODUÇÃO

1. Apresentação do problema

Com a aprovação da Lei n.º 109/2009, de 15 de setembro, a Lei do Cibercrime, o legislador português criou um dispositivo processual que, em rigor, nunca foi explicado e cujo significado permanece por esclarecer.

A Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias não se lhe referiu no seu parecer sobre a Proposta de Lei n.º 289/X (4.ª), o Parlamento aprovou-o sem qualquer voto contra na especialidade, a jurisprudência dos tribunais superiores – tanto quanto sabemos – nunca se lhe referiu e a doutrina raramente se pronuncia sobre ela, limitando-se, quando o faz, a transcrevê-la ou a questionar-se sobre o seu alcance.

Referimo-nos à última norma do capítulo dedicado às disposições processuais da Lei do Cibercrime, o artigo 19.º, n.º 2, subordinado à epígrafe “*ações encobertas*” e que reza o seguinte: “[s]endo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceção de comunicações”.

Da leitura do referido preceito decorre, desde logo, uma questão: o que são estes “*meios e dispositivos informáticos*”? Estar-se-á, como sugere PAULO DÁ MESQUITA, “*por esta via, a abrir-se, sem suficiente ponderação (ou freios claros) a porta à interceção de comunicações para fins de prevenção*”³? Ou será que a remissão feita por aquela norma para “*as regras previstas para a interceção de comunicações*” visa, precisamente, afastar a qualificação destes “*meios e dispositivos informáticos*” como verdadeira *interceção de comunicações*, nos termos do artigo 18.º da Lei do Cibercrime, e qualificá-los antes como um meio de obtenção de prova *análogo* à interceção de comunicações? Um entendimento desta natureza coloca no intérprete – leia-se, no jurista não letrado em tecnologias de informação – uma dificuldade de densificação normativa do conceito de “*meios e dispositivos informáticos*”. Dificuldade que, por impulso ou desconforto, tende a ser remetida para o acervo de conceitos técnicos comumente entendidos como exteriores ao Direito.

A questão que ora se formula é simples, embora não o seja a resposta a dar-lhe, e é ela que lançará o mote para o presente estudo: será admissível, à luz

³ Mesquita, 2010: 127.

do quadro legal e constitucional vigente em Portugal, a utilização de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal⁴?

Como decorre desta formulação, o problema terá de ser analisado em duas vertentes: a primeira, dedicada à procura da eventual existência de base legal no quadro jurídico vigente para fundamentar o recurso a este meio de obtenção de prova; a segunda, fazendo passar pelo crivo da constitucionalidade o recurso ao *malware*, procurando aferir dos requisitos e pressupostos da sua aplicabilidade e da respetiva conformidade com a Lei Fundamental.

O nosso objetivo com o presente estudo é, principalmente, o de suscitar estas questões perante a comunidade científica, oferecendo, de forma sintética e necessariamente introdutória, a nossa visão sobre o assunto, reservando o seu desenvolvimento para momento posterior.

2. Razão de ordem

Para uma resposta adequada à questão formulada, optámos por uma análise tripartida do problema: a primeira fase de pendor técnico, a segunda de cariz histórico-comparatístico e a terceira de análise jurídica ao nível do direito interno.

Contudo, antes de iniciarmos o nosso trajeto expositivo, procurando delimitar as coordenadas fácticas e técnicas do *malware*, haverá que alertar o leitor para o facto de que as definições apresentadas não são unâmines ou estáticas

4 Esta foi simultaneamente a primeira e a última questão a ser colocada na discussão na generalidade da Proposta de Lei n.º 289/X (4.^a), embora aí apenas se tenham referido os chamados cavalos de Tróia. Da primeira vez, o Deputado Fernando Negrão, do PSD, imediatamente após o início da discussão parlamentar na generalidade, formulou-a do seguinte modo: “[p]or que é que não foi contemplada neste diploma a possibilidade de as entidades de investigação criminal introduzirem em determinado sistema que esteja sob investigação o que podemos designar por ‘cavalo de Tróia informático’, para poder obter informação contínua e em tempo real, assim facilitando as investigações criminais, designadamente através dos meios informáticos?”. Não tendo obtido resposta, já no fim da discussão parlamentar, insistiu o mesmo Deputado do seguinte modo: “Sr. Presidente, é apenas para reiterar as perguntas que formulei, mas a que o Sr. Secretário de Estado não respondeu. A primeira era a de saber o porquê da repetição da figura da associação criminosa neste diploma. Perguntei qual era a lógica de, de diploma em diploma, entrarmos num processo de repetição da figura da associação criminosa, mas o Sr. Secretário de Estado não respondeu. Em segundo lugar, perguntei o seguinte: por que não a criação de um novo tipo legal de crime, que facilitaria a investigação criminal, no sentido de introduzir ‘cavalos de Tróia’ informáticos nos sistemas informáticos, para facilitar a investigação criminal? Era só para registar que o Sr. Secretário de Estado não respondeu a qualquer destas perguntas”. A resposta surgiu do seguinte modo: “O Sr. Presidente (Nuno Teixeira de Melo): – Sr. Deputado, o Sr. Secretário de Estado também já não dispõe de tempo para responder. Talvez possa fazê-lo noutra altura, porventura na sequência dos trabalhos em sede de especialidade, se for caso disso.” Na discussão na especialidade, a questão, tanto quanto sabemos, não foi colocada e a norma veio a ser aprovada com os votos da bancada do PSD, do PS e do CDS-PP e a abstenção do PCP e do BE – cf. DAR II série A N.º 167/X/4 2009.07.27.

e tão-pouco são destituídas de ocasionais sobreposições conceptuais. Tal facto decorre das mutações a que o *software* malicioso é constantemente sujeito e da inexistência de acordo, por parte da doutrina especializada, quanto às características a atribuir a cada tipo de *malware*.

Não obstante inexista unanimidade quanto aos conceitos, às especificidades e aos limites das diversas categorias de *malware*, a verdade é que para a correta apreensão do problema se nos afigura particularmente relevante encetar um esforço no sentido da apresentação de noções básicas a partir das quais possamos apreender as características e modo de funcionamento de cada uma das modalidades deste meio técnico. Desde logo porque, segundo cremos, para uma correta análise da adequação de um meio de obtenção de prova digital, o jurista não pode conformar-se com o seu desconhecimento em matérias não-jurídicas, mas deverá antes procurar compreender o seu funcionamento e enquadrá-lo à luz dos preceitos legais e constitucionais vigentes. Assim, e sem prejuízo de ser ao perito que cabe explicar os factos de acordo com os seus especiais conhecimentos técnicos e científicos, é ao jurista que cabe aferir da legalidade do meio utilizado para recolha da informação sobre a qual a perícia eventualmente incidirá.

Uma vez delimitadas as coordenadas iniciais, haverá, então, que proceder à análise da origem e evolução da utilização de *malware* como ferramenta de investigação criminal em ambiente digital. Para tal, começar-se-á por uma breve análise do sistema norte-americano, onde, tanto quanto se sabe, teve origem a utilização de *malware* como ferramenta de suporte à investigação criminal. De seguida proceder-se-á a uma breve análise do sistema alemão, com particular incidência na decisão do Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*) sobre a utilização de *malware* e no funcionamento do chamado *Bundestrojaner* e, subsequentemente, analisar-se-á o regime espanhol, onde se encontra atualmente em discussão o anteprojeto de Código de Processo Penal que, entre outros objetivos, visa esclarecer as fundadas dúvidas existentes sobre a admissibilidade do recurso a esta tecnologia. O capítulo terminará com uma análise sobre a tendência para a consagração do *malware* como ferramenta de investigação criminal, em particular nos países das Caraíbas e da União Europeia, fruto de iniciativas de cariz supranacional.

O último capítulo, pressupondo já algumas noções das coordenadas técnicas do *malware* e as experiências em ordenamentos jurídicos distintos, visa oferecer uma breve e sumária análise jurídica sobre a eventual suficiência das previsões

legais ao nível processual penal português para a admissibilidade deste meio de obtenção de prova e uma subsequente densificação dos requisitos e pressupostos que, inevitavelmente, teriam de sustentar semelhante entendimento.

3. Delimitação conceptual

Para uma correta compreensão da realidade do cibercrime e das especificidades da prova digital, há que reconhecer que, com o advento da Internet e a incessante evolução tecnológica, surgiram novas realidades que não são subsumíveis aos conceitos até então existentes. Quando assim sucede, há que fazer uma opção metodológica: ou se adaptam os conceitos já existentes para abrangerem as novas realidades – com o possível desvirtuamento do seu significado inicial por via do esbatimento dos seus contornos – ou se importam conceitos novos de outras áreas do saber e se lhes atribui uma configuração jurídica.

O legislador e a doutrina propendem para a primeira das opções. E apesar de a Lei do Cibercrime ser, em geral, uma exceção a esta tendência, a verdade é que não lhe é totalmente imune. Tal facto é evidenciado, quanto ao legislador, pela circunstância de na Lei do Cibercrime ter submetido acriticamente as ações encobertas em ambiente digital ao regime das ações encobertas previstas na Lei n.º 101/2001, de 15 de agosto, e, quanto à doutrina, no que aqui releva, qualificando como busca *online*⁵ a utilização de *malware* como meio oculto de investigação criminal.

Quanto a nós, porquanto entendemos que se trata de um conceito novo no plano jurídico e que merece destaqueamento de outros conceitos com contornos e propósitos diferentes, optámos por nos referir exclusivamente ao conceito de *malware*, ou a cada uma das suas subespécies, nas suas vertentes de instalação, de pesquisa e de recolha de informação e não – salvo quando estritamente necessário – ao de busca *online*. E fizemo-lo essencialmente por dois motivos: por um lado, porque não se trata aqui de uma busca – pelo menos não mais do que uma escuta telefónica se traduz numa busca telefónica – e, por outro, porque tão pouco é necessário que a instalação de *malware* ou a recolha de informação por este software ocorra *online*.

⁵ Costa Andrade define as buscas *online* como “um conceito comprehensivo e abrangente, porventura mesmo não inteiramente rigoroso, a que se reconduz um conjunto de intromissões nos sistemas informáticos, feitas através da internet e que se atualizam na observação, busca, cópia, vigilância, etc., dos dados presentes naqueles sistemas informáticos”, cf. Andrade, 2009a: 166.

Quanto à primeira objeção, começar-se-á por referir que a remissão genérica para o conceito de busca, na medida em que se encontra desacompanhada do vocábulo *domiciliária*, pareceria levar a que se admitisse a suficiência da mera precedência de autorização por despacho do Ministério Público para a sua realização, nos termos do disposto no artigo 174.^º do CPP – o que a privaria da necessária reserva de juiz. Por outro lado, caso se compare a busca *online* a uma busca domiciliária⁶ – o que, quanto a nós, é destituído de acuidade jurídica –, a verdade é que se estará a descaracterizar o conceito de *domicílio* e o fundamento que subjaz à proteção acrescida atribuída ao visado por esta medida pela norma do artigo 177.^º⁷, até porque o *malware* pode ser instalado em telemóveis, em computadores portáteis ou em *tablets*, onde quer que os mesmos se encontrem.

Acresce que, numa busca *online*, o investigador pode monitorizar toda a atividade do visado *em direto*, ativando, se necessário, a sua *webcam* ou o microfone do sistema informático infetado e assistindo, se necessário, à prática de ilícitos em tempo real sem o conhecimento do visado – contrariamente ao que sucede numa busca.

Quanto à segunda das objeções enunciadas, e como as ferramentas de ciberespionagem *Flame* e *Stuxnet*⁸ vieram demonstrar, o *malware* pode ser instalado num computador desligado da Internet através de um suporte digital removível – designadamente via USB –, apreendendo de seguida os dados pretendidos (*offline*) para, por fim, transportá-los para outra unidade removível até finalmente chegar a um sistema informático conectado à Internet, a partir do qual os remeterá ao seu controlador.

6 A este respeito, e a par da comparação do computador à *alma digital*, Benjamim Silva Rodrigues alude à ideia de domicílio informático-digital em matéria de buscas *online* – cf. Rodrigues, 2010: 472-473.

7 Sobre este assunto, sustenta Costa Andrade o seguinte: “*Pacífico em qualquer caso que ela não está coberta pelas normas processuais penais que legitimam a violação do domicílio, no contexto da clássica figura das buscas.*” - Andrade, 2009a: p. 168.

8 Por se tratar de ferramentas de ciberespionagem, não nos pronunciaremos no presente estudo sobre o *Stuxnet* e o *Flame*, nem sobre o *Duqu* ou o *Gauss*. Todavia, sendo estes os tipos de *malware* mais avançados alguma vez descobertos, supostamente financiados por Estados e não por entidades privadas, afigura-se-nos pertinente referir as suas propriedades, uma vez que poderão vir a ser adaptadas para o contexto da investigação criminal. Para uma análise do *Stuxnet* v., por todos, a compilação de informação efectuada pelo *Federal Department of Homeland Security Industrial Control Systems Cyber Emergency Response Team (ICS-CERT)*, disponível em: <http://www.agi.org/membercenter/gotocommitteepages/NGS/Documents/1011StuxnetMalware.pdf> [consultado em: 03-10-2013]. Para uma breve análise descriptiva do *Stuxnet* e do *Flame* v. Morton & Grace, 2012. Por fim, para uma descrição e comparação entre o *Flame*, o *Stuxnet*, o *Gauss* e o *Duqu*, cf. Gradigo, 2013: 47-52.

Por fim, cumpre referir apenas que, segundo cremos, o termo “*busca online*” encontra a sua origem no debate jurisprudencial ocorrido no direito norte-americano sobre a eventual subsunção da utilização de *malware* para fins de investigação criminal ao conceito de busca (*search*), previsto na Quarta Emenda à Constituição dos EUA, o que releva, naquele ordenamento, para aferição da eventual necessidade de precedência de mandado judicial para a sua utilização⁹. O termo perde pertinência quando entramos no léxico constitucional português e, como tal, deverá merecer tratamento independente da carga valorativa que lhe advém daquele ordenamento, com a devida autonomia em face de um meio de obtenção de prova que não lhe é comparável¹⁰.

Assim, e porquanto se nos afigura como a expressão tecnicamente mais rigorosa, optámos por nos referir sempre, ao longo do presente estudo, ao termo *malware*, e não a *busca online*.

CAPÍTULO I – *MALWARE*

1. Noção e modalidades

O termo *malware* é o resultado da contração do adjetivo *malicious* (malicioso) e do substantivo *software* (programa informático)¹¹ e pode ser definido resumidamente como “*um conjunto de instruções executadas no computador que levam o sistema a fazer algo que um atacante quer que ele faça*”¹² ou, mais desenvolvidamente, como “*um programa simples ou auto-replicativo que discretamente se instala num sistema de processamento de dados sem o conhecimento ou consentimento do utilizador, com vista a colocar em perigo a confidencialidade*”

⁹ Esta questão começou por ser colocada a propósito das escutas telefónicas e viria a ser resolvida no sentido da sua subsunção ao conceito de busca no caso *Charles Katz v. United States* – sobre este caso, v. Landau, 2010: 70 e Garitaonandia, 2010: 337-339. O problema veio a reactivar-se com a questão da eventual subsunção das interceções de comunicações e do recurso a *malware* no contexto das investigações criminais em ambiente digital, tendo recebido, em geral, entendimento idêntico ao das escutas, isto é, no sentido da necessidade de mandado prévio à sua utilização – cf. Brenner, 2012: 81.

¹⁰ A menos que, na esteira de Buermeyer entendamos que, ao entrar no computador de alguém, “*o Estado como que põe o pé virtual na porta da sua casa*” – apud Andrade, 2009a: 167. A este respeito cumpre recordar que o enquadramento legal que parte da doutrina alemã fazia das ditas buscas *online* no regime das tradicionais buscas foi rejeitado pelo BGH na sua decisão de 31 de janeiro de 2007 – cf. Pradillo, 2009: 3.

¹¹ Não ignoramos que poderá causar estranheza a utilização da expressão *malicioso* para um instrumento utilizado por órgãos de polícia criminal no contexto da sua atividade de investigação criminal, cujo objetivo último é a realização da Justiça. Todavia fazemo-lo sem qualquer carga valorativa sobre a referida atividade, mas antes porque se trata de um termo genérico que engloba vários tipos de *malware*, bem como porque é um tipo de *software* que é intrusivo, insidioso e, portanto, malicioso em relação ao sistema informático no qual se instala.

¹² Boldt, 2010: 10.

dos dados, a integridade dos dados e a disponibilidade do sistema ou para assegurar que o utilizador seja incriminado por um crime informático”¹³.

Como decorre de ambas as definições, o conceito de *malware* reveste-se de uma amplitude significativa. Em síntese, inclui todo o tipo de programas instalados sub-repticiamente por terceiros num sistema informático que podem ser utilizados para, de algum modo, comprometer as suas funções, contornar os seus controlos de acesso, causar prejuízo ao seu utilizador ou ao sistema informático infetado, monitorizar a sua atividade ou apropriar-se, corromper, eliminar e/ou alterar dados informáticos.

Em matéria de utilização deste tipo de *software* no âmbito de investigações criminais em ambiente digital, a doutrina costuma referir-se somente aos chamados cavalos de Tróia (*Trojan horses* ou, simplesmente, *Trojans*)¹⁴. Porém, os cavalos de Tróia representam apenas um dos muitos tipos de *malware* aptos a serem utilizados no âmbito de investigações criminais em ambiente digital, a par, entre outros, das *logic bombs*, do *spyware*, dos *rootkits*, dos vírus, dos *worms*¹⁵ ou mesmo das cada vez mais comuns *blended threats*¹⁶ (ameaças mistas), que incluem mais do que um tipo de *malware*.

Começando pelo conceito mais utilizado, os cavalos de Tróia, podemos procurar defini-los como um tipo de *malware* que se apresenta como sendo inofensivo e induz o visado a empreender numa conduta ativa que resultará na sua instalação no sistema informático visado¹⁷, designadamente fazendo um

13 Em língua original: “*a simple or self-replicating program, which discreetly installs itself in a data processing system, without users knowledge or consent, with a view to either endangering data confidentiality, data integrity and system availability or making sure that users to be framed for computer crime.*” – Filiol, 2005: 83.

14 Assim, Albuquerque, 2011: 502.

15 Os vírus e os *worms* fazem parte da categoria do *malware* auto-replicativo, uma vez que conseguem efetuar cópias de si próprios destinadas a serem disseminadas – cf. Filiol, 2005: 88. A esta categoria opõe-se a do *malware* simples a que Adleman chamava de *Epeian viruses*, inspirado na figura de Epeu, da Odisseia de Homero, que construirá o cavalo de Tróia – cf. ADLEMAN, 1988: 361.

16 Como exemplo de *blended threat*, existe o chamado *spy-phishing*, uma forma de ataque de *phishing* que utiliza outras aplicações maliciosas, como sejam cavalos de Tróia ou *spyware*, para obter informação confidencial – cf. Urbas & Choo, 2008: 5.

17 Esta *sedução* para a instalação é muitas vezes gerada por formas de engenharia social em que o que se explora, verdadeiramente, são “*vulnerabilidades nos seres humanos, que também fazem parte do sistema em sentido mais amplo*” – cf. Correia & Sousa, 2010: 16. Neste caso são os próprios utilizadores que ativam, inadvertidamente, as funcionalidades nocivas do *malware*, pensando que estão a executar um ficheiro ou a aceder a um *website* inofensivo.

download de um anexo de uma mensagem de correio eletrónico¹⁸ ou abrindo uma página *web* infetada com código malicioso (por exemplo, no caso dos chamados *drive-by downloads*¹⁹). Muitas vezes os cavalos de Tróia são utilizados para criar *backdoors* no sistema informático infetado, isto é, formas escondidas de aceder remotamente ao sistema, contornando os mecanismos de autenticação existentes²⁰. Através do acesso propiciado pelo cavalo de Tróia, o terceiro pode recolher informação, como sejam credenciais de acesso a páginas reservadas (como *webmails*, blogues ou perfis em redes sociais), pode instalar mais *malware* (como *spyware*, *keyloggers*²¹, vírus ou *worms*²²), monitorizar a atividade do utilizador no sistema informático infetado, ou mesmo servir como meio para o atacante navegar na Internet de forma anónima, enviando informação a partir do computador infetado.

As *logic bombs*, por seu turno, são uma forma de *malware* não replicativo que se instala num sistema informático e aguarda um incidente ou um evento que funcione como mecanismo de desencadeamento (um *gatilho*) para desempenhar uma função nociva ou ofensiva no sistema informático infetado. Um dos exemplos avançados por Eric Filiol é o do administrador de rede de uma empresa que instala uma *logic bomb* no sistema informático da mesma, programada para verificar diariamente se o seu nome ainda se encontra no registo da contabilidade. A partir do momento em que o seu nome seja eliminado – ou seja, quando o administrador deixar de trabalhar na referida empresa –,

18 A este respeito, afirma Osvaldo Santos o seguinte: “Os cavalos de Tróia não precisam de usar artifícios técnicos para se disseminarem, pois são os próprios utilizadores que os instalam de livre vontade. Assim, a capacidade de replicação de um cavalo de Tróia depende, acima de tudo, da sua habilidade para seduzir os utilizadores. Esta sedução é feita através dos seus alegados efeitos úteis, que leva muitas vezes os utilizadores a, num gesto de boa vontade, partilhar a aplicação com os seus colegas, amigos e contactos” – Santos, 2011: 39.

19 V. *infra*.

20 Por exemplo, o cavalo de Tróia *Back Orifice 2000*, geralmente disseminado como anexo em mensagens de correio eletrónico, permitia ao *hacker* recolher informação sobre o computador infetado, executar comandos no sistema, redirecionar tráfego da internet e reconfigurar o sistema informático infetado – cf. Sírold & Reilly, 2000: 44.

21 O nome *keylogger* advém da contração dos vocábulos *keystroke* e *logging* (o que, em tradução livre, significa registo de teclas premidas) e consiste num *software* que grava e envia informação acerca das teclas premidas pelo utilizador de um sistema informático, com vista à monitorização e documentação da atividade aí empreendida, bem como à obtenção das palavras passe e outras informações relevantes que tenham sido introduzidas através do teclado.

22 Landau, 2010: 54.

a *logic bomb* ativa-se e cifra²³ todos os documentos da empresa, incluindo os *back-ups*, com uma chave secreta²⁴, tornando-os potencialmente indecifráveis.

Já o *spyware* consiste num tipo de *software* (ou *malware*, consoante o seu propósito²⁵) definido genericamente como um programa informático que recolhe informação sobre uma pessoa ou organização sem o seu conhecimento ou consentimento²⁶. O *spyware*, por vezes instalado com o auxílio de cavalos de Tróia, pode incluir *sniffers*, que permitem interceptar os pacotes de dados que fluem por aquele ponto da rede, *keyloggers*, que, como se referiu, permitem gravar informação sobre as teclas premidas pelo utilizador²⁷, bem como instruções para a instalação de um vírus no sistema informático infetado. Adicionalmente, o *spyware* pode incluir a possibilidade de atualização a partir do sistema informático, assim permitindo, simultaneamente, acrescentar novas funções ao programa já instalado, e evitar a deteção por via da atualização de programas de *anti-spyware*²⁸.

Os *rootkits*, por sua vez, permitem a um intruso ganhar acesso privilegiado de administrador a um sistema informático, geralmente através da exploração de uma vulnerabilidade do sistema operativo ou da descoberta de uma palavra-passe, e costumam ser utilizados para esconder outro tipo de *malware*, como *spyware* ou cavalos de Tróia, tornando-os invisíveis a *anti-vírus* ou *anti-spyware*²⁹.

Por fim, o vírus é um tipo de *malware* desenhado para se espalhar autonomamente de computador em computador, possivelmente danificando o sistema, corrompendo ou eliminando dados, utilizando a memória disponível no sistema, alterando dados ou instalando outro tipo de *malware*³⁰, geralmente

23 “Uma cifra é uma técnica concreta de criptografia, isto é, uma forma específica de ocultar informação. Assim, uma cifra transforma um texto em claro num texto cifrado ou criptograma”, Zúquete: 2013, 26.

24 Filiol, 2005: 99.

25 Muitas vezes o *spyware* é simplesmente utilizado para fins publicitários, nomeadamente recolhendo informação sobre *websites* visitados pelo utilizador do sistema infetado para direcionar a publicidade de acordo com o seu histórico de visitas.

26 Erbschloe, 2005: 25-26.

27 Cf. Clough, 2010: 36.

28 Boldt, 2010: 75.

29 Bickford *et al.*: 2010: 49, e ainda McAfee, 2006: 3-4.

30 Designadamente cavalos de Tróia – cf. Weber & Heinrich: 2012, 14.

integrando-se em código executável³¹ que, quando executado, lhe permite ativar-se e infetar mais código³². Já os *worms* são em muito semelhantes aos vírus³³, com a diferença de que não precisam de um programa hóspede ou de interação humana para se propagarem, uma vez que constituem um *software* autónomo³⁴ que se propaga através da Internet³⁵ e, em algumas modalidades, através das redes GSM/GPRS/UMTS e Bluetooth³⁶.

Estes são, a nosso ver, os conceitos que apresentam maior relevo para o objeto do presente estudo, uma vez que representam os tipos de *malware* que, quer autonomamente, quer de forma combinada, podem mais facilmente (e com maior utilidade) ser utilizados no contexto de investigações criminais em ambiente digital.

2. Processo de instalação e funcionamento

Como tivemos ocasião de indicar *supra*, são vários os modos como o *malware* pode ser instalado num sistema informático. No presente segmento abordaremos os três principais modelos de infeção, a saber: a infeção via suporte físico removível, a infeção via *web browser* e a infeção via *download* voluntário.

Antes do advento da Internet, o modelo de infeção via suporte físico removível, geralmente associado a *malware* auto-replicativo (como vírus e *worms*), era o mais comum. À falta de outro modo de propagação, o *malware* espalhava-se com recurso a disquetes, CDs ou outros suportes destinados a serem fisicamente conectados a sistemas informáticos. Esta modalidade de propagação, embora comparativamente com menor expressividade, perdura nos dias de hoje e pode inclusivamente ser uma arma poderosa para infetar redes locais (as chamadas *Local Area Networks* ou LAN) ou sistemas informáticos desconectados da Internet, como sucedeu nos já referidos casos do *Stuxnet*

³¹ Daí que Susan Landau se lhe refira como “*fragmento de programa*”, uma vez que necessita de ser inserido noutros programas para poder funcionar (contrariamente aos *worms*) – cf. Landau, 2010: 53.

³² Aycock, 2006: 14.

³³ Acerca da multiplicidade de classificações de vírus e *worms* e da difícil tarefa que muitas vezes representa distingui-los, cf. Filoli, 2005: 122 e ss.

³⁴ Uma das formas preferidas para a propagação de *worms* é a utilização de aplicações de correio eletrónico para se autoenviar a todos os contactos do utilizador – cf. Santos, 2011: 38.

³⁵ Aycock, 2006: 15.

³⁶ Correia & Sousa, 2010: 17.

e do *Flame*³⁷. Este modelo revela-se de particular utilidade no que respeita à instalação de *malware* para fins de investigação criminal, uma vez que permite que a entidade que o envia se assegure de que apenas infeta o sistema informático específico visado, e não uma multiplicidade indeterminada de sistemas. Assim, o acesso físico ao sistema em causa, ou a promoção da utilização de um suporte físico removível nesse mesmo sistema, tem vantagens óbvias no sentido da instalação do *malware* no sistema certo³⁸.

O segundo modelo *supra* identificado ocorre nos chamados *drive-by downloads*, em que um utilizador, pensando estar a abrir uma página *Web* inofensiva³⁹, acede a uma página composta parcialmente por código malicioso (o que pode ocorrer, quer a página tenha sido propositalmente criada para o efeito, quer tenha sofrido uma injeção desse código em virtude da existência prévia de vulnerabilidades de segurança) que deteta vulnerabilidades ou configurações deficientes⁴⁰ no sistema informático utilizado para lhe aceder⁴¹ e o infeta com *malware*. Outra vertente deste modelo inclui o *download* automático de *malware* quando o utilizador tenta *clicar* num determinado *link*, geralmente de cariz publicitário (no chamado *malvertising*).

As potencialidades deste modelo para fins de investigação criminal foram, uma vez mais, evidenciadas pelo FBI em agosto de 2013, através da implantação de uma forma de *malware* designada de *Magneto* nos servidores do *Freedom Hosting*, um fornecedor de serviços de armazenamento que continha vários *hidden services*⁴² dedicados à pornografia infantil. O *malware* instalado explorava uma vulnerabilidade na versão 17 do *browser Firefox* e permitia identificar a morada MAC⁴³ e o nome de utilizador do administrador do *Windows*

37 Embora o *Flame* também funcionasse via Bluetooth – Gradigo *et al.*, 2013: 37.

38 Assim, Gercke, 2012: 264.

39 Pode até dar-se o caso de o utilizador estar, efetivamente, a tentar aceder a uma página inofensiva, mas em relação à qual tenham sido utilizadas técnicas de redirecionamento que reencaminham a tentativa de acesso para uma página com *malware* – cf. Davis, Bodmer & Lemasters: 2010, 54-55.

40 Cf. Casey, 2011: 377.

41 Landau, 2010: 54 e Aycock, 2006: 17.

42 *Hidden services* são websites acessíveis apenas através do programa Tor (*The Onion Router*) cujo local de armazenamento é potencialmente indetectável e cujo acesso muito dificilmente permite a identificação dos seus utilizadores – sobre o Freedom Hosting e a chamada *Dark Web*, cf. Ramalho, 2014.

43 “The Media Access Control (MAC) addresses [...] are part of the data-link layer and can be used to identify a specific computer on a network. These addresses are more identifying than network layer addresses (e.g., IP addresses) because they are generally associated with hardware inside the computer (IP addresses can be reassigned to different computers).” – Casey, 2011: 624.

que acedia aos referidos *hidden services*, para subsequentemente descobrir o seu verdadeiro endereço IP⁴⁴.

Por fim, no último dos modelos que cumpre apreciar, o *malware* pode ser instalado num sistema informático através do *download* de certos ficheiros, quer através da abertura de certos anexos em mensagens de correio eletrónico, quer por via do *download* de programas executáveis (geralmente pirateados ou gratuitos e obtidos através de programas de *peer-to-peer*⁴⁵) quer, ainda, através de falsas atualizações de *software* legítimo (foi esta a opção escolhida pela polícia alemã para instalar o *malware* apodado de *Bundestrojaner* a que aludiremos adiante).

Uma vez instalado no sistema informático visado, o *malware* pode empreender um conjunto de medidas que lhe permitam permanecer indetectável, como sejam promover a sua execução sob um nome aparentemente inofensivo, procurar as tarefas em curso no sistema de modo a poder desativar tarefas comumente associadas a programas de *antivirus*⁴⁶, ou ainda substituir-se a um programa normalmente em execução, de modo a que, após consulta dos programas abertos, o utilizador não suspeite da execução de *malware* (uma técnica chamada de *Process Replacement*⁴⁷), pois apenas consegue ver em execução vários programas tidos como confiáveis.

A execução do *malware*, geralmente no caso dos cavalos de Tróia, pode incluir uma comunicação a uma entidade controladora externa com vista à obtenção de instruções futuras ou ao envio de *malware* suplementar. Dependendo dos comandos enviados ou do *malware* a ser instalado, o controlador remoto pode registar as teclas premidas pelo utilizador (com recurso aos já referidos *keyloggers*), vigiar a sua atividade em tempo real, escutar as suas conversas via *Skype* ou outro sistema de *Voice-over-IP* (VoIP) ou mesmo ativar a *webcam* ou o microfone⁴⁸ do sistema informático infetado.

44 Poulsen, 2013.

45 Os programas de *peer-to-peer* consistem, basicamente, num *software* a ser instalado por cada utilizador no seu computador que permite a troca de ficheiros diretamente entre os computadores dos utilizadores privados, sem recurso a servidores centrais. Para uma explicação detalhada do conceito e origens dos sistemas *peer-to-peer* cf. Vieira, 2009: 421-467.

46 Cf. Aquilina, Casey & Malin, 2008: 492.

47 Cf. Sikorski & Honig, 2012: 257.

48 Cf. Gercke, 2012: 64.

3. O malware como resposta às medidas antiforenses

Em parte devido à evolução da Ciência Forense Digital e em parte devido à recrudescente intromissão estatal no conteúdo das telecomunicações (pense-se no recente caso do programa *PRISM*), têm sido desenvolvidos programas informáticos com o intuito de frustrar a deteção, monitorização, prova ou imputação de uma determinada atividade *online* ao seu autor: as chamadas medidas antiforenses ou contraforenses.

As medidas antiforenses podem ser definidas, nas palavras de Ryan Harris, como “*quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou utilidade da prova no processo forense. Comprometer a disponibilidade da prova inclui quaisquer tentativas de evitar que a prova venha a existir, de esconder prova existente ou de manipular a prova no sentido de assegurar que a mesma deixe de estar ao alcance do utilizador. A utilidade pode ser comprometida através da obliteração da própria prova ou da destruição da sua integridade*”⁴⁹ (tradução nossa). Mais sinteticamente, na lapidar afirmação de Scott Berinato: “*Make it hard for them to find you and impossible for them to prove they found you*”⁵⁰.

Para compreender a funcionalidade das diversas medidas antiforenses existentes, é necessário, antes de mais, compreender qual o objetivo da Ciência Forense Digital e quais as fases que deverá atravessar.

Assim, ensina Giuseppe Vaciago que o objetivo principal daquilo a que chama de *digital forensics* é a recolha de informação armazenada de forma eletrónica que poderá servir de prova em julgamento. Para tal, define o Autor as fases pré-judiciais envolvidas neste processo, a saber:

- a) Identificação de aparelhos de armazenamento eletrónicos ou sistemas de alojamento digital de dados que possam trazer informação sobre crime praticado através de sistemas informáticos;
- b) Recolha de prova digital, tanto através da interceção de fluxos informacionais em tempo real, como através da realização de uma cópia integral do aparelho de armazenamento que possa conter dados relevantes;
- c) Assegurar a cadeia de custódia da prova assim recolhida⁵¹.

49 Cf. Harris, 2006: S45.

50 Cf. Berinato, 2007.

51 Vaciago, 2012: 31-32.

O objetivo das várias medidas antiforenses existentes é, assim, o de frustrar pelo menos uma das fases deste processo. Antes de procedermos à sua análise, cabe, porém, sublinhar, em primeiro lugar, que restringiremos a nossa análise a apenas algumas das medidas existentes e, em segundo lugar, que a nossa opção pela inclusão de uma medida numa das referidas fases não exclui a sua potencialidade para frustrar qualquer outra fase, mas antes significa que a sua principal potencialidade se reserva àquela fase e não às restantes.

Assim, quanto à fase da identificação, surgem, desde logo, os *softwares* de anonimização que visam impedir que o investigador criminal consiga associar uma certa conduta *online* ao seu autor, escondendo a sua origem, como sejam os servidores *proxy* (ou *gateways* aplicacionais) as *mix cascades* ou o *onion routing*.

O servidor *proxy* é “*um dispositivo ou software que atua em nome dos seus clientes relativamente a um determinado serviço. Os clientes fazem os pedidos ao servidor proxy e é este que realmente interage com os servidores de destino para obter as respostas aos pedidos efetuados pelos clientes. Quando as respostas chegam ao servidor proxy, este devolve-as aos clientes que fizeram os respetivos pedidos*”⁵². O servidor *proxy* – em particular, o servidor *proxy* baseado na *Web* – funciona, portanto, como um intermediário entre o utilizador e a página visada que envia o tráfego da Internet, escondendo o endereço IP do sistema informático inicial⁵³.

Acontece que os servidores *proxy*, apesar de permitirem ao utilizador permanecer anónimo perante a página visada, não propiciam completo anonimato, uma vez que o próprio servidor *proxy* consegue identificar o sistema informático do utilizador⁵⁴. Por esse motivo, surgiram as *mix cascades* ou *mix networks*, um sistema de *proxies* em cadeia que faz com que o mesmo *proxy* receba comunicações de várias origens diferentes, misturando-as antes de as enviar aleatoriamente para outro sistema *proxy*, repetindo o processo até chegar ao destinatário final⁵⁵.

Destaca-se ainda, nesta matéria, em virtude da sua alargada utilização para a prática de ilícitos criminais, o *Tor*, um programa de *Onion Routing* desenvolvido

52 Cf. Santos, 2011: 62.

53 Cf. Graham, Howard & Olson, 2011: 75.

54 Cf. Weber & Heinrich, 2012: 17.

55 Cf. Bettini et al., 2009: 88.

com o objetivo de garantir a confidencialidade e inviolabilidade das comunicações dos seus (ou entre os seus) utilizadores, bem como o anonimato do seu remetente, e que funciona com base no envio da comunicação por um sistema de *roteamento*, passando por diversos pontos distintos sob diferentes camadas de cifragem, até atingir o seu destinatário⁵⁶.

Todavia, as medidas antiforenses não atuam só na frustração do objetivo inicial de identificação do sistema informático inicial. Entre algumas das medidas utilizadas para frustrar (principalmente) a atividade da recolha de prova, destacam-se a esteganografia, a cifragem de dados ou a limpeza do disco (*data wiping*).

A esteganografia consiste “*ao nível da informática, em ocultar de forma dissimulada informações em ficheiros eletrónicos quer sejam documentos, imagens ou de outro tipo. Por exemplo, dados podem ser ocultados num ficheiro e imagem através de uma alteração ligeira de um bit que compõe conjuntamente com outros um pixel. Alterações deste género, alargados a toda a imagem, podem dissimular dados. [...] Através de uma chave específica para identificar estes bits que foram alterados, pode obter-se a informação que estava dissimulada*”⁵⁷. O recurso a esta técnica permite esconder em ficheiros áudio, de imagem ou de vídeo aparentemente inofensivos, outras mensagens, imagens ou conteúdo audiovisual de cariz potencialmente ilegal⁵⁸.

Já a cifragem de dados, como tivemos ocasião de referir, permite ao seu utilizador transformar um dado ficheiro num criptograma, o que torna o acesso ao ficheiro decifrado potencialmente impossível para quem não tenha a chave⁵⁹.

56 Para uma explicação do funcionamento do *Tor*, ainda que tendencialmente orientada para os casos em que os *relays* são geridos por utilizadores da rede *Tor*, Ramalho, 2014: 390-394

57 Santos, Bessa & Pimentel, 2008: 243.

58 A mera deteção deste tipo de ficheiros pode revelar-se problemática. Entre as técnicas utilizadas para descobrir ficheiros nos quais se recorreua a esta tecnologia, encontra-se a análise de ficheiros de imagem com vista à verificação da existência de um histograma incomum (a distribuição de luz numa imagem) ou uma análise estatística dos ficheiros armazenados no sistema visado, em busca de propriedades incomuns, o que poderá ser cumulado com uma pesquisa, no mesmo sistema, de conhecidos programas de esteganografia.

59 No que respeita à cifragem, ensina Giuseppe Vaciago o seguinte: “É, na realidade, totalmente inútil tentar prever quanto tempo demoraria a desbloquear dados protegidos por palavra-passe uma vez que, dependendo do tipo de chave de encriptação e de software de desencriptação utilizado, o tempo envolvido poderia variar entre uns segundos até muitos milhares de anos. Uma palavra-passe de 20-bit, por exemplo, permite um milhão de combinações possíveis, sendo que um computador portátil normal com uma capacidade de processamento de cerca de um milhão de computações por segundo, poderia muito bem descobrir

Por outro lado, a limpeza do disco consiste na eliminação definitiva dos dados armazenados num determinado sistema informático. Com efeito, o mero ato de enviar um ficheiro para a reciclagem do computador e de esvaziar esta pasta não permite, em geral, a remoção definitiva do ficheiro do sistema informático no qual se encontra. Na verdade, “*quando se apaga um ficheiro isso não quer dizer que se remove o seu conteúdo do disco. É meramente removido o apontador a esse ficheiro. Os dados são armazenados em clusters, que são unidades constituídas por um conjunto de bits. Pelo facto das partes de um ficheiro não serem sempre armazenadas em clusters contíguos de um disco, sem uma ordem aparente e em diferentes localizações, a remoção dos já referidos apontadores faz com que a reconstituição de um ficheiro seja difícil de ser concretizada*”⁶⁰. Daí que uma das medidas antiforenses mais populares seja a utilização de *software* específico para substituir os ficheiros *eliminados* por dados aleatórios ou com os mesmos dados para cada setor do disco, de modo a que os dados iniciais sejam irrecuperáveis. Existem inclusivamente relatos de um *software* intitulado de *Panic Button*, comumente utilizado por consumidores de pornografia infantil na Internet, que efetua um procedimento semelhante ao aqui descrito em caso de suspeita da iminência ou da decorrência de uma investigação policial ao sistema informático no qual os dados se encontram armazenados⁶¹.

Por fim, no que respeita à última das fases *supra* enunciadas, há que destacar os ataques contra perícias forenses. Com efeito, as ferramentas com que se efetuam as perícias forenses e a recolha de prova digital têm como pressuposto que, uma vez instaladas, a recolha de prova não será afetada pela sua presença ou utilização. Contudo, certo *software*, uma vez instalado num sistema informático visado por uma perícia forense, ativa mecanismos de agressão às próprias ferramentas com que se efetuam as perícias, falsificando ou modificando a prova⁶² e, consequentemente, perturbando a sua fidedignidade em sede judicial.

a chave de encriptação em menos de um segundo. Contudo, ao mesmo computador demoraria cerca de 2285 anos a desbloquear dados protegidos por uma palavra-passe de 56-bit. Para se ter uma ideia da complexidade da tarefa em termos práticos, temos de considerar o PGP (Pretty Good Privacy), o programa de encriptação mais popular no mercado hoje, que usa uma chave de encriptação de 1024-bit.” (tradução nossa) – cf. Vaciago, 2012: 123.

60 Santos, Bessa & Pimentel, 2008: 240.

61 Informação prestada por Troels Oerting, Diretor do European Cybercrime Centre (EC3), na I *Europol-Interpol Cybercrime Conference* ocorrida na Haia, no passado dia 25 de setembro de 2013.

62 Cf. Kessler, 2007.

Em face da proliferação das medidas antiforenses *supra* referidas e de muitas outras, bem como da facilidade com que as mesmas podem ser adotadas por utilizadores com conhecimentos técnicos medianos, afigura-se como de superior importância, em casos cuja gravidade assim o justifique, a utilização de *malware* instalado sub-repticiamente no computador visado para permitir a recolha de prova⁶³.

Com efeito, a infeção de sistemas informáticos que se socorram de ferramentas anonimizadoras permitirá obter informação sobre a sua localização e sobre a atividade desenvolvida pelos seus utilizadores. Por outro lado, quando existam ferramentas de esteganografia ou cifragem, a monitorização do sistema informático visado com recurso a *malware* permitirá, simultaneamente, tomar conhecimento da existência desses ficheiros (quando o utilizador a eles recorra) e captar as palavras-passe introduzidas com recurso a *keyloggers*.

A tudo isto acresce o facto de o utilizador comum não ter por hábito proceder a limpezas de disco ou à eliminação ou danificação de suporte probatório importante quando não sabe que está a ser investigado, a menos, é certo, que existam mecanismos técnicos instalados no sistema informático visado que automaticamente empreendam uma dessas atividades, quando detetem a utilização de *software forense*, pelo que haverá que procurar contornar esse risco com a atualização do próprio *malware*.

CAPÍTULO II – ORIGEM E EVOLUÇÃO DA UTILIZAÇÃO DE *MALWARE* COMO FERRAMENTA DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL EM AMBIENTE DIGITAL

1. A experiência norte-americana: o *Magic Lantern* e o CIPAV

A experiência norte-americana tem sido particularmente atribulada no que respeita ao uso de *malware*. Desde logo porque tem sido marcada por repetidas revelações, não autorizadas, do uso secreto, por parte das polícias, de diferentes tipos de *malware*, cuja fundamentação jurídica é por vezes encontrada em leituras algo (es)forçadas da Constituição dos Estados Unidos da América. Tendo em atenção que uma análise detalhada desta evolução é incompatível com o carácter sintético que queremos imprimir ao presente segmento, limitar-

63 Pradillo, 2013: 177-178

-nos-emos a oferecer uma breve exposição dos episódios que se nos afiguram como mais relevantes para o nosso estudo⁶⁴.

O primeiro caso a merecer atenção mediática generalizada sobre o uso de *keyloggers* por órgãos de polícia criminal data de janeiro de 1999 (ainda que aqui se trate simultaneamente de *malware* e *hardware*), quando, no âmbito de uma investigação criminal conduzida pelo FBI a Nicodemo S. Scarfo – um conhecido membro de uma organização mafiosa suspeito de infrações criminais relacionadas com a gestão de um negócio de jogo ilegal –, se descobriu que este teria armazenado no seu computador ficheiros cifrados que se suspeitava poderem revestir elevado valor probatório⁶⁵.

Em face da necessidade de obtenção daqueles ficheiros, e uma vez que os dados cifrados pelo *software* utilizado (o *Pretty Good Privacy*, geralmente designado pela sigla PGP) apenas podiam ser decifrados por quem tivesse a chave, o FBI solicitou novo mandado judicial, desta feita para introduzir um *keylogger*, diretamente no computador do suspeito, capaz de captar a palavra passe do PGP⁶⁶ e de a enviar por ondas rádio para o FBI⁶⁷. O mandado judicial foi obtido e o *keylogger* foi instalado fisicamente – neste caso, também sob a forma de *hardware* – algures entre o teclado e o computador do suspeito. Dois meses volvidos⁶⁸ e a palavra-passe⁶⁹ foi finalmente obtida⁷⁰, assim permitindo ao FBI deter o suspeito e decifrar o conteúdo do ficheiro pretendido⁷¹.

64 Para um estudo aprofundado do percurso que o problema das escutas e demais mecanismos de interceção de comunicações têm tido nos EUA, v. por todos, Landau, 2010.

65 Os factos encontram-se descritos em maior detalhe em *United States v. Scarfo*, 180 F. Supp. 2d 572 (D.N.J. 2001).

66 Cf. Declaração do Agente do FBI que solicitou a emissão do mandado judicial, com a descrição do modo de funcionamento do *keylogger* e demais informações de relevo, disponível em: http://epic.org/crypto/scarfo/murch_aff.pdf [consultado em: 05-10-2013].

67 Cf. Landau, 2010: 133.

68 Cf. Murphy, 2002.

69 A palavra-passe era NDS09813-050, o número de identificação prisional do pai de Nicodemo S. Scarfo – Mohay et al, 2003: 120.

70 Cumpre referir que, para evitar eventuais violações do *Wiretap Act*, este *keylogger* apenas funcionava quando o computador não estava ligado à Internet – cf. Sheetz: 2007, 142.

71 O processo seguiu os seus trâmites, com a apresentação de uma *motion to suppress evidence* por parte do suspeito, a qual foi objeto de uma interessante decisão judicial (em sentido desfavorável), da qual, pelo seu interesse, se cita o seguinte excerto: “*In this day and age, it appears that on a daily basis we are overwhelmed with new and exciting, technologically-advanced gadgetry. Indeed, the amazing capabilities bestowed upon us by science are at times mind-boggling. As a result, we must be ever vigilant against the evisceration of Constitutional rights at the hands of modern technology. Yet, at the same time, it is likewise*

As comprehensíveis dificuldades práticas suscitadas pela instalação física de *keyloggers* em computadores de suspeitos da prática de atividades criminosas, bem como as crescentes gravidade e internacionalização da criminalidade – o que veio a receber particular atenção após o ataque às Torres Gémeas – tornaram óbvia a necessidade de instalação deste tipo de mecanismos por via remota e sem necessidade de *hardware*.

Assim surgiu, em 2001, o *Magic Lantern*, um *keylogger* que poderia ser instalado sub-reptícia e remotamente via Internet no sistema informático visado – localizado ou não nos EUA – quando este pertencesse a indivíduos suspeitos de estarem relacionados com atividades criminosas, em particular de natureza terrorista. O *Magic Lantern* podia ser instalado, quer através da abertura, no computador visado, de anexos em mensagens de correio eletrónico enviadas para o suspeito, quer por via da exploração de vulnerabilidades nos sistemas operativos instalados no sistema informático em causa⁷². Todavia, uma vez que certos programas anti-vírus conseguiam detetar o *Magic Lantern*, consta que o Governo norte-americano solicitou a algumas empresas dedicadas à sua comercialização que evitassem interferir com o mesmo⁷³.

O *Magic Lantern* viria a dar lugar ao *Computer and Internet Protocol Address Verifier* (CIPAV)⁷⁴, um tipo de *malware* que juntava à lista de informação recolhida, entre outras, o endereço IP e/ou endereço MAC do suspeito e a respectiva localização, bem como a lista de programas em funcionamento num dado momento, o sistema operativo utilizado (tipo, versão e número de série), a conta de utilizador aberta naquele momento (uma vez que um só computador pode ter mais do que uma conta de utilizador) e o último *website* visitado⁷⁵.

true that modern-day criminals have also embraced technological advances and used them to further their felonious purposes. Each day, advanced computer technologies and the increased accessibility to the Internet means criminal behavior is becoming more sophisticated and complex. This includes the ability to find new ways to commit old crimes, as well as new crimes beyond the comprehension of courts.” – disponível em: http://www.leagle.com/decision/2001752180FSupp2d572_1686 [consultada em: 10-10-2013], cf. ainda – cf. Woo & So, 2002: 533. Como se referiu, o facto de os ataques de 11 de setembro terem ocorrido 3 meses antes da prolação da citada decisão não é despicando, uma vez que a partir daí começou a existir maior tolerância perante o recurso a estes meios. O caso acabou por ser objecto de um acordo de *plea bargaining*, em 28 de Fevereiro de 2002, o que obstou a que houvesse uma decisão judicial de mérito sobre o mesmo.

72 Curran et al., 2008: 309.

73 Woo & So, 2002: 524.

74 Cf. Soghoian, 2010: 400-401.

75 Cf. Landau, 2010: 133.

Embora haja relatos da sua utilização que remontam a 2001 (o que poderia indicar a sua coexistência com o *Magic Lantern*), o CIPAV apenas viria a ser divulgado em 2007, por ocasião da publicitação, pela comunicação social, de um pedido de mandado para a sua utilização, apresentado pelo Agente Especial do FBI Norman Sanders, no âmbito de um processo em que se procurava detetar o autor de várias ameaças de bomba⁷⁶.

Foi, porém, apenas em abril de 2011, na sequência de um pedido submetido pela *Electronic Frontier Foundation* ao abrigo do *Freedom of Information Act*⁷⁷, que o FBI veio a divulgar vários documentos com informação detalhada sobre a utilização, enquadramento legal e funcionamento do CIPAV⁷⁸. Da consulta dos referidos documentos retiram-se duas conclusões de particular relevância: em primeiro lugar, que este programa era abundantemente utilizado, inclusivamente por entidades governamentais que não o FBI, e, em segundo lugar, que, numa primeira fase, existiam vários entendimentos quanto aos requisitos legais para a sua admissibilidade, os quais encontrariam, num dos pólos, os defensores da desnecessidade de qualquer procedimento legal para a sua utilização e, noutro polo, os defensores de que a sua utilização dependeria de autorização judicial⁷⁹.

Apesar do impacto que a divulgação desta informação viria a ter, o recurso a *malware* no contexto de investigações criminais persiste. Demonstraçao disso é o facto de, em abril de 2013, ter sido tornada pública uma ordem judicial⁸⁰, subscrita pelo Juiz Stephen Smith, da Divisão de Houston do Tribunal de Distrito do Texas, na qual foi negada autorização judicial para a utilização de um tipo de *malware* não identificado

76 Para consultar a digitalização do documento, v. http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/files/timberline_affidavit.pdf, [consultado em 4-10-2013].

77 Título 5 do *United States Code*, § 552, alterado pela Lei n.º 110-175, 121 Stat. 2524, e pela Lei n.º 111-83, § 564, 123 Stat. 2142, 2184.

78 Disponíveis para download em <https://www.eff.org/foia/foia-endpoint-surveillance-tools-cipav> [consultado em 10-10-2013].

79 De acordo com a referida documentação, a solução adotada acabou por ser dividida em duas fases: em primeiro lugar seria necessário um mandado judicial para a intrusão no sistema informático visado e, em segundo lugar, seria necessária uma *Pen/Trap order* para autorizar a vigilância – cf. p. 169 da documentação facultada pelo FBI, disponível em: https://www.eff.org/files/FBI_CIPAV-08-p169.pdf [consultado em 10-10-2013].

80 Decisão disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/137842124/Texas-Order-Denying-Warrant> [consultada em: 10-10-2013].

no âmbito de uma investigação criminal⁸¹, com o principal fundamento que o seu processo de instalação não se encontrava devidamente especificado e, consequentemente, existiria incerteza quanto à possibilidade de o *malware* em causa ser instalado em sistemas informáticos que não o visado.

Não obstante não conste da decisão o nome do *malware* em causa, a verdade é que, caso se trate do CIPAV, será uma versão mais avançada do que aquela explicada nos documentos cedidos pelo FBI, uma vez que acrescenta às funções *supra* descritas as seguintes: registos da atividade na Internet, incluindo registos da *firewall*, *caches*, histórico do *browser*, *cookies*, páginas selecionadas como favoritas, termos de pesquisa utilizados em motores de busca, registos de endereços URL introduzidos manualmente pelo utilizador, nomes de utilizador e palavras-passe gravadas, contactos e conteúdos de correio eletrónico, registos de *chat* e outros programas de *messaging*, bem como fotografias contidas no sistema informático visado, entre outros dados. Mais, o *malware* em causa permitia ainda controlar remotamente o sistema informático visado e tirar fotografias com recurso à *webcam* instalada no mesmo, assim permitindo a identificação do seu utilizador, bem como do local em que se encontrava.

2. A experiência alemã: vicissitudes do *Bundestrojaner*

Em 2006, no âmbito de uma investigação criminal sobre factos relacionados com terrorismo, um Procurador da República apresentou um pedido de mandado judicial para efetuar uma pesquisa remota ao computador de um suspeito, através da instalação de um cavalo de Tróia.

O pedido foi rejeitado em 25 de novembro de 2006 e o mesmo Procurador interpôs recurso para o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha (*Bundesgerichtshof*), tendo para o efeito alegado que as disposições legais constantes do Código de Processo Penal alemão referentes à busca em locais físicos, à pesquisa e apreensão de documentos e de sistemas informáticos de armazenamento e à apreensão e conservação de prova, permitiriam a utilização daquele meio de obtenção de prova, porquanto se estaria perante uma medida processual substancialmente análoga à busca em locais físicos⁸².

⁸¹ Embora o Tribunal, na nota de rodapé n.º 10, faça uma referência ao CIPAV, afigura-se que a mesma reveste caráiz meramente exemplificativo, deixando em aberto a possibilidade de estar, ou não, em causa uma versão mais avançada do CIPAV.

⁸² Vaciago, 2012: 125.

O Tribunal viria a decidir em sentido inverso, por entender, em traços gerais, que a analogia entre a busca em locais físicos e as ditas *buscas* em computadores improcedia e, consequentemente, que inexistia supedâneo legal expresso que permitisse conceder o mandado requerido⁸³.

Menos de um mês volvido sobre a dita decisão, no dia 20 de dezembro de 2006, a Lei de Proteção da Constituição da Renânia do Norte-Vestfália foi alterada, tendo sido introduzida no seu § 5.2(11)⁸⁴ uma norma que conferiu à entidade responsável pela proteção da Constituição (*Bundesamt für Verfassungsschutz*) o poder de aplicar medidas de obtenção de informação traduzidas na monitorização secreta acompanhada de outras atividades de reconhecimento na Internet, como a participação encoberta em *chats* e ainda – embora esta solução seja menos clara – o acesso a *webmails* e ainda o acesso *websites* de acesso restrito com recurso a credenciais recolhidas de diversas fontes, como sejam informadores⁸⁵. Por fim, e para o que aqui releva, a lei em causa permitia ainda o acesso secreto a sistemas informáticos, com recurso à exploração de vulnerabilidades técnicas, para a instalação de *malware*⁸⁶ que permitisse à referida autoridade espiar, monitorizar, analisar o conteúdo e até controlar o sistema informático afetado embora, naturalmente, a aplicabilidade desta norma estivesse limitada às funções da autoridade para proteção da Constituição, previstas no §3 da Lei de Proteção da Constituição, designadamente a recolha e análise de informação a casos relativas a atividades ilícitas que ameaçassem a livre ordem democrática fundamental

83 BGH StB 18/06.

84 A norma dita o seguinte: "(2) De acordo com § 7, a autoridade para proteção da Constituição pode aplicar as seguintes medidas para adquirir informação como meio de serviço de *intelligence*: [...] 11. monitorização secreta e outro reconhecimento da Internet, como em particular participação encoberta nos seus meios de comunicação e de pesquisa, bem como acesso secreto a sistemas informáticos envolvendo a instalação de meios técnicos. Na medida em que tais medidas constituam uma ingerência no segredo da correspondência, correio ou telecomunicações ou seja equivalente a tal ingerência em termos de natureza e gravidade, esta será apenas admissível sob as condições do artigo 10 da Lei Fundamental".

85 Assim, Abel & Schafer, 2009: 107-110.

86 O Tribunal Constitucional alemão, no acórdão que se citará de seguida, referiu expressamente que "tais medidas já foram executadas em casos isolados por autoridades federais sem base legal. Pouco se sabe da natureza da execução prática de 'buscas online' prévias ou dos seus sucessos". A utilização prévia deste tipo de *malware* em processos de natureza criminal é inclusivamente indicada pelo teor dos *supra* referidos documentos facultados pelo FBI a propósito do CIPAV, nos quais consta que, no dia 24 de julho de 2007, foi enviada uma mensagem de correio eletrónico, proveniente de um remetente cuja identidade foi omitida, na qual se referia a existência de interesse, por parte dos alemães, em obter mais informações sobre o CIPAV – cf: https://www.eff.org/files/FBI_CIPAV-08-p9.pdf [consultado em 13-10-2013].

ou a continuada existência ou segurança da Federação ou de uma *Land* ou respetivos membros⁸⁷.

Pouco tardou para que o Tribunal Constitucional Federal fosse chamado a pronunciar-se quanto à conformidade constitucional da norma em causa e ainda do recurso a este tipo de meio de obtenção de prova, o que viria a suceder em 27 de fevereiro de 2008⁸⁸.

O Tribunal começou por analisar o problema à luz de três direitos fundamentais: (i) o direito à privacidade da correspondência, do correio e das telecomunicações, (ii) o direito à inviolabilidade do lar e (iii) o direito à autodeterminação informacional. Todavia, a especificidade do meio de obtenção de prova em causa reclamava uma tutela constitucional que extravasava o objeto de cada um dos referidos direitos fundamentais. Assim, em face da necessidade de oferecer, de forma mais abrangente, proteção constitucional à integridade do sistema informático do visado, bem como aos dados armazenados e transmitidos com recurso ao mesmo, o Tribunal cunhou o direito fundamental à confidencialidade e integridade de sistemas informáticos⁸⁹ (*Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*). O direito fundamental assim formulado, fundado na dignidade da pessoa humana e no direito ao livre desenvolvimento da personalidade, protegeria, em suma, “o interesse do utilizador em assegurar que os dados criados, processados e armazenados pelo sistema informático coberto pelo seu âmbito de proteção, permanecam, confidenciais”⁹⁰.

Submetida a norma em análise ao crivo constitucional, o Tribunal Constitucional Federal concluiu que a mesma violava ainda os princípios da clareza e certeza legal e da proporcionalidade, pelo que, na referida data, veio a concluir pela sua inconstitucionalidade. Fê-lo, contudo, oferecendo as

87 Embora a lógica subjacente fosse a da prevenção do terrorismo, a verdade é que, como bem realça o Tribunal Constitucional alemão, “a área de aplicação da revisão não se restringe ao combate ao terrorismo, quer de forma explícita, quer como consequência do seu contexto sistemático. A norma requer uma justificação para toda a sua área de aplicação”.

88 Cf. Acórdão BverfG, 1 BvR 370, 595/07, de 27 de fevereiro de 2008, disponível em: http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20080227_1bvr037007.html [consultado em 14-10-2013].

89 Há que referir, porém, que já em 2006, González-Cuellar Serrano sustentava entendimento semelhante ao defender a existência de um direito à não intromissão no ambiente digital (*derecho a la no intromisión en el entorno digital*), enquanto decorrência do chamado direito à liberdade informática – Serrano, 2006: 916.

90 Embora com a ressalva de que que “a expectativa de confidencialidade e integridade a ser reconhecida pela perspectiva dos direitos fundamentais apenas existe na medida em que a pessoa em causa use o sistema informático como seu e assim possa presumir, de acordo com as circunstâncias, que ele ou ela, por si só ou juntamente com outros autorizados a utilizá-lo, disponham do sistema informático de modo autodeterminado”.

coordenadas para uma futura formulação legal do mesmo meio de obtenção de prova, em conformidade com os imperativos constitucionais violados.⁹¹

Assim, através da Lei para a defesa face aos perigos do terrorismo internacional através do Bundeskriminalamt (*Gesetz zur Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalamt*), de 25 de dezembro de 2008, foi introduzida no ordenamento jurídico alemão a possibilidade, a título excepcional, de recurso a *malware* para efeitos de prevenção de crimes de terrorismo⁹².

Fora, então, estabelecida a necessidade de precedência de lei para a utilização de *malware*, e formulada a respetiva norma no seguimento das orientações do Tribunal Constitucional.

Acontece que, no dia 8 de outubro de 2011, foi divulgada (com impacto significativo na comunicação social), por uma associação de *hackers* autointitulada de *Chaos Computer Club* (CCC), a utilização, por parte de órgãos de polícia criminal alemães, de um tipo de *malware* – comumente qualificado como um cavalo de Tróia mas aparentemente uma *blended threat* – que viria a ficar conhecido como o *Bundestrojaner* ou o *Staatstrojaner*.

Este tipo de *malware*, entretanto vendido também à Áustria, consiste numa espécie de *malware* enviado para o computador do suspeito sob a forma de uma comum atualização de *software* e que, após instalação, permite monitorizar toda a atividade do visado na Internet, incluindo gravar as chamadas *VoIP* (por exemplo, via *Skype*), bem como captar palavras-passe, introduzir dados no sistema informático visado e, inclusivamente, ativar o seu *hardware*, utilizando o microfone e a *webcam* para gravar sons e tirar fotos que subsequentemente serão enviadas para as entidades que conduzem a investigação⁹³.

Apesar do entendimento exposto pelo Tribunal Constitucional Federal, e do carácter excepcional – e necessariamente assente em previsão legal expressa e específica quanto à instalação e possibilidade de utilização, ainda que sem interceção de telecomunicações, do *malware* – que este meio de obtenção de prova à partida deveria revestir, há notícias de que o *Bundestrojaner* foi utilizado mais de cinquenta vezes, sem que a sua instalação se tenha limitado a casos de terrorismo⁹⁴.

91 Para uma descrição detalhada do entendimento do Tribunal, v., Abel & Schafer, 2009 e Pradillo, 2013: 181-185.

92 Cf. Pradillo, 2009: 5 e Rogall, 2009: 120-121

93 Para uma análise mais detalhada da origem e funcionamento do *Bundestrojaner* e da utilização deste tipo de programas pela Suíça e pela Áustria, cf. Weber & Heinrich, 2012: 60-65.

94 Cf. Rosenbach, 2011.

3. O regime espanhol vigente e o *Projecto Gallardón*

Em Espanha inexiste, atualmente, legislação específica sobre o uso de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal. Tal facto, porém, não torna a sua inadmissibilidade pacífica na doutrina⁹⁵ e tão-pouco permite concluir que este meio não venha a ser criado por via de uma extensão jurisprudencial de disposições processuais existentes.

A propósito desta *legitimização* jurisprudencial de meios de obtenção de prova atípicos, e a título exemplificativo, Ortiz Pradillo dá-nos conta da consagração, por meio de três acórdãos do Supremo Tribunal Espanhol⁹⁶, da utilização de dispositivos eletrónicos designados de *IMSI Catchers* ou *Cell Site Simulators* destinados a obter, a partir da localização física de determinados telemóveis e da sua proximidade das antenas que lhes proporcionam a rede telefónica, não só a sua localização física aproximada, mas também o seu número IMSI (*International Mobile Subscriber Identity*) e, com base no mesmo, o número de telemóvel que se lhe encontra associado.

A admissibilidade da utilização destes dispositivos no ordenamento jurídico espanhol foi encontrada pelo Supremo Tribunal no regime que regula a recolha e tratamento, para fins policiais, de dados pessoais por forças e corpos de segurança (artigo 22.º da Lei Orgânica 15/1999, de 13 de dezembro, sobre a proteção de dados pessoais), o qual, como bem nota o Autor, não prevê a necessidade de precedência de mandado judicial para a sua aplicação. Confrontado o regime do artigo 22.º da Lei Orgânica 15/1999, jurisprudencialmente aplicado à recolha destes dados – que o Tribunal qualificou como dados pessoais –, e aquele constante do regime que regula a petição de cessão dos mesmos dados às operadoras telefónicas (Lei n.º 25/2007, de 18 de outubro, sobre a conservação de dados relativos a comunicações eletrónicas e às redes públicas de comunicações), no qual se prevê a necessidade de precedência de mandado judicial, constata-se que a decorrência do entendimento do Tribunal é que a autorização judicial

⁹⁵ Velasco Nuñez, por exemplo, embora reconheça as dificuldades suscitadas pela ausência de suporte legal, admite *de jure condito* o recurso a estes meios com base na aplicação analógica do regime das interceções de comunicações electrónicas ou magnéticas, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal e do Tribunal Constitucional de Espanha sobre ingerências sobre o direito ao segredo das telecomunicações – Nuñez, 2010: 136-137 e 2011: 24. Já Mercedes Fernández López limita-se a condicionar a aplicabilidade destes meios a critérios de imprescindibilidade, proporcionalidade e gravidade do crime em causa, devendo a mesma ser precedida de despacho judicial. A Autora veda, porém, a utilização do *malware* nos casos em que a mesma tenha finalidade preventiva ou em que o sistema informático se encontre localizado no estrangeiro, cf. López, 2011: 281-282.

⁹⁶ O primeiro de 20 de maio de 2008 (RJ 2008/4387), o segundo de 18 de novembro de 2008 (RJ 2009/2089) e o terceiro de 28 de janeiro de 2009 (RJ 2009/3299).

não será exigível quando os órgãos de polícia criminal possam *motu próprio*, obter estes dados, mas será legalmente imposta quando os mesmos órgãos precisem de cooperação das operadoras telefónicas para os obter⁹⁷.

Realçando a disparidade injustificada de requisitos nesta matéria, Ortiz Pradillo adverte que o entendimento jurisprudencial segundo o qual a recolha destes dados “*no contexto de uma investigação criminal – nunca com carácter exclusivamente exploratório – para a descoberta de um crime particularmente grave pode ser considerada proporcional, necessária e, como tal, livre de qualquer violação de direitos e liberdades fundamentais*”, poderá abrir caminho a que, do mesmo modo, se procure obter *dados pessoais* em redes Wi-Fi abertas, com recurso a ‘*spyware*’.

Crítico desta tendência da jurisprudência em se substituir ao legislador, e manifestando a sua oposição a uma interpretação que procure legitimar o uso de *malware* nos meios de obtenção de prova existentes na *Ley de Enjuiciamiento Criminal* (LEC), o Autor reconhece, porém, que é possível que a jurisprudência espanhola venha, à semelhança dos casos referidos, a interpretar certas normas no sentido de fundamentarem a admissibilidade da utilização de *malware*, em violação “*das exigências mínimas de legalidade e clareza estabelecidas pelo TEDH*”⁹⁸.

Sustentava o Autor que, caso tal viesse a suceder em vez da desejada reforma da LEC, sempre deveriam ser jurisprudencialmente fixados certos requisitos para a utilização de *malware* que incluissem, designadamente, a obrigatoriedade de precedência de mandado judicial⁹⁹ (i); a imposição do carácter secreto da aplicação da medida (ii); o estabelecimento de uma obrigatoriedade de cooperação de terceiros, designadamente das operadoras de telecomunicações,

97 Pradillo, 2012: 187-191 e 2013: 188-191.

98 Pradillo, 2012: 198.

99 Cabe, porém, referir aqui que, mesmo se se admitisse a aplicação, no plano do direito constituído, deste meio de obtenção de prova, sempre se nos afiguraria como imperativa a precedência de mandado judicial para a sua utilização, em particular face ao entendimento propugnado pelo Supremo Tribunal español no seu aresto de 17 de abril de 2013 (Sentencia 342/2013), do qual se transcreve o seguinte excerto: “*el ordenador y, con carácter general, los dispositivos de almacenamiento masivo, son algo más que una pieza de convicción que, una vez aprehendida, queda expuesta en su integridad al control de los investigadores. El contenido de esta clase de dispositivos no puede degradarse a la simple condición de instrumento recipiendario de una serie de datos con mayor o menor relación con el derecho a la intimidad de su usuario. En el ordenador coexisten, es cierto, datos técnicos y datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y a la protección de datos personales susceptibles de protección constitucional en el ámbito del derecho a la intimidad y la protección de datos (art. 18.4 de la CE (LA LEY 2500/1978)). Pero su contenido también puede albergar – de hecho, normalmente albergará – información esencialmente ligada a la inviolabilidad de las comunicaciones [...] En consecuencia, el acceso a los contenidos de cualquier ordenador por los agentes de policía, ha de contar con el presupuesto habilitante de una autorización judicial*”.

quando tal seja necessário (iii); o dever de fundamentação da decisão judicial (iv); a excepcionalidade da medida e respetiva aplicação somente a crimes particularmente graves (v); e ainda a recolha de modo a assegurar a autenticidade e a integridade da informação obtida (vi).

Acontece, porém, que a via seguida no ordenamento jurídico espanhol parece ter sido outra. Assim, encontra-se atualmente em discussão uma profunda reforma ao nível processual espanhol, que previsivelmente se traduzirá na aprovação de um novo Código de Processo Penal, realizada através do denominado (ante)projeto *Gallardón*¹⁰⁰, em cujo artigo 350.º se prevê, mediante prévia autorização judicial, “*a utilização de dados de identificação e códigos, assim como a instalação de um software, que permitam, de forma remota e telemática, o exame à distância e sem conhecimento do seu titular ou do utilizador do conteúdo de um computador, dispositivo eletrónico, sistema informático, instrumento de armazenamento em massa de dados informáticos ou base de dados, sempre que a medida resulte proporcionada para a investigação de um delito de especial gravidade e seja ademais idónea e necessária para o esclarecimento do facto investigado, a averiguação do seu autor ou a localização do seu paradeiro*”.

O regime previsto no novo Título XI, subordinado à epígrafe “*registros remotos sobre equipos informáticos*” aparenta cumprir a generalidade dos requisitos propostos por Ortiz Pradillo, prevendo, inclusivamente, um – a nosso ver indispensável – dever de fundamentação, por parte do juiz, sobre a idoneidade, necessidade e proporcionalidade da medida (art. 350.º, n.º 2, do Anteprojeto), bem como a especificação dos computadores, dispositivos eletrónicos, sistemas informáticos ou parte dos mesmos, meios de armazenamento de dados informáticos ou bases de dados e dados informáticos objeto da medida (alínea *a*)); o alcance da medida, a forma com que se procederá ao acesso e apreensão dos dados ou arquivos informáticos relevantes para a causa e o *software* mediante o qual se executará o controlo de informação (alínea *b*)); os agentes autorizados para a execução da medida (alínea *d*)); a autorização, caso se aplique, para a realização e conservação de cópias dos dados informáticos (alínea *e*)); as medidas necessárias para a preservação da integridade dos dados armazenados, assim como para a inacessibilidade ou supressão dos mesmos do sistema informático a que tenha tido acesso (alínea *f*)). No artigo 351.º prevê-se ainda

100 O nome comumente atribuído a este Projeto advém do facto de ter sido proposto pelo Ministro da Justiça espanhol Alberto Ruiz Gallardón.

o dever de colaboração, entre outros, dos provedores de serviços de acesso e dos responsáveis pelo sistema informático ou base de dados objeto de registo.

Sem prejuízo de a técnica legislativa poder dar azo a uma margem de densificação porventura excessiva ao juiz de instrução, designadamente por pecar pela ausência de definição do conceito de “*delitos de especial gravidad*”¹⁰¹, na eventualidade de ser aprovada a proposta em causa, o ordenamento jurídico espanhol ganhará em termos de clareza e segurança quando aplicar este tipo de medidas.

4. A propensão para a consagração do *malware* como meio de obtenção de prova em ambiente digital: o Projeto HIPCAR e a Diretiva 2011/92/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil

Com o aperfeiçoamento das técnicas utilizadas para a prática do cibercrime à escala global, tem crescido o interesse na criação de instrumentos uniformes a nível internacional para o combate a esta nova criminalidade. Com efeito, considerando que o Estado no qual o visado atua pode não ser o Estado no qual o resultado típico se produz, e uma vez que a aplicação destes instrumentos continua, pelo menos tendencialmente, limitada pelo princípio da territorialidade da aplicação da lei processual penal, existe todo o interesse em que os instrumentos tidos como mais eficazes se encontrem consagrados no maior número possível de Estados.

Daí que, em particular desde a Convenção sobre o Cibercrime, de 23 de novembro de 2001, se tenha assistido ao surgimento – ainda que tímido – de iniciativas de cariz supranacional que visam promover a adoção do recurso ao *malware* como meio de obtenção de prova em ambiente digital. Assim, em dezembro de 2008, a Comissão Europeia e a *International Telecommunication Union* (ITU) lançaram o projeto *Harmonization of ICT Policies, Legislation and Regulatory Procedures in the Caribbean* (HIPCAR) com o propósito de fomentar a uniformização da legislação nos países da Comunidade das Caraíbas (CARICOM¹⁰²) em nove áreas¹⁰³ relacionadas com tecnologias de informação.

101 Para uma crítica a este dispositivo do anteprojeto, v. Pradillo, 2013: 193-196

102 Da CARICOM fazem parte Antígua e Barbuda, as Bahamas, Barbados, Belize, Domínica, República Dominicana, Grenada, Guiana, Haiti, Jamaica, Monserrate, Santa Lúcia, São Cristóvão e Neves, São Vicente e Grenadinas, Suriname e Trindade e Tobago.

103 A saber, transações eletrónicas, prova digital no comércio eletrónico, privacidade e proteção de dados, interceção de comunicações, cibercrime, acesso a informação pública (liberdade de informação), serviço e acesso universal, interconexão e acesso e, por fim, licenciamento.

O resultado foi possivelmente o mais detalhado modelo legislativo em matéria de cibercrime e prova digital existente, que deverá servir como guião para os diversos Estados que o queiram implementar¹⁰⁴.

Assim, no artigo 27.º do *Cybercrime/e-Crimes Model Policy Guidelines in Legislative Texts*¹⁰⁵, foi criada uma norma que prevê, precisamente, o uso de *malware* em sede de investigação criminal (aí designado *remote forensic software*). Em virtude do carácter altamente intrusivo deste meio, a norma contém certas restrições para a sua aplicação, como sejam, a exigência de que a prova não possa ser obtida de outro modo, a necessidade de precedência de autorização por parte de *juiz ou magistrado*, a exigência de densificação da autorização concedida e a limitação do seu âmbito de aplicação.

À exceção da abertura dada à consagração legal da necessidade de mera precedência de despacho por autoridade judiciária (e não necessariamente judicial) e da ausência de referência expressa à junção aos autos do relatório de

104 Cf. Gercke, 2012: 143.

105 "Sec. 27 – Forensic Software

(1) If a judge is satisfied on the basis of [information on oath/affidavit] that in an investigation concerning an offence listed in paragraph 5 hereinbelow there are reasonable grounds to believe that essential evidence can not be collected by applying other instruments listed in Part IV but is reasonably required for the purposes of a criminal investigation, the [judge/magistrate] [may/shall] on application authorize a police officer to utilize a remote forensic software with the specific task required for the investigation and install it on the suspect's computer system in order to collect the relevant evidence. The application needs to contain the following information:

- (a) suspect of the offence, if possible with name and address, and
- (b) description of the targeted computer system, and
- (c) description of the intended measure, extent and duration of the utilization, and
- (d) reasons for the necessity of the utilization.

(2) Within such investigation it is necessary to ensure that modifications to the computer system of the suspect are limited to those essential for the investigation and that any changes if possible can be undone after the end of the investigation. During the investigation it is necessary to log

- (a) the technical mean used and time and date of the application; and
- (b) the identification of the computer system and details of the modifications undertaken within the investigation;
- (c) any information obtained.

Information obtained by the use of such software need to be protected against any modification, unauthorized deletion and unauthorized access.

(3) The duration of authorization in section 27 (1) is limited to [3 month]. If the conditions of the authorization are no longer met, the action taken is to stop immediately.

(4) The authorization to install the software includes remotely accessing the suspect's computer system.

(5) If the installation process requires physical access to a place the requirements of section 20 need to be fulfilled.

(6) If necessary a police officer may pursuant to the order of court granted in (1) above request that the court order an internet service provider to support the installation process.

(7) [List of offences]

(8) A country may decide not to implement section 27."

utilização de *malware* (os *logs*), a norma constitui um bom exemplo de técnica legislativa a ser utilizada pelos Estados que pretendam integrar este meio de obtenção de prova no seu catálogo processual.

Por outro lado, e como referimos, também a UE tem – ainda que com pouca ênfase – procurado fomentar a consagração deste meio de obtenção de prova no espaço comunitário.

Desde logo em 2008, por ocasião da adoção da estratégia para reforçar o combate ao cibercrime, o Conselho de Ministros da União Europeia comunicou que a sua estratégia para os cinco anos seguintes incluiria, entre outros, o recurso a ciberpatrulhas para localização, em rede, de criminosos e a pesquisas remotas¹⁰⁶. Porém, com maior expressividade, fez-se constar no considerando n.º 27 da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, a seguinte previsão: “[o]s responsáveis pela investigação e pela ação penal relativas aos crimes referidos na presente diretiva deverão dispor de instrumentos de investigação eficazes. Estes instrumentos podem incluir a interceção de comunicações, a vigilância discreta, inclusive por meios eletrónicos, a monitorização de contas bancárias ou outras investigações financeiras, tendo em conta, nomeadamente, o princípio da proporcionalidade e a natureza e gravidade dos crimes investigados”.

Em face da crescente popularidade que este meio de obtenção de prova tem vindo a ganhar, e tendo em conta as suas óbvias vantagens, cremos que a tendência será a de se verificar, nos anos vindouros, um esforço acrescido no sentido da sua consagração pelos diversos Estados-Membros, não só em matéria de combate ao abuso sexual e exploração sexual de crianças e pornografia infantil, mas também quanto a outro tipo de criminalidade grave, como o terrorismo.

CAPÍTULO III – A UTILIZAÇÃO DE *MALWARE* E A LEI DO CIBERCRIME

1. (In)aplicabilidade direta do regime das interceções de comunicações e da pesquisa de dados informáticos

Como ensina Maria de Fátima Mata-Mouros a propósito de alguns novos métodos de investigação criminal nos quais inclui as ditas *buscas online*, “[f]ronte às incessantes inovações tecnológicas, estes métodos de investigação não cessam de se multiplicar, numa dinâmica que invariavelmente tem como primeiros utilizadores

¹⁰⁶ Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-08-1827_en.htm?locale=es [consultado em: 10-10-2013].

*os próprios agentes criminosos, para só de seguida motivar agentes policiais e, apenas no fim da cadeia, encontrarem expressão na legislação e no aplicador do direito*¹⁰⁷.

Assim se explica, cremos, o motivo pelo qual temos assistido recentemente a uma defesa, maioritariamente sustentada por parte de membros de órgãos de polícia criminal – sempre rodeada de secretismo e nunca transposta para o papel –, da admissibilidade, no plano do direito constituído, das ditas *buscas online*, com fundamento, em alguns casos, numa aplicação direta do regime da interceção de comunicações, previsto no artigo 18.º da Lei do Cibercrime, noutras casos, numa aplicação deste regime mesclado com o regime das buscas, assim se *retalhando* por via interpretativa uma base legal apta a legitimar aquele meio de obtenção de prova, e, ainda noutras casos, na aplicação do regime da pesquisa de dados informáticos, previsto no artigo 15.º da Lei do Cibercrime.

Acontece que, como se procurará demonstrar sumariamente, nenhum dos referidos preceitos basta para sustentar a instalação e utilização de *malware* em sistemas informáticos utilizados por suspeitos da prática de ilícitos criminais.

Desde logo, no que respeita à interceção de comunicações, compulsado o artigo 18.º da Lei do Cibercrime e, bem assim, o regime das escutas telefónicas para o qual remete o seu n.º 4, não logramos encontrar qualquer base legal que permita sustentar a instalação remota de *malware* com vista à obtenção de dados informáticos. Pelo contrário, qualquer dos normativos em causa permite que se *interceptem* comunicações, isto é, que se captem as comunicações visadas entre o momento do seu envio pelo remetente e o momento da sua chegada ao destinatário; nunca a monitorização de dados diretamente no aparelho utilizado para as enviar, onde, em rigor, como se verá *infra*, não estamos (ou não estamos somente) perante *comunicações*¹⁰⁸. Argumentar-se-ia, porém, que, nos termos do artigo 189.º do CPP se encontram previstas as escutas ambientais, as quais pressupõem, à semelhança do uso de *malware*, a instalação em espaços físicos de meios técnicos, de modo secreto, com vista à captação de conversações

107 Mata-Mouros, 2011: 433.

108 Neste sentido, referiu o Tribunal Constitucional alemão, no citado acórdão de 27 de fevereiro de 2008, que “[s]e um sistema informático complexo for tecnicamente infiltrado de modo a realizar-se vigilância de telecomunicações (“source telecommunication surveillance”), a infiltração ultrapassa o obstáculo crítico à espionagem do sistema como um todo. O perigo assim trazido excede em muito o que é provocado pela mera vigilância de telecomunicações em curso. Em particular, os dados armazenados em computadores privados que não se relacionem com o uso do sistema para telecomunicação também podem ser obtidos. Por exemplo, o ato de utilizar o computador pessoal para fins pessoais, a frequência de acesso a certos serviços, em particular, também os conteúdos ou ficheiros criados ou – na medida em que o sistema informático infiltrado também controle aparelhos elétricos em casas – a conduta na habitação pessoal pode ser descoberta”.

diretamente na sua origem. Todavia, e sem prejuízo de mais argumentos de índole substantiva existirem quanto a esta matéria, dir-se-á tão-somente que a remissão feita pelo legislador no n.º 4 do artigo 18.º da Lei do Cibercrime para o regime das escutas se restringe – como aí se diz – ao “*regime de interceção e gravação de conversações ou comunicações telefónicas constante dos artigos 187.º, 188.º e 190.º do Código de Processo Penal*”, e não ao regime de extensão previsto no artigo 189.º do CPP, o qual foi excluído pelo legislador.

Com efeito, tendo em conta que a recolha de prova por esta via é feita em dois momentos – o da instalação do *malware* e o da sua utilização –, não só não pode ignorar-se o método altamente invasivo utilizado para obter a informação visada diretamente na sua fonte, como não pode ignorar-se que, contrariamente à interceção de comunicações – limitada no tipo de dados a interceptar –, dificilmente se poderá defender que o uso de *malware* apenas permite (ou pretende) captar um conjunto específico de dados. Pelo contrário, permite monitorizar toda a atividade, lícita e ilícita, empreendida no computador do visado ou em torno do mesmo (pense-se na ativação da *webcam* ou do microfone), subsumível, ou não, ao conceito de comunicação. Mais, perguntar-se-á, onde se pode encontrar nos citados normativos legais alegadamente aplicáveis, a base legal para a instalação de *keyloggers* que visem captar as credenciais de acesso a documentos cifrados no computador do visado?

Com efeito, o uso de *malware* não visa verdadeiramente intercetar comunicações. Pelo contrário, para a interceção de comunicações existe, precisamente, o regime do artigo 18.º da Lei do Cibercrime. Assim, como refere Costa Andrade a propósito daquilo que qualifica de *busca online*, “[s]endo ela própria um ato de telecomunicação e suposto que o computador-alvo esteja ligado à internet¹⁰⁹, ela não incide nem recai sobre um ato de telecomunicação. É, em síntese, uma ação de telecomunicação cujo objeto não é telecomunicação. Uma agressão através da telecomunicação não é necessariamente uma agressão à liberdade de telecomunicação”¹¹⁰. Assim, “a busca online, porque não configura uma invasão ou devassa de um ato de telecomunicação, não está abrangida nem legitimada pelas normas da lei processual relativas às intromissões nas telecomunicações”¹¹¹.

¹⁰⁹ Não subscrevemos inteiramente este primeiro segmento, uma vez que, como se viu, é concebível a infeção de um sistema informático desconectado da Internet.

¹¹⁰ Andrade, 2009a: 168.

¹¹¹ Andrade, 2009a: 160.

Destarte, uma vez que não existe supedâneo legal que legitime o meio de obtenção de prova em apreço, não é lícito ao intérprete criar uma nova norma na qual possa *encaixar* um meio de obtenção de prova atípico – especialmente um meio de obtenção de prova oculto –, ignorando os limites legais e constitucionais à sua utilização. Até porque, como ensina Paulo de Sousa Mendes, “*o catálogo dos meios de prova típicos inclui os respetivos regimes e não permite que sejam desrespeitadas as suas regras, a fim de serem criados meios de prova aparentados mas atípicos. [...] Portanto, a única liberdade que existe relativamente à escolha dos meios de prova consiste na possibilidade de selecionar do catálogo dos meios de prova típicos aqueles que forem considerados como adequados ao processo em curso*”¹¹².

Por outro lado, como se referiu, alguma doutrina vem sustentando nesta matéria que, com a consagração do artigo 15.º da Lei do Cibercrime, o legislador pretendeu introduzir no ordenamento jurídico português as chamadas *buscas online*.

Neste sentido, sustenta Paulo Pinto de Albuquerque que “[a] busca on line foi agora consagrada pelo novo artigo 15.º da Lei n.º 109/2009, de 15.9, que prevê a ‘pesquisa em sistema informático’ por despacho da autoridade judiciária ou mesmo decisão do órgão de polícia criminal. A lei não coloca quaisquer restrições relativamente aos conteúdos dos dados que podem ser pesquisados, ao invés do que sucede na apreensão de dados informáticos. A lei nova também não exige que a pesquisa informática ordenada pelo MP ou pelo OPC seja validada pelo juiz. Esta intrusão na privacidade da pessoa visada é manifestamente desproporcional, em face do artigo 26.º, n.º 1 e 2, e do 32.º, n.º 4, da CRP, que reservam ao juiz os atos instrutórios que representem uma intrusão na privacidade”¹¹³.

Não obstante seja inevitável a conclusão pela inconstitucionalidade a que chega o Autor em face dos pressupostos que apresenta, não podemos deixar de assinalar que, segundo cremos, esses pressupostos não se verificam, pelo que e, como tal, não existe necessidade de formular semelhante juízo sobre a norma do art. 15.º.

Em primeiro lugar, porque o n.º 1 do artigo 15.º da Lei do Cibercrime se refere à obtenção “*de dados informáticos específicos e determinados, armazenados num determinado sistema informático*”, o que exclui, desde logo, a obtenção genérica de dados em tempo real. Em segundo lugar, porque mesmo a admissibilidade da extensão da pesquisa informática a sistemas acessíveis através de

¹¹² Mendes, 2013: 174 e, em sentido semelhante, Neves, 2011: 98-99.

¹¹³ Neste sentido, cf. Albuquerque, 2011: 502.

outro sistema que seja inicialmente objeto da pesquisa, nos termos do n.º 5 do artigo 15.º da Lei do Cibercrime, não permite extrair esta conclusão, uma vez que o que esta extensão implica é que o acesso ao segundo sistema informático tem de ser feito através do primeiro sistema pesquisado, e não a partir de um qualquer outro sistema utilizado pelo investigador criminal. Por fim, não só o artigo 15.º é totalmente omisso quanto à instalação por via remota de qualquer *software* no computador do visado, como o próprio facto de o artigo se referir à realização da pesquisa “*nesse sistema*” e de remeter para as regras de execução das buscas previstas no CPP (em particular para o n.º 1 do artigo 176.º deste diploma), indica claramente que a pesquisa é sempre efetuada fisicamente no próprio sistema, salvo no caso previsto no n.º 5 do artigo 15.º da Lei do Cibercrime, em que a pesquisa é feita por via remota a outro sistema informático mas tendencialmente a partir do sistema inicialmente objeto da pesquisa.

Assim sendo, será de concluir pela inaplicabilidade de qualquer uma das referidas normas para sustentar a utilização de *malware* no contexto de investigações criminais em ambiente digital.

2. A utilização de *malware* no contexto de ações encobertas em ambiente digital

Problema diverso, como tivemos ocasião de referir brevemente, é o da utilização de *malware* no contexto de ações encobertas em ambiente digital.

Com efeito, numa medida que entendemos de louvar quanto às suas originalidade e utilidade¹¹⁴, e de censurar, por um lado, quanto à sua consagração por mera remissão para o regime da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, e, por outro, quanto ao seu excessivamente alargado âmbito objetivo de aplicação, o legislador veio introduzir, no artigo 19.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime, a figura do agente encoberto em ambiente digital.

No número 2 do referido preceito, o legislador introduziu uma norma que reza o seguinte: “[s]endo necessário o recurso a meios e dispositivos informáticos observam-se, naquilo que for aplicável, as regras previstas para a interceção de comunicações”. Trata-se de uma disposição formulada em termos muitíssimo vagos, introduzida como última norma do regime processual penal em matéria de prova digital e sistematicamente inserida num artigo relativo a uma figura jurídica (o agente encoberto) utilizada em casos excepcionais. Estas circunstâncias

¹¹⁴ Fê-lo, sublinha-se, sem que tal constasse da Convenção sobre o Cibercrime ou da Decisão Quadro n.º 2005/222/JAI, do Conselho, de 24 de fevereiro, relativa a ataques contra sistemas de informação.

justificam, segundo cremos, que a norma não tenha recebido particular atenção por parte da doutrina, sendo comumente desconsiderada ou encarada como uma norma que visa tão-somente facultar aos órgãos de polícia criminal meios técnicos indefinidos, em certa medida análogos à interceção de comunicações, a utilizar no contexto das ações encobertas em ambiente digital.

Contudo, se no plano formal esta formulação pode aparentar ser satisfatória e inócuas, a verdade é que uma análise mais profunda, focada na concretização, no plano operacional, destes “*meios e dispositivos informáticos*” leva-nos a concluir que estamos perante (i) um novo meio (oculto) de obtenção de prova e (ii) um meio particularmente gravoso de investigação.

Ora, a novidade deste meio decorre, desde logo, do facto de os “*meios e dispositivos informáticos*” aqui referidos não se subsumirem a qualquer um dos meios de obtenção de prova previstos na legislação processual penal portuguesa. Esta conclusão impõe-se pelo mero facto de o legislador ter sentido necessidade de introduzir uma norma nova para legitimar o recurso a estes meios e dispositivos informáticos. Uma norma que terá surgido em face da insuficiência dos demais meios processuais existentes para a utilização destes “*meios e dispositivos informáticos*”¹¹⁵.

Entendimento diverso implicaria que o legislador tivesse introduzido neste dispositivo uma norma redundante e supérflua que visasse tão-somente ao agente encoberto recorrer a quaisquer outros “*meios e dispositivos informáticos*” existentes – o que é afastado pela própria letra da norma que remete o intérprete, “*naquilo que for aplicável*”, para o regime da interceção de comunicações.

Quanto ao caráter particularmente gravoso da utilização destes “*meios e dispositivos informáticos*” bastará referir que, por força da sua inserção sistemática, o recurso aos mesmos encontra-se limitado ao contexto excepcional das ações encobertas, sendo que, mesmo nesse âmbito, apenas podem ser aplicados “*se necessário*” (artigo 19.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime), bem como “*se houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter*”, devendo ser precedidos de despacho fundamentado do juiz de instrução a proferir mediante requerimento do Ministério Público (artigo n.º 18.º, n.º 2, aplicável *ex vi* artigo 19.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime).

¹¹⁵ Não se trata, por isso, dos “*dispositivos electromagnéticos, acústicos, mecânicos ou outros*” utilizados para preenchimento do conceito de interceção, nos termos do artigo 2.º, alínea e) da Lei do Cibercrime.

Com efeito, tendo em conta que (i) o agente encoberto será um dos métodos ocultos de investigação com maior grau de lesividade e de devassa, e que (ii) a utilização de quaisquer métodos ocultos obedece a uma lógica de subsidiariedade (i.e., só se recorre ao meio mais gravoso, se não for possível o recurso a meios menos gravoso)¹¹⁶, a própria existência de uma previsão autorizando a utilização, sujeita a critérios de necessidade e subsidiariedade, de um determinado método de investigação no contexto das acções encobertas, indica que se tratará de um meio com um grau de lesividade e devassa superior às próprias ações encobertas.

Perguntar-se-á, então, novamente, que “*meios e dispositivos informáticos*” serão estes? A resposta, como se viu, implica que tenhamos em consideração que se trata de meios e dispositivos que não encontram previsão expressa na lei processual penal portuguesa por cujo carácter excepcional, invasivo e insidioso possa ser comparado e condicionado ao recurso ao agente encoberto e cujo funcionamento possa ser regulado e limitado pelo regime da interceção de comunicações. Trata-se, a nosso ver, da consagração da utilização (que incluirá, naturalmente, a instalação) de *malware* como método oculto de investigação criminal em ambiente digital.

Veja-se, aliás, a título meramente ilustrativo, que a terminologia adotada pelo legislador português, não só permite englobar o *malware*, como é em muito semelhante à utilizada em diplomas de outros ordenamentos jurídicos para consagrar este mesmo método. Não só é o caso dos “*meios técnicos*” incluídos no citado artigo 5.2 (11) da Lei de Proteção da Constituição da Renânia do Norte-Vestfália, como dos “*dispositivos técnicos*” do artigo 706-101-1 do Código de Processo Penal francês, ou dos “*dispositivos de vigilância de dados*” (*data surveillance device*) previstos no artigo 6.º do *Surveillance Devices Act* australiano, como ainda dos “*meios eletrónicos*” para vigilância discreta previstos no citado Considerando n.º 27 da Diretiva 2011/92/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa à luta contra o abuso sexual e a exploração sexual de crianças e a pornografia infantil, a seguinte previsão.

Assim, se concluirmos que o conceito de “*utilização*” de meios e dispositivos previsto no artigo 19.º, n.º 2, inclui o conceito de *instalação* – o que, admitindo que estes meios e dispositivos são, na verdade, *malware*, não suscitará dúvidas –,

¹¹⁶ Cf. Andrade, 2009a: 115, 2009b: 542-546, e, Mata-Mouros, 2011: 224-229.

restar-nos-á concluir que o artigo 19.º, n.º 2 prevê o uso, no contexto de ações encobertas, desta nova “*intervenção encoberta em sistemas informáticos*”¹¹⁷.

De uma leitura conjugada do regime do agente encoberto e do regime da interceção de comunicações, decorrem, pelo menos, os seguintes requisitos para a utilização de *malware*:

- a) Adequação aos fins de prevenção¹¹⁸ e repressão criminais identificados em concreto e proporcionais, quer a essas finalidades, quer à gravidade do crime sob investigação (artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto);
- b) Fundadas suspeitas da prática de um dos crimes previstos na Lei do Cibercrime ou de crimes cometidos por meio de um sistema informático, quando lhes corresponda, em abstrato, pena de prisão de máximo superior a 5 anos ou, ainda que a pena seja inferior, e sendo dolosos, os crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual nos casos em que os ofendidos sejam menores ou incapazes, a burla qualificada, a burla informática e nas comunicações, a discriminação racial, religiosa ou sexual, as infrações económico-financeiras, bem como os crimes consagrados no título IV do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos (artigo 19.º, n.º 1, da Lei do Cibercrime);
- c) A sua utilização apenas pode ocorrer quando houver razões para crer que a diligência é indispensável para a descoberta da verdade ou que a prova seria, de outra forma, impossível ou muito difícil de obter (artigo 18.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime);
- d) A precedência de despacho fundamentado do juiz de instrução, mediante requerimento do Ministério Público (artigo 18.º, n.º 2 da Lei do Cibercrime). Não admitimos, portanto, nesta matéria, uma *reserva* de juiz como a que existe no contexto das ações encobertas de repressão (traduzida numa espécie de *deferimento tácito judicial* decorridas que sejam 72 horas desde a comunicação da sua realização ao juiz de instrução), embora a inserção sistemática da norma e a sua redação com uma mera remissão

¹¹⁷ Rogall, 2010: 120.

¹¹⁸ Cumpre alertar para o facto de que a adequação aos fins de prevenção não legitima, no plano do direito constituído, o uso de *malware* em ações encobertas de natureza preventiva, desde logo porque se, por um lado, estas ações poderiam aparentar ser admissíveis ao abrigo do disposto no artigo 3.º, n.º 4, da Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto, por outro lado, o artigo 18.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime refere expressamente que “[a] *interceção e o registo de transmissões de dados informáticos só podem ser autorizados durante o inquérito*”.

“naquilo que for aplicável” para o regime das interceções, abra uma janela perigosa¹¹⁹.

- e) A delimitação dos dados que se visa obter, de acordo com as necessidades concretas da investigação (artigo 18.º, n.º 3 da Lei do Cibercrime).

Respeitados os requisitos *supra* elencados, nada pareceria obstar, no plano do direito constituído, à utilização de *malware* como meio de obtenção de prova em ambiente digital.

Veremos, porém, se assim sucede.

3. A utilização de *malware* como medida restritiva de direitos fundamentais e consequente necessidade de densificação normativa

Não obstante defendamos a necessidade do recurso a *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal, a verdade é que, como procuraremos demonstrar, ainda que muito sinteticamente e a título introdutório, não podemos concordar com os moldes em que o mesmo foi consagrado na legislação portuguesa.

Com efeito, a instalação de *malware* será, possivelmente, a par do recurso ao agente encoberto, o meio mais gravoso de obtenção de prova suscetível de merecer consagração legal num Estado de direito democrático. O elevado nível de danosidade social que a monitorização remota da conduta privada de um indivíduo no seu computador representa – talvez até acompanhada da captação de imagens e som do visado com recurso a esse mesmo sistema informático, numa intromissão potencialmente inadmissível no núcleo intangível da intimidade pessoal –, aliado à gravíssima ofensa dos seus direitos fundamentais à reserva da intimidade da vida privada, à inviolabilidade do domicílio, à confidencialidade, à imagem, à palavra e ainda, como acima se viu, à confidencialidade e integridade dos sistemas de informação, justifica que a consagração legal desta norma revista especial densidade, bem como que as funcionalidades do meio técnico a usar obedeçam a limites claros e específicos, em obediência ao princípio da proporcionalidade¹²⁰.

Assim, não basta que exista uma norma que, de forma genérica – e ainda que por remissão para outro regime –, confira supedâneo legal à utilização de

119 A propósito da necessária reserva de juiz dos métodos ocultos de investigação criminal, cf. Andrade, 2009b: 546-551.

120 Rodrigues, 2010: 474-475.

malware, porquanto, em medidas desta natureza, quase tão importante quanto a reserva de lei é a reserva de precisão legal¹²¹. E este dever de precisão legal não é compatível com a mera criação de um meio de investigação cujos funcionamento e finalidade não sejam sequer referidos – quanto mais limitados – na própria norma que os prevê.

A *ultima ratio*, mesmo dentro dos meios ocultos de investigação criminal, que está subjacente à utilização de *malware* não se compadece com uma mera referência à sua necessidade, seguida de uma remissão genérica “*naquilo que for aplicável*” para um regime legal que, por sua vez, remete “[e]m tudo o que não for contrariado” para outro regime.

Aliás, como vem recorrentemente afirmando o TEDH nesta matéria, para cumprimento dos requisitos impostos pelo artigo 8.º da CEDH, não basta a existência de previsão legal, é necessária a imposição de “*qualidade da lei*” que torne as medidas processuais acessíveis e previsíveis, de modo a que o cidadão possa conhecer as condições, limites e circunstâncias em que as mesmas podem ser aplicadas. Adicionalmente, deverá a norma ser clara e precisa, permitindo o conhecimento da finalidade que prossegue e das modalidades que admite, o que servirá, acima de tudo, para conceder meios de tutela contra a sua utilização arbitrária¹²².

Do mesmo modo, para cabal cumprimento do disposto no artigo 18.º n.º 2, da CRP, cabe ao legislador impor uma especial densidade aos pressupostos legais deste método oculto de investigação, dotando a norma em apreço de especial clareza, precisão e previsibilidade. Não o fazendo, e sem prejuízo de outros vícios que uma análise mais aprofundada possa revelar, a norma afigura-se inconstitucional, por violação do disposto nas disposições conjugadas dos artigos 18.º, n.º 2, 26.º, n.º 2, e 1.º da CRP.

4. Sindicância da prova obtida através do uso de *malware*

Entre várias perplexidades, a análise do disposto no artigo 19.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime suscita uma de particular gravidade, porquanto intrinsecamente ligada à salvaguarda das garantias do arguido: a da publicidade do meio de obtenção de prova utilizado.

121 Cf. Mata-Mouros, 2011: 38, 123-126, 242-252.

122 Nesta matéria v. caso Malone v. Reino Unido (pedido n.º 8691/79) e caso Vetter c. France (Pedido n.º 59842/00).

Com efeito, por um lado, o recurso a “*meios e dispositivos informáticos*” encontra-se, por força da sua inserção sistemática, condicionado ao recurso prévio ao agente encoberto. Por outro lado, ao recurso a “*meios e dispositivos informáticos*” é aplicável o regime da interceção de comunicações e, por remissão deste, o das escutas telefónicas. Acontece que o regime legal em vigor não garante ao arguido o conhecimento da existência de uma ação encoberta.

Porém, o regime das escutas telefónicas, no seu artigo 188.º, n.º 8, aplicável *ex vi* artigo 18.º, n.º 4, da Lei do Cibercrime, prevê que “[a] partir do encerramento do inquérito, o assistente e o arguido podem examinar os suportes técnicos das conversações ou comunicações e obter, à sua custa, cópia das partes que pretendam transcrever para juntar ao processo, bem como dos relatórios previstos no n.º 1, até ao termo dos prazos previstos para requerer a abertura da instrução ou apresentar a contestação, respetivamente”.

Assim, se entendermos a remissão do artigo 19.º, n.º 2, para o artigo 18.º, ambos da Lei do Cibercrime, como incluindo a remissão para o regime das escutas telefónicas do artigo 188.º do CPP, poderemos cair no absurdo de não ser divulgada ao arguido a existência de uma ação encoberta, mas, simultaneamente, de terem de lhe ser facultados os suportes técnicos nos quais se encontra armazenada a prova recolhida com recurso a *malware*, quando o uso de *malware* apenas seria permitido no contexto de ações encobertas que, por sua vez, podem não ser reveladas.

Tal perplexidade, porém, não poderá fundamentar a prevalência da regra aplicável às ações encobertas e a consequente não divulgação da utilização de *malware* como meio de obtenção de prova num determinado procedimento criminal. E não poderá desde logo porque – a menos que outro interesse de superior relevo a tal impeça (como, no caso do agente encoberto, a segurança do próprio agente) – quaisquer diligências que constituam uma atividade instrutória intrusiva têm obrigatoriamente de constar dos autos sob pena de violação intolerável das garantias de defesa do arguido. Ademais, tratando-se de prova digital, a sua volatilidade e fragilidade impõem requisitos de verificação de fidedignidade e de garantia da cadeia de custódia que podem não existir com a prova comummente recolhida por agentes encobertos.

Aliás, como se viu, poderemos estar perante prova contaminada pelos *supra* referidos ataques contra perícias forenses¹²³, perante *malware* corrompido ou

123 Os quais, segundo van Buskirk e Liu têm uma presunção de fidedignidade imerecida, *apud* Kessler, 2007.

com deficiências técnicas aptas a retirar fiabilidade à prova, ou mesmo porque o próprio sistema informático no qual o órgão de polícia criminal instala *malware* pode estar já infetado com outro tipo de *malware* que permite a um terceiro controlar aquele sistema informático, assim incriminando o visado pela investigação – a chamada *Trojan horse defence*¹²⁴.

Por outro lado, o fundamento para a proteção do agente encoberto, subjacente à não revelação da mera existência destas acções, não se verifica com a mesma intensidade no caso de agentes encobertos em ambiente digital, uma vez que os mesmos, se omitirem a sua identidade durante o decurso da investigação, muito dificilmente poderão ser identificados por aqueles que forem incriminados por a prova assim recolhida.

Dado que o acesso à informação mediante a qual foi recolhida a prova digital é essencial para a sua sindicância e consequente verificação da sua fidelidade, resta concluir que a eventual ocultação do recurso a *malware*, bem como a omissão de referência no processo ao tipo de *malware* concretamente utilizado e ainda a eventual vedação ao arguido de exame da prova assim recolhida, violam de forma intolerável as suas garantias de defesa e o seu direito ao contraditório, previstos no artigo 32.º, n.os 1 e 5, da CRP.

CONCLUSÕES

O recurso a *malware* como meio de obtenção de prova penal reveste uma utilidade e eficácia sem paralelo no contexto de investigações criminais em ambiente digital. Com efeito, o advento das técnicas antiforenses, aliado à sua democratização e facilidade de utilização, têm vindo a dificultar seriamente o combate ao cibercrime, pelo que, nos casos da criminalidade mais grave, se torna urgente a imposição de medidas de carácter mais gravoso para a sua prossecução.

Evidência da utilidade deste meio de obtenção de prova é, não só a sua utilização por vários Estados a nível mundial, mas também a crescente tendência para a sua consagração num espectro cada vez mais alargado de Estados, por vezes com base em iniciativas de cariz *supra* nacional que visam uniformizar os seus requisitos.

Foi, ao que nos parece, com o intuito de consagrar o recurso ao *malware* que o legislador consagrhou o recurso a “*meios e dispositivos informáticos*” no

124 Cf. Brenner, Carrier & Henninger, 2004: 1-53 e Clough, 2010: 34.

contexto de ações encobertas em ambiente digital, no artigo 19.º, n.º 2, da Lei do Cibercrime.

Fê-lo, porém, de modo dúvida, excessivamente vago e com um elevado défice de clareza, previsibilidade e precisão legal, em violação do disposto nos artigos 18.º, n.º 2, 26.º, n.º 2, e 1.º da CRP, assim permitindo interpretações díspares quanto aos seus pressupostos e requisitos e proporcionando as circunstâncias adequadas a que a sua utilização seja omitida nos autos ou mesmo, em geral, do conhecimento público. Fê-lo em prejuízo das garantias de defesa e do direito ao contraditório do arguido, numa área onde a prova reveste particular fragilidade. Destarte, também aqui a referida norma poderá enfermar do vício de inconstitucionalidade, por violação do disposto no artigo 32.º, n.os 1 e 5, da CRP.

Com efeito, para uma consagração leal de um meio de prova tão insidioso e gravemente restritivo de direitos fundamentais do visado, deverá o legislador prever, de forma lisa, transparente e suficientemente densificada, os pressupostos, requisitos e finalidades da instalação e utilização de *malware* como meio de obtenção de prova em processo penal.

BIBLIOGRAFIA

ABEL, Wiebke & SCHAFER, Burkhard

- 2009 “The German Constitutional Court on the Right in Confidentiality and Integrity of Information Technology Systems – a case report on BVerfG, NJW 2008, 822” *SCRIPTed – A Journal of Law, Technology & Society*, Vol. 6, n.º 1, pp. 106-123.

ADLEMAN, Leonard M.

- 1988 “An Abstract Theory of Computer Viruses”, *Advances in Cryptology – CRYPTO 88*, Vol. 403, pp. 354-374.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- 2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª ed., Lisboa: Universidade Católica Editora.

ANDRADE, Manuel da Costa

- 2009a “Bruscamente no Verão passado” a Reforma do Código de Processo Penal – Observações Críticas sobre uma Lei que Podia e Devia ter sido Diferente, Coimbra: Coimbra Editora.

- 2009b “Métodos ocultos de investigação (Plädoyer para uma teoria geral), *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*”, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-551.

AQUILINA, James M., CASEY, Eoghan & MALIN, Cameron H.

- 2008 *Malware Forensics: Investigating and Analyzing Malicious Code*, EUA: Elsevier.

AYCOCK, John

- 2006 *Computer Viruses and Malware*, EUA: Springer.

BERINATO, Scott

- 2007 “The Rise of Anti-Forensics”, *CSOOnline*, disponível em: <http://www.csoonline.com/article/221208/the-rise-of-anti-forensics> [consultado em: 05.10.2013].

BETTINI, Claudio, et al.

- 2009 *Privacy in Location-Based Applications: Research Issues and Emerging Trends*, Heidelberg: Springer-Verlag Berlin.

BICKFORD, Jeffrey, et al.

- 2010 “Rootkits on Smart Phones: Attacks, Implications and Opportunities”, *Proceedings of the 11th International Workshop on Mobile Computing Systems and Applications*, Annapolis, Maryland, pp. 49-54.

BOLDT, Martin

- 2010 *Privacy-Invasive Software*, Karlskrona: Blekinge Institute of Technology.

- BRENNER, Susan W.
- 2012 “Law, Dissonance and Remote Computer Searches”, *North Carolina Journal of Law and Technology*, Vol. 14, n.º 1, pp. 43-92.
- BRENNER, Susan W., CARRIER, Brian & HENNINGER, Jef
- 2004 “The Trojan horse defense in cybercrime cases”, *Santa Clara Computer and High Technology Journal*, Vol. 24, pp. 1-53.
- CASEY, Eoghan
- 2011 *Digital Evidence and Computer Crime, Digital Evidence and Computer Crime – Forensic Science, Computers and the Internet*, 3.ª ed., Califórnia: Elsevier.
- CLOUGH, Jonathan
- 2010 *Principles of Cybercrime*, Cambridge: Cambridge University Press.
- CORREIA, Miguel Pupo & SOUSA, Paulo Jorge
- 2010 *Segurança no Software*, Lisboa: FCA – Editora de Informática.
- CURRAN, Kevin, et al.
- 2008 “Hacking and Eavesdropping”, *Cyber Warfare and Cyber Terrorism* (org. Lech J. Janczewski e Andrew M. Colarik), Nova Iorque: Information Science Reference.
- DAVIS, Michael, BODMER, Sean & LEMASTERS, Aaron
- 2010 *Hacking Exposed – Malware & Rootkits: Malware & Rootkits Security & Secret Solutions*, EUA: McGraw-Hill.
- DINGLEDINE, Roger, MATHEWSON, Nick & SYVORSON, Paul
- 2004 “Tor: The Second-Generation Onion Router”, *Proceedings of the 13th USENIX Security Symposium – August 9-13, 2004, The USENIX Association*, disponível em: http://static.usenix.org/event/sec04/tech/full_papers/dingledine/dingledine.pdf [consultado em: 09.06.2012].
- ERBSCHLOE, Michael
- 2005 *Trojans, Worms and Spyware – A Computer Security Professional’s Guide to Malicious Code*, EUA: Elsevier.
- FILIOL, Eric
- 2005 *Computer viruses: from theory to applications*, França: Springer.
- GARITAONANDIA, Iñaki Esparza Leibar y Alberto Saiz
- 2010 “La intervención de las comunicaciones en el derecho comparado: los casos de Francia e los Estados Unidos de America”, in AA.VV. *Derecho Penal Informático* (Dir. José Cuesta Arzamendi), Pamplona: Thomson Reuters, pp. 321-345.
- GERCKE, Marco
- 2012 *Understanding Cybercrime: Phenomena, Challenges and Legal Response*, Telecommunication Development Sector.

- GRADIGO, Will, *et al.*
- 2013 *Blackhatonomics – Na Inside Look at the Economics of Cybercrime*, EUA: Elsevier.
- GRAHAM, James, HOWARD, Richard & OLSON, Ryan
- 2011 *Cyber Security Essentials*, Boca Raton: Taylor and Francis.
- GRINBERG, Reuben
- 2011 “Bitcoin: An Innovative Alternative Digital Currency”, *Hastings Science and Technology Law Journal*, Vol. 4, n.º 1, pp. 159–208.
- HARRIS, Ryan
- 2006 “Arriving at an anti-forensics consensus: Examining how to define and control the anti-forensics problem”, *Digital Investigation – The International Journal of Digital Forensics & Incident Response*, Vol. 3 – Suplemento, pp. 44-49.
- KESSLER, Gary C.
- 2007 “Anti-Forensics and the Digital Investigator”, Proceedings of the 5th Australian Digital Forensics Conference, Edith Cowan University, Perth Western Australia.
- LANDAU, Susan
- 2010 *Surveillance or Security – The risks Posed by new Wiretapping Technologies*, EUA: MIT Press.
- LÓPEZ, Mercedes Fernández
- 2011 “Algunas propuestas para regular la investigación del Cibercrimen”, in AA.VV. *La Reforma del Proceso Penal*, Madrid: La Ley, pp. 269-292.
- MATA-MOUROS, Maria de Fátima
- 2011 *Juiz das Liberdades – Desconstrução de um Mito do Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- MCAFEE
- 2006 Rootkits, *Part 1 of 3: The Growing Threat*, White Paper.
- MENDES, Paulo de Sousa
- 2013 *Lições de Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina.
- MESQUITA, Paulo Dá
- 2010 *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra: Wolters Kluwer.
- MOHAY, George, *et al.*
- 2003 *Computer and Intrusion Forensics*, Massachusetts: Artech House, Inc.
- MORTON, K. F. & GRACE, David
- 2012 “A Case Study on Stuxnet and Flame Malware”, disponível em: <http://vixra.org/pdf/1209.0040v1.pdf> [consultado em: 03-10-2013].

MURPHY, Angela

- 2002 “Cracking the Code to Privacy: How Far Can the FBI Go?”, *Duke Law & Technology Review*, n.º 1, disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1043&context=dltr> [consultado em: 08.10.2013].

NEVES, Rita Castanheira

- 2011 *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal – Natureza e respectivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora.

NUÑEZ, Eloy Velasco

- 2010 *Delitos cometidos a través de Internet. Cuestiones procesales*, Madrid: La Ley.
2011 «ADSL y Troyanos: Intervención de sus datos y telecomunicaciones en la investigación penal», *La Ley Penal*, n.º 82, pp.18-25.

PATIL, Nilesh & LINGAM, Chelpa

- 2012 “Anonymous Connections and Onion Routing”, *International Journal of Advanced Research in Computer Science and Software Engineering*, Vol. II, n.º 2.

PRADILLO, Juan Carlos Ortiz

- 2009 “Remote Forensic Software as a Tool for Investigating Cases of Terrorism”, *ENAC – E-newsletter on the fight against cybercrime*, n.º 4, pp. 1-8.
2012 “Hacking’legal al servicio de la investigación criminal: nuevos instrumentos para la investigación y prueba de la delincuencia informática”, *Delincuencia Informática. Tiempos de Cautela y Amparo*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 177-220.

- 2013 *Problemas Procesales de la Ciberdelincuencia*, Madrid: Editorial Colex

POULSEN, Kevin

- 2013 “FBI Admits It Controlled Tor Servers Behind Mass Malware Attack”, *Wired*, disponível em: <http://www.wired.com/threatlevel/2013/09/freedom-hosting-fbi/> [consultado em 05.10.2013].

RAMALHO, David Silva

- 2014 “A investigação criminal na *Dark Web*”, *Revista de Concorrência & Regulação*, Ano IV, n.º 14/15, pp. 383-429.

RODRIGUES, Benjamim Silva

- 2010 *Da Prova Penal – Tomo II – Bruscamente... A(s) Face(s) Oculta(s) dos Métodos Ocultos de Investigação Criminal*, Lisboa: Rei dos Livros.

ROGALL, Klaus,

- 2009 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in AA.VV., *2.º Congresso de Investigação Criminal* (Coordenação Científica: Maria Fernanda Palma et al), Coimbra: Almedina, pp. 177-220.

- ROSENBACH, Marcel
2011 “The shady past of Germany’s Spyware”, Spiegel Online International, acedido e consultado em 28-08-2012, em <http://www.spiegel.de/international/germany/trojan-trouble-the-shady-past-of-germany-s-spyware-a-792276.html>.
- SANTOS, Paulo, *et al.*
2008 *Cyberwar – O Fenómeno, as tecnologias e os actores*, Lisboa: FCA – Editora de Informática.
- SANTOS, Osvaldo
2011 *Firewalls – Soluções Práticas*, Lisboa: FCA – Editora de Informática.
- SERRANO, Nicolas González-Cuellar
2006 “Garantías constitucionales de la persecución penal en el entorno digital”, in AA.VV. *Derecho Y Justicia Penal en el Siglo XXI – Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid: Editorial Colex, pp. 887-916.
- SHEETZ, Michael
2007 *Computer Forensics: An Essential Guide for Accountants, Lawyers, and Managers*, John Wiley & Sons.
- SIKORSKI, Michael & HONIG, Andrew
2012 *Practical Malware Analysis – The Hands-on Guide to Dissecting Malicious Software*, San Francisco: No Starch Press.
- SINROD, Eric J. & REILLY, William P.
2000 “Cyber-Crimes: A Practical Approach to the Application of Federal Computer Crime Laws”, *Santa Clara Computer and High Technology Law Journal*, Vol. 16, n.º 2, pp.177-232.
- SOGHOIAN, Christopher
2009 “Caught In The Cloud: Privacy, Encryption, And Government Back Doors In The Web 2.0 Era”, *J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L.*, Vol. 8, Berkman Center Research Publication, pp. 359-424.
- URBAS, Gregor & CHOO, Kim-Kwang
2008 “Resource Materials on Technology-Enabled Crime”, *Technical and Background paper*, n.º 28, Canberra: Australian Institute of Criminology, pp. 1-88.
- VACIAGO, Giuseppe
2012 *Digital Forensics, Italian Criminal Procedure and Due Process Rights in the Cyber Age*, Torino: G. Giappichelli Editore.
- VIEIRA, José Alberto
2009 “Download de obra protegida pelo Direito de Autor e uso privado”, *Direito da Sociedade da Informação – Vol. VIII*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 421-467.

WALLACE, Benjamin

2011 “The Rise and Fall of Bitcoin”, *Wired Magazine*, disponível em: http://www.wired.com/magazine/2011/11/mf_bitcoin/2/ [consultado em: 04-10-2013].

WEBER, Ralph H. & HEINRICH, Ulrike I.

2012 *Anonymization*, Londres: Springer.

Woo, Christopher & Miranda, SO

2002 “The Case for Magic Lantern: September 11 Highlights the Need for Increased Surveillance”, *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol. 15, n.º 2, pp. 521-538.

ZÚQUETE, André

2013 *Segurança em redes informáticas*, 4.ª ed., Lisboa: FCA – Editora de Informática.

A VALORAÇÃO DAS GRAVAÇÕES DE ÁUDIO PRODUZIDAS POR PARTICULARS COMO PROVA NO PROCESSO PENAL¹

Catiuce Ribas Barin

ABSTRACT: This paper deals with criminal procedural problems resulting from the use of audio records made by individuals as evidence in Court proceedings. In particular, it refers to a case where the recording was made by a lawyer, in order to broaden the debate on whether gathering this type of evidence violates legal boundaries. Since this issue is treated differently across jurisdictions, the paper makes reference to the exclusionary rule applied in the US, Germany, Spain and Brazil.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Análise circunstanciada do caso “Bragaparques”. 1.1. Da factualidade. 1.2. Problemas jurídico-processuais penais suscitados pelo caso e a posição dos tribunais: a aplicação do direito aos fatos. 2. A valoração de gravações de áudio realizadas por particulares como prova no processo penal. 2.1. A valoração das gravações de áudio produzidas exclusivamente por particulares. 2.1.1. Gravações penalmente ilícitas. 2.1.2. Gravações penalmente lícitas: atípicas ou justificadas. 2.2. A valoração das gravações feitas por particulares em colaboração aos órgãos persecutórios estatais. 2.3. A peculiaridade de o autor da gravação ser advogado. 2.4. O efeito-à-distância da prova proibida. 3. A admissibilidade de valoração das gravações de áudio captadas por particulares no direito comparado. 3.1. Estados Unidos da América. 3.2. Alemanha. 3.3. Espanha. 3.4. Brasil. 4. A relativização da proibição de valoração das provas de áudio obtidas por particulares. 4.1. A ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade. 4.2. A valoração da prova no caso “Bragaparques”. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A questão da admissibilidade das provas ilicitamente obtidas por particulares não é tema recente no campo processual penal das proibições de prova. A temática ganha relevo em razão do crescente alargamento da intervenção dos privados na produção de provas penais. Com frequência debate-se sobre a valoração de provas angariadas ilicitamente por agentes privados (como as originadas de gravações de áudio), que desencadeiam ou possibilitam o avanço

¹ O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

de investigação policial ou de processo criminal, ou sobre o recurso constante aos homens de confiança/agentes encobertos, em que os particulares atuam em colaboração ou sob a orientação dos órgãos persecutórios estatais.

Nesse cenário de “privatização” da investigação, diante de gravações de áudio produzidas por particulares, do regramento constitucional e legal das proibições de prova, e da proteção jurídico-penal do direito à palavra, emerge a problemática do presente relatório: a gravação de áudio obtida exclusivamente por particular, sem autorização judicial e sem o consentimento do visado, mesmo que retrate a prática de crime, é meio (método) proibido de obtenção de prova e é admissível a sua valoração como prova no processo penal? Como desdobramentos: Havendo proibição de valoração da prova, ela é absoluta, ou poderá ser relativizada em virtude da condição da pessoa que realiza a gravação e da ponderação dos interesses e bens jurídicos em conflito no caso concreto? Ainda, em que termos se dá a valoração de gravações de áudio captadas por privado que atue em colaboração ou sob a orientação dos órgãos de persecução estatais?

No intuito de clarificar a abordagem da problemática apresentada, e considerando que o Direito aplica-se à faticidade específica de cada caso concreto, partimos da análise do caso “Bragaparques” – que serviu de base ao desenvolvimento do trabalho – com o exame dos problemas jurídico-processuais penais suscitados que interessam diretamente ao estudo: a proibição de valoração da gravação de áudio produzida exclusivamente pelo particular (que, na hipótese, apresenta a singularidade de ser advogado), ante a sua ilicitude penal; e a alegada contaminação (em razão do efeito-à-distância das proibições de prova) das gravações subsequentes realizadas pelo privado em colaboração com órgãos estatais de investigação, verificando-se a posição dos tribunais em relação aos problemas apontados.

Na sequência, trataremos da valoração das gravações de áudio realizadas por particulares como prova no processo penal, quer nas hipóteses de captação exclusiva, quer em parceria com as instâncias formais de controle. Analisaremos, nesse âmbito, se a peculiaridade de o particular autor da gravação ser advogado traz novos contornos à problemática, influenciando na solução jurídica do caso. Ainda, abordaremos o efeito-à-distância das proibições de prova.

Dando seguimento, examinaremos o regramento das proibições de prova nos Estados Unidos da América (de referência obrigatória, já que as regras de exclusão têm origem nas decisões da Corte Suprema americana, e seu sistema tem influenciado vários outros países), na Alemanha (contraponto necessário por ser o berço da moderna construção do princípio da proporcionalidade,

que tem sido aplicado no âmbito das proibições de prova, e por sua influência no Direito Português), na Espanha (pela proximidade territorial e por possuir regramento semelhante na matéria), e no Brasil (pela resolução diferenciada da problemática proposta), verificando o tratamento dado por cada um desses ordenamentos jurídicos à valoração das gravações de áudio produzidas por particulares.

Por fim, analisaremos a possibilidade de relativização da proibição de valoração das provas de áudio obtidas por particulares, por meio da ponderação dos interesses e bens jurídicos em conflito no caso concreto. E, como derradeira averiguação, examinaremos a valoração das gravações de áudio no caso “Bragaparques”.

1. ANÁLISE CIRCUNSTANCIADA DO CASO “BRAGAPARQUES”

1.1. Da factualidade

Do circunstancialismo fático do caso “Bragaparques”² dado como provado pelos tribunais portugueses³ extrai-se que DN⁴ era sócio-gerente da sociedade “A”, que detinha a maioria do capital social da sociedade “B”, a qual celebrou contrato de permuta de imóveis com a Câmara Municipal de Lisboa⁵, e, ainda, adquiriu um segundo lote de terreno, em razão de previsão contratual de direito de preferência.

2 Ao se tratar do caso “Bragaparques”, analisar-se-á simultaneamente dois processos criminais originados em razão dos acontecimentos: 1) o instaurado contra DN para apurar o crime de corrupção ativa (Processo n.º 263/06.8|FLSB.L1); e 2) o instaurado em desfavor de RSF para averiguação do crime de gravação ilícita (Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9). DN foi denunciado por corrupção ativa por ato ilícito e condenado pela 1.ª Vara Criminal de Lisboa, em 23-02-09, por corrupção ativa por ato lícito (art. 18.º, n.º 2, da Lei n.º 34/87); foi absolvido pelo Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), em 22-04-10; e condenado pelo Supremo Tribunal de Justiça (doravante, STJ), em 20-01-12, por corrupção ativa por ato lícito; em 01-11-12, foi declarada a prescrição da pretensão punitiva estatal pelo TRL. RSF, por sua vez, foi denunciado pelo crime de gravações ilícitas (artigo 199.º, n.º 1, a, do CP), sendo absolvido pelo 4.º Juízo Criminal de Lisboa; e, posteriormente, condenado pelo TRL, em 26-04-2012. RSF recorreu para o STJ e para o Tribunal Constitucional (doravante, TC) e teve seus recursos indeferidos. Em novembro de 2012, apresentou queixa contra o Estado Português no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH), requerendo a análise da forma como foi condenado, não havendo, ainda, decisão da Corte Internacional.

3 Acórdãos do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8|FLSB.L1; e de 26-04-2012 – Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9. Disponíveis em www.dgsi.pt.

4 Os nomes das partes e das empresas foram suprimidos, por não interessarem à análise científica.

5 O contrato foi celebrado em julho de 2005.

Por discordar dos termos do contrato e julgá-lo lesivo aos interesses da autarquia de Lisboa, JSF ajuizou ação popular⁶ perante o Tribunal Administrativo e Fiscal de Lisboa (doravante, TAFL), postulando a declaração de nulidade da deliberação e das operações de loteamento dos terrenos, além de obter, em sede de Registro Predial, o registro da ação como inscrição às descrições prediais correspondentes aos terrenos. Nas eleições autárquicas sequentes, JSF elegeu-se vereador em Lisboa e, no âmbito da Câmara Municipal e em atos públicos, continuou a manifestar-se contrariamente às aludidas negociações, além de manter o patrocínio da ação popular e os registros nas inscrições dos terrenos.

Em face do atraso no desenvolvimento do projeto de construção para os terrenos, aliado aos custos financeiros daí advindos e à má imagem pública da empresa em razão das suspeitas de ilegalidades decorrentes das ações de JSF, DN formulou o propósito de corromper o vereador. Para tanto, sabendo que o advogado RSF (irmão do vereador JSF) tinha escritório nas mesmas instalações da sua advogada pessoal e das sociedades por ele participadas, DN telefonou⁷ para o local solicitando a RSF que marcassem uma reunião, para tratar assunto de interesse comum e apresentação de uma proposta. O encontro⁸ ocorreu fora das dependências do escritório de RSF, no bar de um hotel, em Lisboa.

Nesse primeiro encontro, RSF, após se aconselhar com algumas pessoas, foi munido de instrumento para gravação da conversa, e acautelou-se de levar duas testemunhas, que ficaram à distância observando o diálogo. Na ocasião, DN propôs o pagamento de montante pecuniário ao vereador JSF, para que ele desistisse da ação popular e proferisse declarações públicas sustentando a lisura e a correção dos negócios travados por sua empresa e a autarquia municipal. A conversa entabulada foi gravada parcialmente, sem o conhecimento e consentimento de DN, e sem autorização judicial. A proposta de corrupção não foi captada, pois, quando realizada, o telemóvel utilizado para o fim já não procedia à gravação. Ainda no mesmo dia, RSF levou ao conhecimento de JSF a proposta recebida, tendo os dois acordado em recusá-la e dar conhecimento dos fatos à autoridade judiciária.

⁶ A ação foi ajuizada em julho de 2005.

⁷ O telefonema se deu em 18 de janeiro de 2006.

⁸ O encontro ocorreu no dia 22 de janeiro de 2006.

Instaurado processo criminal contra DN, RSF foi autorizado à prática de atos de colaboração, na invocação de ação encoberta, em coordenação com a Polícia Judiciária (doravante, PJ). No âmbito da ação encoberta, RSF, sob o pretexto de acertar detalhes da negociação, participou de outros dois encontros⁹ com DN, onde foi reafirmada a proposta de corrupção¹⁰, sendo as conversas gravadas em áudio.

1.2. Problemas jurídico-processuais penais suscitados pelo caso e a posição dos tribunais: a aplicação do Direito aos fatos

Dentre os problemas jurídico-processuais penais suscitados pelo caso, abordaremos aqueles que interessam diretamente à problemática do relatório. A começar pela questão da ilicitude penal da primeira gravação de voz realizada por RSF sem o consentimento do visado e sem autorização judicial, que foi disponibilizada aos órgãos persecutórios estatais quando os fatos foram levados ao conhecimento das autoridades, desencadeando-se o processo criminal. Essa gravação foi juntada e permaneceu anexada nos autos do processo criminal instaurado para apuração do crime de corrupção ativa. Contudo, foi tratada como ilegal pelos tribunais, e não foi valorada como prova no processo penal¹¹.

Em razão da tipificação do crime de gravações ilícitas, foi instaurado processo criminal contra RSF, autor da gravação, como incursão nas sanções do artigo 199.º, n.º 1, alínea *a*, do CP¹². Absolvido em 1.º Grau, por ter-se entendido que agiu ao abrigo do estado de necessidade, o Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), julgando recurso dessa decisão, concluiu pela ausência da invocada excludente de ilicitude, condenando RSF¹³.

Ao fundamentar sua decisão¹⁴, o TRL sustentou, resumidamente: 1) que RSF não agiu desconhecendo o caráter proibido e punido da sua conduta, diante da factualidade do caso concreto e da particularidade de ser advogado;

⁹ Ocorridos em 24 e 27 de janeiro de 2006.

¹⁰ A proposta consistia no pagamento da quantia de duzentos mil euros.

¹¹ Embora exista referência nas decisões dos tribunais que a gravação era ilegal, não tendo sido utilizado o seu conteúdo para fundamentar a condenação de DN no processo de corrupção, a gravação foi submetida, na fase de julgamento, à perícia pelo setor informático forense, para o fim de analisar as características do suporte digital, havendo menção, no Acórdão do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1, p. 82, que o resultado do exame confirmou a genuinidade, neste ponto, do depoimento de RSF.

¹² A denúncia não abrangeu a alínea *b* do dispositivo legal, referente à utilização da gravação.

¹³ Acórdão do TRL de 26-04-2012, Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9.

¹⁴ Acórdão do TRL de 26-04-2012, Processo n.º 914/07.7TDLSB.L1-9.

2) que RSF não foi confrontado com situação de perigo, que somente existiria se ele próprio o criasse, indo ao encontro do corruptor; 3) que RSF teria presumido os propósitos do corruptor e, mesmo assim, acolhido o convite para o encontro, munindo-se de gravador, razão pela qual teria criado intencionalmente o suposto perigo; 4) que o perigo não era atual e iminente, já que tudo foi atempadamente criado e programado por RSF; 5) que, não havendo perigo ou tendo este sido criado intencionalmente por RSF, não existiria “conflito entre bens jurídicos”, pressuposto necessário à configuração do tipo justificador; e 6) que não haveria superioridade do interesse a salvaguardar, uma vez que o “direito à palavra” e o “direito ao bom nome”, enquanto bens jurídicos pessoais que hipoteticamente conflituariam, não merecem diferente valoração, particularmente no caso concreto.

Interessa-nos, ainda, a alegação de impossibilidade de valoração, porque nulas e ilegais, de todas as provas obtidas por recurso à ação encoberta (incluindo-se, aqui, as gravações de conversas entre presentes), porquanto decorrente de gravação ilegal (efeito-à-distância da prova proibida) e de violação do segredo profissional do advogado, em vista do disposto no artigo 87.º da Lei n.º 15/2005 (Estatuto da Ordem dos Advogados – douravante, EOA), com referência ao artigo 208.º da Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP).

O TRL apreciou as questões suscitadas, julgando-as improcedentes. Sinteticamente, afirmou¹⁵: a) a legalidade da ação encoberta, na medida em que suportada em denúncia apresentada perante a PJ e confirmada por RSF em declarações acostadas aos autos, e não na gravação ilegal; e b) a ausência de violação do segredo profissional de advogado, porque o conhecimento dos fatos da acusação por RSF não advieio do exercício da atividade profissional, por ser mandatário do autor da ação popular, mas, sim, por ser irmão deste, o que o tornava intermediário privilegiado da proposta de corrupção. Nesses termos, as gravações realizadas pelo particular em colaboração aos órgãos persecutórios estatais foram valoradas como prova no processo penal, servindo de fundamento à condenação de DN pelo crime de corrupção.

15 Acórdão do TRL de 22-04- 2010 – Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1, que reproduz, em nota, a decisão proferida no Acórdão do mesmo Tribunal de 21-10-2008, pp. 88 e ss.

2. A VALORAÇÃO DE GRAVAÇÕES DE ÁUDIO REALIZADAS POR PARTICULARES COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1. A valoração das gravações de áudio produzidas exclusivamente por particulares

A questão da admissibilidade da valoração das provas obtidas ilicitamente por particulares marcou presença, desde o início, “no direito ‘clássico’ das proibições de prova”¹⁶. As proibições de prova¹⁷ representam mecanismos processuais de proteção de direitos fundamentais¹⁸, impondo limites à descoberta da chamada “verdade real ou material”, a qual não pode ser obtida a qualquer custo, mediante violação de direitos constitucionalmente protegidos e com desrespeito à garantia da dignidade da pessoa humana. As proibições de prova são, portanto, limitações autoimpostas pelo Estado ao conhecimento dos fatos dentro da investigação do processo penal¹⁹: a verdade material resta limitada às provas processualmente admitidas²⁰.

O direito processual penal é um verdadeiro direito constitucional aplicado²¹. Assim, as regras de proibição de prova encontram-se definidas em nível constitucional nos artigos 32.º, n.º 8, e 26.º, n.º 1, da CRP, e foram concretizadas pelo legislador ordinário no artigo 126.º do Código de Processo Penal (doravante, CPP) – ainda, no caso das gravações, no artigo 167.º do CPP.

A doutrina portuguesa dominante, de forma similar à alemã²², estabelece a clara distinção entre *proibições de produção de provas*²³, que seriam limitações ao

16 Costa Andrade, 2009-A: 127.

17 A obra precursora a tratar das proibições de prova é de Beling, intitulada *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess*, de 1903. Costa Andrade, 2006: 20; Correia, 1999-A: 108; Silva, G. 2010: 170-171.

18 Todas as proibições de prova são reconduzíveis à proibição de abusos contra os direitos fundamentais das pessoas. Silva, G. 2006: 41.

19 Beling, 2009: 6; Beling *apud* Ambos, 2009: 59.

20 Ambos; Lima, 2009: 38-63.

21 Henkel *apud* Costa Andrade, 2006: 12; Henkel *apud* Figueiredo Dias, 2004: 74. Vide, ainda: Antunes, 2009: 745; Sousa Mendes, 2004: 137.

22 Ambos, 2009: 64-66.

23 As proibições de produção de prova subdividem-se em três espécies: a) proibições de *temas probatórios* (*Beweisthemaverbote*) – impedem a obtenção de prova sobre determinados fatos, b) proibições de *meios probatórios* (*Beweismittelverbote*) – proibem a produção de meios de prova determinados, e c) proibições de *métodos probatórios* (*Beweismethodenverbote*) – impedem determinada forma de obtenção da prova. Ainda, classificam-se em *absolutas* e *relativas* (ou condicionais): as primeiras têm validade geral e imperativa; enquanto as segundas limitam a obtenção da prova a determinados requisitos e sujeitos. Sousa Mendes, 2004: 134-135; Roxin, 2012: 167-168; Costa Andrade, 2006: 90; Bertolo Rosa, 2010: 221-222.

modo de obtenção das provas, e *proibições de valoração de provas*, que impedem que determinados conhecimentos sejam objetos da sentença.

As regras de proibição de produção de prova, servindo à tutela dos direitos fundamentais e perseguindo fins de disciplina, dirigem-se às instâncias formais de controle, designadamente aos investigadores, Ministério Público e juiz de instrução, bem como aos sujeitos processuais e privados que atuem em colaboração com os órgãos persecutórios estatais²⁴.

No que respeita, por seu lado, à vinculação dos particulares às proibições de produção de prova, a doutrina é divergente: há quem defenda a vinculação, utilizando argumentos que vão desde a base constitucional e a prevalência da dimensão material-substantiva das proibições de prova à ausência de restrição expressa nos normativos legais²⁵; e quem sustente a não vinculação, sob o fundamento de que as proibições de produção de prova visam fins de disciplina (respeito dos direitos de liberdade), pelo que se dirigiriam preferencialmente aos órgãos de persecução penal estatais e aos demais sujeitos processuais, não se destinando aos particulares – que, por isso mesmo, não estão vinculados às normas do processo penal, salvo quando atuam sob ordens ou direção das instâncias formais de controle²⁶.

Aderimos ao entendimento de que os particulares não estão diretamente vinculados às regras processuais penais consagradoras das proibições de produção de prova, o que não significa dizer que não há limitações à obtenção de prova pelos privados. Nesse caso, o legislador remete-nos à tipificação dos ilícitos penais previstos no CP como tutela dos direitos fundamentais, de que é ilustrativo o normativo inserto no artigo 167.º do CPP.

Adentrando na questão das proibições de valoração da prova, o regime é unidimensional, aplicando-se indistintamente aos particulares e às instâncias formais de controle. Consustanciando a produção de prova atentado aos direitos fundamentais, não poderá ser valorada no processo penal, independentemente de ter sido obtida pelos órgãos estatais de persecução penal ou por particulares²⁷.

24 Sousa Mendes, 2004: 138-141.

25 Defendendo a vinculação dos particulares ao artigo 126.º do CPP, vide Costa Andrade, 2006: 197-198; Albuquerque, 2011: 335; Silva, G. 2010: 173; Bertolo Rosa, 2010: 232; Mendes, 2011: 26; Neves, 2011: 314-315.

26 Sousa Mendes, 2004: 138-141; Martins, 2010: 29.

27 A unidimensionalidade das proibições de valoração de prova prende-se “com a sua conotação substantiva das proibições de prova assente na matriz constitucional e, por outro lado, na necessidade

No que toca ao valor probatório das reproduções mecânicas (incluindo-se, aqui, as fonográficas, fotográficas, cinematográficas ou por meio de processo eletrônico), o legislador ordinário condicionou expressamente, no artigo 167.º, n.º 1, do CPP, a valoração à sua não ilicitude nos termos da lei penal. Assim, estabelecem-se consequências distintas quanto à valoração de dois tipos de gravações realizadas por particulares: as penalmente lícitas e as penalmente ilícitas, que merecem análise em separado.

2.1.1. Gravações penalmente ilícitas

A primeira apreensão a ser feita do artigo 167.º, n.º 1, do CPP é a impossibilidade de valoração das gravações que consubstanciem ilícito penal, nos termos do artigo 199.º do CP. A regra é, portanto, a inadmissibilidade de valoração das gravações obtidas ilicitamente por particulares no processo penal.

O regime estabelecido pelo artigo 167.º, n.º 1, do CPP revela a opção do legislador ordinário de recusar prevalência ao interesse punitivo estatal na ponderação (de interesses) suscetível de justificar a conduta de gravação ilícita, de modo a autorizar sua valoração no processo penal. Assim, resultaria afastada a possibilidade de o julgador português invocar o referido interesse para eliminar a ilicitude de uma conduta que preencha a factualidade típica do artigo 199.º do CP, conforme se tem verificado na experiência jurídica germânica, ainda que em caso esteja a criminalidade grave²⁸.

Não obstante, há casos em que, posto de lado o interesse persecutório estatal, a valoração da gravação penalmente ilícita é necessária à salvaguarda de bens jurídicos ou direitos constitucionalmente protegidos de outros particulares²⁹.

de preservação da integridade judicial, na medida em que não podem os Tribunais aproveitar uma prova manchada pelo atentado à dignidade da pessoa humana, nos termos do art. 32.º, n.º 8, da CRP conjugado com os artigos 1.º e 2.º, ambos da CRP.” Martins, 2010: 103. Em contrapartida, Muñoz Conde afirma que a valoração das provas obtidas mediante violação de direitos fundamentais admite muitas matizes, tendo em conta a pluralidade de situações que as técnicas podem ser utilizadas, o que dificulta uma manifestação unitária acerca da admissibilidade da sua valoração como prova no processo penal, advindo consequências distintas no que toca à valoração das provas audiovisuais produzidas pelos órgãos do Estado daquelas produzidas exclusivamente por particulares. Munoz Conde, 2007: 43

28 Costa Andrade, 1984: 614-616. Recorde-se que, na Alemanha, a jurisprudência e doutrina maioritária admitem a valoração de provas – nesse medida se excluindo a ilicitude penal – em hipóteses de interesse punitivo particularmente qualificado, nas hipóteses de manifestações mais extremadas da criminalidade grave. Vide Costa Andrade, 1984: 615.

29 Nesse sentido é o entendimento de Figueiredo Dias, 2004: 59; Costa Andrade, 1984: 616-617; Mata-Mouros, 2011: 317; os quais admitem a ponderação de interesses nos casos de gravações ilícitas para a salvaguarda de bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física ou a liberdade (v.g., quando apenas a valoração da gravação particular ilícita pode possibilitar a absolvição de um inocente).

e, acrescentamos, da própria comunidade. Nessas situações excepcionais, o julgador dificilmente poderá se furtar ao juízo de ponderação de interesses de natureza transprocessual.

2.1.2. Gravações penalmente lícitas: atípicas ou justificadas

A negação da ilicitude penal pode se dar, por primeiro, pela ausência de tipicidade, em razão da inexistência de lesão ao bem jurídico ou por não pertinência da lesão à área de tutela da norma incriminatória³⁰. Aqui tem lugar o acordo do portador do direito à palavra³¹, e assume relevo a construção da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, que tem recebido apoios credenciados na doutrina e jurisprudência, afirmando-se associada a incriminações dentre as quais se sobressai precisamente as gravações e fotografias ilícitas³². O ponto central desta construção é a repercusão no injusto penal da corresponsabilidade da vítima pelo sucedido, e nomeadamente se ela pode dar ensejo a exclusão do tipo ou da ilicitude³³.

No âmbito da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático referente às gravações ilícitas cabem dois grupos de casos de exclusão de relevância típica em virtude do comportamento da vítima. Um primeiro grupo trata de fundamentar a exclusão da responsabilidade penal em relação às gravações feitas (sem o consentimento) pelas vítimas de crimes de extorsão, injúrias, ameaças, coação; pelos receptores de propostas de corrupção; ou por aqueles incitados “à prática de comportamentos ilícitos ou eticamente censuráveis”³⁴.

Dogmaticamente, a construção encontra suporte nos limites imanentes dos direitos fundamentais, nomeadamente no ponto de que a sua tutela jurídica deve ater-se à expressão positiva, ganhando reforço a partir do pensamento vitimodogmático. Nesse sentido, defende-se que o comportamento censurável (porque ilícito, imoral, descuidado, etc.) da vítima das gravações “determina a perda da dignidade penal e a caducidade (*Verwirkung*) da proteção

30 Costa Andrade, 1984: 619.

31 Costa Andrade, 2012: 1211.

32 Costa Andrade, 2012: 1218.

33 Roxin, 2008-A: 562.

34 Costa Andrade, 2012: 1218-1219.

jurídica”³⁵. Assim, como afirma Rogall³⁶, em relação ao ordenamento jurídico alemão, declarações sobre crimes cometidos e declarações por meio das quais são praticados crimes não cabem no âmbito da tutela do direito à reserva da vida privada. Esse pensamento foi reconhecido pela jurisprudência alemã em decisões clássicas da década de sessenta, que ficaram conhecidas como o “caso do gravador” e o “primeiro caso do diário”³⁷, mas é contestado pela doutrina maioritária, que aponta a justificação como instância apropriada para enquadramento dogmático das soluções de não punibilidade dos autores das gravações³⁸.

De outro lado, num segundo grupo de casos, a redução teleológica do tipo é imposta pelo comportamento anterior do titular do direito à palavra, que agora reivindica a tutela penal, mas que vinha, antes disso e em outros contextos, autorizando, de forma mais ou menos sistemática, a gravação e divulgação da sua voz ou imagem³⁹.

Nos casos de exclusão da tipicidade, entendemos que, em razão de as gravações não incorrerem na censura da ilicitude penal, poderá haver uma ponderação mais aberta aos interesses que reclamam a sua utilização e valoração como prova no processo, não devendo excluir-se, de plano, sua admissibilidade quando estiverem em causa manifestações gravosas e intoleráveis de criminalidade⁴⁰.

De forma secundária, as gravações podem escapar à ilicitude penal por justificação (causas de justificação), apresentando-se, nesse ponto e sob o prisma doutrinal, complexa e insegura⁴¹. As dificuldades verificam-se pelo espectro relativamente ampliado de dirimentes (para além das clássicas excludentes⁴²,

35 Costa Andrade, 2012: 1219.

36 Rogall, 2010: 127.

37 No primeiro caso, “sustenta o BGH: ‘Também o direito à palavra falada vale naqueles limites: quem os ultrapassa ilicitamente renuncia ao domínio exclusivo sobre a sua palavra’ (*N/JW* 1960 1581). E no segundo: ‘o que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação’ (*N/JW* 1964 1143).” Costa Andrade, 2012: 1219.

38 Para aprofundar as críticas acerca da construção, Costa Andrade, 2012: 1219-1220; Martins, 2010: 55-56.

39 Para estudo mais detalhado, Costa Andrade, 2012: 1220.

40 Nesse sentido é também o entendimento de Costa Andrade, 1984: 619.

41 Costa Andrade, 2012: 1221.

42 As clássicas excludentes (legítima defesa, direito de necessidade, exercício regular de um direito etc.) não esgotam, nessa área, as possibilidades de justificação. Figueiredo Dias, 2011: 460-461.

invocam-se, aqui, novas causas⁴³, como adequação social, ponderação de bens ou interesses⁴⁴, salvaguarda de interesses legítimos⁴⁵ e situação-de-quase-legítima defesa⁴⁶); por uma dispersão doutrinal e, em menor escala, jurisprudencial quanto ao enquadramento dogmático de um grupo de ilícitos típicos ou de casos concretos de justificação (“o que uns justificam como legítima defesa fazem-no outros a coberto do direito de necessidade, da adequação social, da situação-de-quase-legítima defesa, etc.”⁴⁷), e por uma necessidade de aplicar as clássicas causas de justificação a novas expressões de comportamento penalmente relevante, e não aos tradicionais ilícitos típicos de homicídio, ofensas corporais, etc.

Refletidas na jurisprudência e na doutrina, há situações como as gravações efetuadas pela vítima de crimes de extorsão, coação, injúria, das conversas entabuladas com o agente; ou por receptores de propostas de corrupção; ou, ainda, preordenadas para contrariarem previsíveis comportamentos processualmente fraudulentos e ilícitos, que revelam em comum o comportamento ilícito (ou no mínimo eticamente censurável) da pessoa cuja palavra é gravada. Nesses casos, inobstante a dispersão quanto ao enquadramento dogmático da causa específica de justificação⁴⁸, impera o consenso entre a doutrina e a jurisprudência “de que o autor dessas gravações não deve ser criminalmente sancionado”⁴⁹.

Diante desse quadro, antes de recorrermos a novas excludentes de ilicitude, devemos explorar todas as virtualidades das causas já existentes. Assim, evidenciam-se, em sede de enquadramento doutrinário da exclusão da

43 O crime de gravações ilícitas constitui-se numa das incriminações mais estritamente associadas a tentativas doutrinárias e jurisprudenciais de afirmação de novos princípios e critérios de redução teleológica ou justificação. Costa Andrade, 2006: 243.

44 Costa Andrade, 2006: 258. Esse critério parece ter sido adotado no Acórdão da Relação de Coimbra de 15-01-1997, Relator: Oliveira Santos.

45 Para estudo aprofundado, vide Roxin, 2008-A: 779-787.

46 O conceito foi cunhado e introduzido por Larenz, em 1957; consagrado pelo BGH, em 1958; e desenvolvido detalhadamente por SUPPERT. Costa Andrade, 2006: 258-259.

47 Costa Andrade, 2012: 1222.

48 A maioria dos autores prefere “buscar em sede de (i)licitude a fundamentação sistemática da não punibilidade das gravações em causa”. Costa Andrade, 2006: 257.

49 Costa Andrade, 2006: 255.

responsabilidade penal, novos enfoques das tradicionais justificativas, como o “estado de necessidade defensivo”⁵⁰ e o “estado de necessidade probatório”⁵¹.

Entrementes, a qualificação da gravação não se comunica necessariamente ao momento seguinte da utilização, ou seja, a lícitude da gravação não implica a admissibilidade de sua valoração, como uma espécie de correlação à regra da proibição das gravações penalmente ilícitas⁵², em razão da interpretação dualista que se deve dar ao artigo 199º do CP. Segundo essa interpretação, a utilização da gravação sem o consentimento de quem de direito configura igualmente ilícito penal, ainda que, a seu tempo, as gravações tenham sido licitamente produzidas⁵³.

A valoração das gravações lícitas quando ausente o consentimento não é, contudo, inviável. Excluída a ilicitude penal da gravação, a existência e a extensão da proibição de valoração dessa gravação justificada estão diretamente associadas à configuração ou não de ilícito penal. A questão ganha relevo quando entre a gravação e a sua posterior utilização a situação alterou-se e não subsiste a justificação. Deixando de subsistir a excludente originária, há lugar para duas soluções distintas: a) a utilização da gravação não escapa à censura da ilicitude penal, e, como regra, não poderá ser valorada, sobrando a relativização da proibição mediante uma ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, nomeadamente nos casos de criminalidade mais gravosa; b) sobrevém causa de justificação diversa a permitir a utilização da gravação (*v.g.* “estado de necessidade probatório”).

A encerrar esse ponto, registramos que, no nosso entender, todas as hipóteses de gravações, sejam lícitas ou ilícitas, comportarão, com maior ou menor amplitude, valoração como prova no processo penal mediante uma ponderação dos interesses em causa no caso concreto.

50 Costa Andrade, 2012: 1224. Compartilhamos do entendimento de Figueiredo Dias no que toca ao fundamento do estado de necessidade defensivo reconduzindo-o ao estado de necessidade justificante (interventivo, agressivo): “o de conferir prevalência, numa situação complexa de conflito de bens e interesses, ao interesse que, numa consideração global da situação concreta, deva representar-se como o de maior valor”. Assim, ambas as figuras devem ser submetidas, no essencial, à regulamentação do artigo 34º do CP, sem se recorrer ao argumento de que o estado de necessidade defensivo constui-se em causa supralegal de justificação, como defendem alguns. Figueiredo Dias 2011: 463.

51 Costa Andrade, 2012: 1224.

52 Costa Andrade, 1984: 617-618.

53 Costa Andrade, 2012: 1209-1210.

2.2. A valoração das gravações feitas por particulares em colaboração aos órgãos persecutórios estatais

Quando estão em causa ações de particulares que atuam em colaboração ou sob a orientação dos órgãos estatais de persecução penal, o regime das proibições de produção e valoração de provas imposto aos órgãos estatais estende-se integralmente aos particulares.

Assim, no caso das gravações de áudio produzidas por privados em parceria com os órgãos persecutórios estatais, devemos ter em conta o regramento da interceptação das comunicações entre presentes, que constitui valioso meio de obtenção de prova e importante aliado no combate à criminalidade, mas que exige, em contrapartida, a restrição de direitos fundamentais do visado⁵⁴. Para sua efetivação, devem ser atendidos os requisitos legais comuns às escutas telefônicas, por força do disposto no artigo 189.º do CPP. Como o n.º 1 do artigo 189.º do CPP fala em “interceptação das comunicações entre presentes”, parecem excluídas da possibilidade de gravação as conversações do indivíduo consigo próprio, já que, nessa hipótese, não haveria “presentes” e nem mesmo comunicação.

Diante da extensão do regramento das escutas telefônicas às interceptações de conversações entre presentes, somente um determinado catálogo de delitos – previstos no artigo 187.º, n.ºs 1 e 2, do CPP (dentre os quais se inclui o crime de corrupção por ato ilícito) – admite o manejo desse meio de prova, mediante prévia autorização judicial e nos demais termos dos artigos 187.º e 188.º, ambos do CPP. Ainda, a Lei n.º 5/2002, que dispõe sobre medidas de combate à criminalidade organizada e econômico-financeira, prevê a possibilidade de registro de voz e imagem, sem consentimento do visado (artigo 6.º), em relação aos crimes elencados no artigo 1.º, onde se insere a corrupção ativa (artigo 1.º, n.º 1, e).

Para além disso, em razão da referida extensão o legislador parece ter descurado da referência expressa aos espaços físicos em que podem ocorrer as interceptações das conversações entre presentes: enquanto as conversações telefônicas se dão em espaço previamente delimitado, as conversações entre presentes podem ocorrer em qualquer espaço físico, inclusive no âmbito

54 Costa Andrade aborda as vantagens e a danosidade social dos métodos ocultos de investigação, incluindo-se as gravações não consentidas e ocultas de conversas entre presentes. Costa Andrade, 2009-b: 525-555.

domiciliar. Essa problemática não será aprofundada neste relatório⁵⁵, assim como não será a questão da delimitação do conteúdo do que é “essencial”, “intimidade” e “privacidade”⁵⁶, porquanto temas que dariam ensejo à elaboração de outro(s) relatório(s).

Não podemos deixar, contudo, de referir que em sendo as conversações entabuladas em espaços públicos e/ou acessíveis a outras pessoas, não há violação da intimidade ou privacidade dos interlocutores, na medida em que a livre opção pelo local público ou aberto ao público implica na ausência de controle do acesso à conversa. Nos lugares abertos ao público que ofereçam espaços privativos, entendemos que, com prévia autorização judicial, será possível a gravação de conversas entabuladas nesses locais⁵⁷, ante a normatividade do artigo 189.º, n.º 1, do CPP, e a ausência de regulação específica sobre a hipótese.

Por fim, fazemos referência (ainda que sintética) à utilização de particulares pelos órgãos estatais para, mediante engano ou indução do investigado em erro, obterem (e gravarem) a confissão da prática de delitos. Caso assim ocorreu na Alemanha⁵⁸, oportunidade em que o Pleno do *Bundesgerichtshof* (doravante, BGH – Supremo Tribunal Federal de Justiça Alemão) afirmou que a proibição que estabelece o § 136 a) do *Strafprozessordnung* (doravante, StPO – Código de Processo Penal Alemão) de que se utilize de engano para obter a autoincriminação, somente é aplicável quando os próprios agentes dos órgãos persecutórios estatais empreguem-no diretamente, e não quando um particular, ainda que seguindo instruções da polícia, entabule conversa com o investigado e consiga manifestações que o incriminem. Analisando o caso, Roxin sustenta

55 Nesse ponto, necessário o estudo do sistema alemão, onde as escutas em domicílios particulares são chamadas “grandes escutas” (*Großer Lauschangriff*). Roxin, 2008: 85 e ss. E as gravações de conversas entre presentes podem ter lugar dentro de casa, fala-se de “grande devassa” (*grosse Lauschangriff*); ou fora de casa (*kleine Lauschangriff*). Costa Andrade, 2009b: 535.

56 Sobre essa problemática, também revela-se imprescindível a análise da jurisprudência e da doutrina alemã. Acerca da teoria das esferas, dificilmente haverá uma área com proteção tão intensa e absoluta que se sobreponha a todos os demais valores da ordem jurídico-constitucional, não admitindo qualquer violação. Por outro lado, é difícil configurar cada uma das esferas como compartimentos estanques sem inter-relação. Correia, 1999b: 48 (nota 12).

57 Nesse aspecto, há caso ocorrido em Madrid, em 1994, referente à colocação de aparato de gravação dentro de casa de banho pública, onde ocorriam transações de tráfico de estupefacientes. O Supremo Tribunal decidiu que mesmo no espaço fechado, individual, de uma casa de banho, é possível a colocação de aparelhos para gravação de conversações, desde que precedida de autorização judicial. Muñoz Conde, 2007: 63.

58 No caso, a polícia fez com que um amigo íntimo chamassem por telefone o investigado e, por meio da conversa, obtivesse sua confissão acerca da participação em crime (o que poderia ter se dado mediante a gravação de uma conversa entre presentes). A conversa era ouvida pela polícia num segundo telefone.

que o princípio *nemo tenetur* não somente proíbe a coação para declarar, como também pretende proteger o imputado de uma autoincriminação induzida pelo Estado por meio de erro⁵⁹. Aprioristicamente, parece correta a posição de Roxin. Não obstante, tendo em conta as diferentes matizes que podem ser apresentadas num caso concreto, a solução parece perpassar sempre pela ponderação dos interesses envolvidos, à luz do princípio da proporcionalidade.

2.3. A peculiaridade de o autor da gravação (particular) ser advogado

O fato de o particular autor da gravação de áudio ser advogado agrega peculiaridade ao caso, suscitando algumas questões específicas no âmbito penal, processual penal e na seara administrativo-disciplinar, ante a normativa deontológica da Ordem dos Advogados, nomeadamente o disposto no artigo 87.º da Lei n.º 15/2005 (EOA) que dispõe sobre o segredo profissional⁶⁰.

No processo criminal instaurado para apuração do crime de corrupção no caso “Bragaparques”, alegou-se violação de segredo profissional⁶¹ em razão de RSF ser mandatário da ação popular e pertencer a mesma sociedade profissional da advogada que patrocinava os interesses de DN na mesma ação. Entendemos que andaram bem os tribunais portugueses, assim como o Conselho Deontológico da Ordem dos Advogados – numa primeira decisão⁶², ao não reconhecerem esta violação⁶³ em específico.

59 Roxin *apud* Muñoz Conde, 2008: 34.

60 O Código Deontológico dos Advogados da Comunidade Europeia (CCBE) consagra, no princípio geral 2.3.1., que o “segredo profissional é reconhecido como o direito e o dever primeiro e fundamental do Advogado”. Dispõe, ainda, o CCBE que “(...) é da essência da missão do advogado que ele seja depositário de segredos do seu cliente e destinatário de informações confidenciais. Sem a garantia de confidencialidade não pode haver confiança. O segredo profissional é, assim, reconhecido como direito e o dever primeiro e fundamental do advogado (...).” Além disso, o sigilo profissional tem tutela penal no artigo 195.º do CP.

61 A violação de segredo profissional foi alegada no processo criminal referente ao crime de corrupção, e no âmbito disciplinar no Processo n.º 1065/2006 e Apenso 36/2008 do Conselho de Deontologia de Lisboa da Ordem dos Advogados.

62 Decisão proferida na 4.ª Secção do Conselho de Deontologia de Lisboa, em 15-12-10, no Processo n.º 1065/2006 e Apenso 36/2008, em que foi determinado o arquivamento dos autos, por inexistência de infração disciplinar.

63 A questão ainda está em apreciação na Ordem dos Advogados de Lisboa, sendo que o Conselho Superior da Ordem, 3.ª Secção, em decisão proferida em 08-07-2011, nos autos do Processo n.º 160/2011-CS7R, julgou parcialmente procedente recurso interposto pela advogada RM contra a decisão proferida na 4.ª Secção do Conselho de Deontologia de Lisboa, em 15-12-10, no Processo n.º 1065/2006 e Apenso 36/2008, ordenando o prosseguimento do processo com o proferimento de despacho de acusação contra o arguido. Na acusação formalizada, atribui-se a RSF a violação culposa de inúmeros normativos legais, inviabilizando-se, aqui, a análise de cada uma das violações alegadas, sob pena de excessivo alargamento do âmbito da problemática do presente relatório.

Na hipótese, o conhecimento dos fatos da acusação pelo advogado RSF efetivamente não adveio do exercício da sua atividade profissional, e sim por ser irmão do político visado pelo ato de corrupção, o que o tornava intermediário privilegiado da proposta corruptiva. Dentre os argumentos que dão sustentabilidade a essa afirmação, tendo em conta os fatos dados como provados no processo, destacamos que o corruptor, em momento algum, propôs um acerto lícito acerca da ação popular (que demandaria a atuação profissional do particular), e suas reivindicações ultrapassavam as questões judiciais – que seriam da alçada do profissional –, já que o corruptor desejava uma manifestação pública do vereador quanto à regularidade dos negócios da sua empresa. Para além dessas questões angulares, poderíamos argumentar que se o corruptor efetivamente objetivasse tratar com os mandatários da ação popular (RSF não era o único), teria, por primeiro, solicitado a intervenção e intermediação da sua advogada (mas, pelo contrário, preferiu deixá-la alheia às tratativas com RSF); por segundo, teria marcado a reunião com todos os mandatários da ação popular, e não apenas com o irmão do político; e, por fim (até mesmo para sua própria precaução, fosse lícito o seu intento), teria marcado a reunião no escritório profissional do particular, em dia laboral, e não num domingo, num bar de hotel.

Não olvidamos que nem sempre se revela tarefa fácil a fixação da fronteira entre a vida privada e profissional do particular, mas não podemos concordar com a afirmação categórica de que a atividade profissional aniquila a vida privada do agente. No caso tratado, parece evidente que o fator determinante para que o corruptor contatasse com RSF foi seu grau de parentesco com JSF. Essa era a condição que o tornava intermediário qualificado da proposta de corrupção, e foi por essa mesma condição – da vida privada – que ele atuou como agente encoberto.

Situação diversa ocorre quando o particular estiver na atuação profissional. Nesses casos, para além da questão da violação de segredo profissional, as hipóteses de valoração de eventual gravação produzida serão drasticamente reduzidas⁶⁴. Em regra, aliás, será inviável a valoração de gravação produzida por

⁶⁴ Nesse ponto merece referência o n.º 4 do artigo 87.º do EOA, que estabelece que “o advogado pode revelar factos abrangidos pelo segredo profissional, desde que tal seja absolutamente necessário para a defesa da dignidade, direitos e interesses legítimos do próprio advogado ou do cliente ou seus representantes, mediante prévia autorização do presidente do conselho distrital respectivo, com recurso para o Bastonário, nos termos previstos no respectivo regulamento.” E o n.º 5 do normativo que dispõem que “os actos praticados pelo advogado com violação de segredo profissional não podem fazer prova em juízo.”

advogado, quer exclusivamente, quer em colaboração com os órgãos de persecução penal (*v. g.*, gravação de confissão de crime por um cliente). A impossibilidade de valoração não pode ser, contudo, peremptória: há sempre considerar a possibilidade de uma ponderação de bens e interesses, mormente nos casos em que imprescindíveis à salvaguarda de direitos fundamentais de outros indivíduos, quando em causa criminalidade gravíssima. Consideremos a hipótese de um advogado gravar o planejamento por seu cliente de ato terrorista que resultará a morte de várias pessoas. Nesse caso, para a salvaguarda da vida das pessoas, entendemos possível a utilização/valoração da gravação, ainda que ilicitamente obtida e com violação do segredo profissional.

Para finalizar, tendo em conta que a valoração das gravações de áudio produzidas por privados está diretamente vinculada à questão da sua (i)lícitude, ponderamos que a presunção de amplo conhecimento jurídico do advogado (inclusive das condutas caracterizadoras de ilícitos penais e das respectivas causas de justificação) não é absoluta. Isso porque as normas jurídicas permitem, como regra, interpretações diversas – daí a existência de questões jurídicas com sérias divergências doutrinárias e jurisprudenciais. Assim, uma determinada conduta pode ser interpretada por alguns como ilícita e, por outros, como justificada. Tal afirmação encontra eco no próprio caso “Bragaparques”, em que o julgador de 1.º Grau considerou justificada a conduta do advogado, enquanto o TRL, apreciando os mesmos fatos, entendeu pela inexistência da excludente. Nesse contexto, não podemos confiar mais nas regras de experiência do que na averiguação do real-concreto: “a prova é particularística, sempre”⁶⁵. Embora as regras de experiência estejam colocadas no mesmo plano (e até mesmo antes), pelo CPP, em relação à livre apreciação da prova, o pilar principal, inegavelmente, é a livre convicção da entidade competente. Assim, não se pode afirmar de forma peremptória que um advogado (ou pessoa com comprovada formação jurídica) jamais poderá se equivocar, por exemplo, ao interpretar os limites – ou mesmo a incidência – de uma causa de justificação.

2.4. O efeito-à-distância da prova proibida

A questão do efeito-à-distância⁶⁶ das proibições de prova foi inicialmente tratada pelo direito norte-americano, no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United*

⁶⁵ Sousa Mendes, 2010.

⁶⁶ A expressão “efeito-à-distância” consiste na tradução portuguesa consagrada da palavra alemã *Fernwirkung*. Correia, 1999-A: 137; Sousa Mendes, 2013. Também denominado de tele-efeito ou efeito remoto. Morão, 2006: 576.

*States*⁶⁷, em 1920, por meio da conhecida *fruit of the poisonous tree doctrine*⁶⁸, onde se fixou que o vício da prova proibida primária propaga-se aos seus frutos, determinando a impossibilidade de utilização e valoração das provas secundárias⁶⁹.

O efeito remoto das proibições de prova não é, contudo, absoluto, admitindo exceções (consagradas paralelamente à sua criação e evolução⁷⁰), dentre as quais se destacam: (1) a *independent source exception* (exceção da fonte independente)⁷¹ – consagrada no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*⁷², consoante a qual sempre que a prova secundária puder ser obtida por via autônoma e legal, independentemente da prova originária viciada, ela poderá ser admitida no processo penal⁷³; (2) a *attenuated connection* (conexão atenuada), afirmada no caso *Nardone v. United States*⁷⁴, segundo a qual as provas derivadas poderão ser admitidas no processo penal se a conexão entre as provas tiver tornado-se tão atenuada que tenha possibilitado dissipar a mácula, o vício⁷⁵; (3) a exceção *but for* (“a não ser”), originada do caso *Wong Sun v. United States*⁷⁶, a qual dispõe que não basta sustentar que todas as provas são frutos da árvore envenenada simplesmente porque não teriam sido descobertas não fosse as ações ilegais

67 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L.Ed. 319 (1920). O caso envolve sonegação do pagamento de tributos federais pela sociedade comercial *Silverthorne Lumber*. No combate à fraude, agentes federais teriam apreendido, de forma ilegal, documentos nas instalações da empresa. A Suprema Corte decidiu que o conhecimento obtido pelo Estado, por meios ilícitos, não pode ser, por si, utilizado da maneira pretendida. O termo “frutos da árvore envenenada” foi utilizado, contudo, pela primeira vez, no caso *Nardone v. United States*, em 1939. Kamisar, 2002: 764.

68 Também conhecida como *taint doctrine* (doutrina da mácula). Sua equivalente germânica é denominada *Makel Theorie* (teoria da mácula).

69 Costa Andrade, 1984: 581-582; Costa Andrade, 2006: 170-171; Morão, 2006: 577.

70 Morão, 2006: 577; Sousa Mendes, 2013.

71 A exceção da fonte independente foi reafirmada no caso *Murray v. United States*, de 1988 – 487 U.S. 533, 108 S.Ct. 2529, 101 L.Ed.2d 472 (1988). Sousa Mendes, 2013; Thaman, 2011: 696.

72 251 U.S. 385. (1920). Thaman, 2011: 695.

73 LaFave, 2004 (vol. 6): 261; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

74 308 U.S. 338, 60 S.Ct. 266, 84 L.Ed. 307 (1939). Sousa Mendes, 2013; Thaman, 2011: 696.

75 LaFave, 2004 (vol. 6): 256; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

76 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed.2d 441 (1963). Nesse caso, o arguido confessou os fatos após uma detenção ilegal, mas só o fez depois de ter sido posto em liberdade, tendo, na sequência, regressado voluntariamente à esquadra para confessar o crime. Diante dessa confissão, o Supremo Tribunal dos EUA decidiu que ela não estava contaminada pela prévia detenção ilegal, embora tenha reconhecido que *Wong Sun* não teria confessado os fatos se não tivesse sido detido. LaFave, 2004 (vol. 6): 258; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

da polícia⁷⁷; (4) a *inevitable discovery exception* (descoberta inevitável), fixada no caso *Nix v. Williams*⁷⁸, que trata de uma variação da “fonte independente”, diferindo desta na medida em que não exige que os órgãos de polícia tenham, de fato, “obtido as provas também através de uma fonte autónoma e legal, mas apenas que tivessem podido, hipoteticamente, fazê-lo, como foi esclarecido no caso *State v. Boll*, de 2002”⁷⁹; (5) a *good faith exception* (exceção da boa-fé), assente nos casos *United States v. Leon* (1984)⁸⁰, *Massachusetts v. Sheppard* (1984)⁸¹, *O.J. Simpson* (1994)⁸² e *Herring v. United States* (2009)⁸³, conforme a qual a prova supostamente ilícita é considerada legítima e válida quando o agente policial responsável pela sua obtenção tenha agido de boa fé, acreditando equivocadamente que o seu agir estava respaldado pela lei⁸⁴.

Na jurisprudência portuguesa, o efeito remoto foi reconhecido pela primeira vez, em 1993, pelo Tribunal Judicial de Oeiras (Sentença do 3.º Juízo, de 05-03-1993, Proc. n.º 777/91, 2.ª Secção), sendo, a partir de então, consagrado em vários julgados, bem como a necessidade de se lhe impor restrições. Ambas as questões foram analisadas pelo Tribunal Constitucional, merecendo referência o conhecido Acórdão n.º 198/2004, de 24-03-2004 (Moura Ramos), cujo entendimento foi confirmado na Decisão Sumária do TC n.º 13/2008, de 11-01-2008⁸⁵.

77 LaFave, 2004 (vol. 6): 258; LaFave *apud* Sousa Mendes, 2013.

78 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

79 Sousa Mendes, 2013. A jurisprudência tem fixado limites à exceção da ‘descoberta inevitável’, sendo que, no próprio caso *Nix v. Williams*, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu que a exceção só teria aplicabilidade se a acusação demonstrasse, com grau de probabilidade superior a 50% (*preponderance of the evidence*), que a informação teria sido inevitavelmente descoberta por meios legais. Sousa Mendes, 2013.

80 468 US 897 at 918-25. Thaman, 2011: 696.

81 Anyfantis, 2008: 86.

82 Anyfantis, 2008: 87; Ávila, 2007: 155-160.

83 000 U.S. 07-513. Na decisão proferida em 14-01-2009, aprovada com cinco votos, com a discordância de quatro. Gomes de Sousa, 2010: 29.

84 Stephen C. Thaman elenca, ainda, como exceção a *exigent circumstances (Danger in Delay)*, a qual, segundo o autor, é universalmente reconhecida (prevista, inclusive, nas Constituições Alemã e Italiana), alertando que ela pode ser facilmente abusada, razão pela qual se deve buscar limitar a sua utilização como forma de prevenir sua manipulação. Para estudo detalhado: Thaman, 2011: 709-710. Na Alemanha, a doutrina maioritária aceita “a ideia dos ‘percursos de investigação hipotéticos’ (*hypothetische Ermittlungsverläufe*) como limitação do efeito-à-distância (*Fernwirkung*)”, havendo casos de reconhecimento na jurisprudência. Sousa Mendes, 2013.

85 Sousa Mendes, 2013.

No que toca à base legal do efeito-à-distância das proibições de prova no direito português, Helena Morão entende desnecessário o recurso à norma do art. 122.º, n.º 1, do CPP, bastando o fundamento constitucional consagrado no art. 32.º, n.º 8, da CRP⁸⁶. Nessa linha é o entendimento atualizado de Paulo de Sousa Mendes, que em escritos anteriores amparava o efeito-à-distância das proibições de prova no art. 122.º, n.º 1, do CPP, sustentando atualmente que esse dispositivo pode servir de argumento *a fortiori*, pois reconhecendo o tele-efeito das nulidades processuais quando está em causa, por exemplo, a violação de formalidades de prova, com mais razão deve assim proceder quando houver violação de direitos de liberdade⁸⁷.

3. A VALORAÇÃO DAS GRAVAÇÕES AUDIOVISUAIS CAPTADAS POR PARTICULARES NO DIREITO COMPARADO

3.1. Estados Unidos da América

Na temática das proibições de prova, o sistema estadunidense é de referência obrigatória, seja porque as regras de exclusão lá tiveram origem, seja porque têm influenciado a jurisprudência e a legislação de vários outros países⁸⁸.

As *exclusionary rules*, na medida em que se apóiam em precedentes, próprios do sistema da *common law*, são decorrentes de construções jurisprudenciais da Suprema Corte Americana a partir de casos concretos (*Judge male rule*), em razão de atuações policiais irregulares violadoras das Emendas (ou Aditamentos, na melhor tradução) à Constituição IV, V, VI e XIV. Possuem, portanto, caráter fragmentário, sem regulação legal específica⁸⁹.

A regra de exclusão originou-se a partir da Quarta Emenda, criando um sistema de proteção à privacidade das pessoas contra as intromissões ilegítimas e abusivas do Estado nas atividades de investigação e persecução de crimes. A verdadeira aparição⁹⁰ da regra de exclusão ocorreu em 1914, no caso *Weeks*

⁸⁶ Morão, 2006: 596-601.

⁸⁷ Sousa Mendes, 2013.

⁸⁸ Ávila, 2007: 132.

⁸⁹ Kamisar, 2002: 801-803. Vide, também, Tharman, 2011: 695.

⁹⁰ O preceito da aludida Emenda foi pouco explorado até 1886, quando, no caso *Boyd v. United States*, a Suprema Corte afirmou que o exame forçado de papéis relacionados com a prática de crime violava a 4.^a Emenda e que, por isso, não podiam ser admitidos como prova. Contudo, em 1904, no caso *Adams v. New York*, a Corte Suprema deixou de aplicar o precedente *Boyd* e reafirmou a admissibilidade dos meios de prova sem averiguação da forma de sua obtenção. Ávila, 2007: 135.

v. *United States*. Tratava-se de procedimento penal, em curso perante tribunal federal de 1.^a instância (*District Court*), no qual agentes da polícia federal e estadual, em cooperação, haviam interceptado a correspondência e outros documentos do investigado, sem autorização judicial. O tribunal entendeu que houve violação à Quarta Emenda e, por isso, os documentos não poderiam ser utilizados, devendo ser excluídos. Não obstante, estendeu a regra de exclusão apenas aos agentes federais, deixando o regramento das condutas dos agentes estaduais à legislação correlata⁹¹, criando, assim, a ironicamente conhecida “teoria da bandeja de prata” (*silver plate doctrine*). Restava, assim, possível a admissão, em juízos federais, das provas obtidas por agentes estaduais em violação à Décima Quarta Emenda, caso não houvesse previsão da regra de exclusão na legislação estadual – na medida em que não estariam obrigados a respeitar a legislação federal⁹².

A plena incidência da regra de exclusão aos Estados Federados ocorreu no caso *Mapp v. Ohio* (1961)⁹³, em que a Suprema Corte afirmou que a prova ilícita obtida por agentes federais ou estaduais era invariavelmente inadmissível, elevando a regra de exclusão ao nível constitucional, apesar de não estar expressamente prevista na Lei Maior. A partir daí, a Suprema Corte passou a estender a regra de exclusão às lesões à Quinta⁹⁴ e à Sexta⁹⁵ Emendas.

Do exposto, extraímos que as regras de exclusão possuem uma finalidade precípua preventiva em relação à atividade investigativa dos órgãos oficiais de

91 A exceção do Estado Federado de Iowa, que foi o primeiro a criar uma regra de exclusão, os demais não possuíam vedações à admissão das provas ilícitas. Ávila, 2007: 136.

92 Há outras decisões importantes a partir do precedente *Weeks*: o caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (1920), que estendeu a proteção da Quarta Emenda às pessoas jurídicas e desencadeou a criação da *fruit of the poisonous tree doctrine*; o caso *Amos v. United States* (1921), que ampliou a inadmissibilidade dos documentos apreendidos para, também, objetos apreendidos ilicitamente; o caso *Byars v. United States* (1927), em que houve mitigação (embora ainda não revogação) dos efeitos da “teoria da bandeja de prata”, afirmando que quando os agentes estaduais são executores materiais de ações dirigidas por agentes federais, a elas se aplica a regra de exclusão; o caso *Wolf v. Colorado* (1949), que marca a transição da Corte à tendência de estender a regra para os Estados; e o caso *Elkins v. United States*, em que houve a revogação da “teoria da bandeja de prata” pela Corte Suprema. Ávila, 2007: 136-139. Para uma análise sistêmica das diversas decisões da Suprema Corte nessa área, vide Kamisar, 2002.

93 Kamisar, 2003: 121; Ávila, 2007: 140.

94 O destacado desenvolvimento da regra de exclusão na Quinta Emenda deu-se com o caso *Miranda v. Arizona* – 384 US 436 (1966). Cf. Thaman, 2011: 695 e 711-713.

95 No que se refere à Sexta Emenda, no caso *Gideon v. Wainwright* (1963), a Corte Suprema decidiu a necessidade de incorporação dessa emenda (direito à assistência por advogado) aos Estados Federados, por meio da Décima Quarta Emenda (garantia do devido processo), estabelecendo-se, assim, a obrigatoriedade de os Estados disponibilizarem advogado dativo aos acusados pobres.

persecução, e um efeito dissuasor (*o deterrence effect*), já que visam desencorajar condutas policiais ilícitas na obtenção de provas⁹⁶, sob pena de imprestabilidade do elemento de prova colhido em afronta às regras aplicáveis. Para além disso, afirma-se o imperativo da integridade judicial⁹⁷ (os tribunais não podem se tornar cúmplices da desobediência da Constituição).

Em razão dos seus fins de disciplina, as regras de exclusão dirigem-se aos órgãos estatais de persecução penal, e não aos particulares. Nesse tocante, merece referência o caso *Burdeau v. McDowell*⁹⁸, de 1921, em que o tribunal afirmou que a *exclusionary rule* não se aplicava a particulares que tivessem logrado obter a prova.

Em transposição, no caso “Bragaparques”, a gravação inicial procedida por RSF seria valorada como prova no processo penal pelos tribunais americanos, já que adquirida de forma autônoma por um particular.

3.2. Alemanha

No direito alemão, as proibições de prova (*Beweisverbote*) são alicerçadas a partir de direitos individuais de índole material, presentes na *Grundgesetz* (doravante GG – Constituição da República Federal Alemã) de 1949, notadamente a intangibilidade da dignidade do homem (artigo 1.º), o livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2.º), o sigilo das correspondências e comunicações (artigo 10.º), e a inviolabilidade do domicílio (artigo 13.º). Assim, priorizam a vertente substantiva dos direitos fundamentais, de modo que outras finalidades, como a lisura da atuação dos órgãos de persecução, são apenas indiretamente reguladas, de forma complementar.

Em razão da sua finalidade primordial, as *Beweisverbote* possuem leque amplo de destinatários, não se limitando às instâncias formais de controle, e abrangendo, também, os particulares. O BGH já decidiu que as proibições de prova alemãs vinculam o Estado e qualquer pessoa no domínio do tráfico jurídico privado⁹⁹.

96 Kamisar, 2003: 121; Gomes de Sousa, 2010: 27; Mendroni, 2010: 145.

97 Mendroni, 2010: 145; Gomes de Sousa, 2010: 27.

98 Nesse caso, *Joseph A. Burdeau* aposou-se de livros e documentos de *J. C. McDowell*, mediante invasão do seu escritório particular, violação de cofres privados e, bem assim, de gavetas de secretaria trancadas, tendo-os entregue às autoridades estatais.

99 Costa Andrade, 2006: 141. Destacamos que os julgados do BGH que persistem como *leading cases* em matéria de proibições de prova – o *caso do gravador* e o *primeiro caso do diário* (decidido a 21 de Fevereiro de 1964) recaíram sobre provas obtidas por particulares. No mesmo sentido a decisão do BGH

O sistema processual penal alemão, concretizando a Constituição Federal, estabelece uma regulamentação sistemática das proibições de prova, destacando-se o artigo 136.^o a) do StPO, que trata diretamente dos “métodos proibidos de prova”, prevendo um patamar jurídico mínimo de garantia contra violações às liberdades individuais.

Na doutrina alemã, é cada vez mais aceita a distinção formal entre *proibições de produção de provas* (*Beweiserhebungsverbote*)¹⁰⁰ e *proibições de valoração de provas* (*Beweisverwertungsverbote*)¹⁰¹. Dessa diferenciação emerge a conclusão de que a violação de uma proibição de prova, embora indique, não implica, forçosamente, a proibição de utilização dessa prova. Daí decorre o denominado princípio de abstração ou separação¹⁰², que, por sua vez, dá lugar à distinção entre proibições de utilização de prova dependentes e independentes: as primeiras decorrem do desacato de uma proibição de produção de prova; já as segundas originam-se de uma violação direta e objetiva de normas constitucionais, de forma independente¹⁰³.

No que respeita às proibições de valoração da prova, para além das expressamente previstas no StPO, existem proibições de utilização de provas em leis especiais, e também não-expressas em lei, as quais se baseiam numa fundamentação material que remete à indagação do objeto das proibições de prova¹⁰⁴.

de 31.01.1973 (caso em que um casal gravou secretamente uma conversa com um terceiro, na qual restava evidenciada uma fraude fiscal, tendo posteriormente entregue a gravação às autoridades), que permitiu ao Tribunal a elaboração da *teoria dos três graus ou três esferas*. Costa Andrade, 2006: 155 e ss.

100 Alguns limites legais impõem-se à livre obtenção de provas, sendo consideradas inadmissíveis: a) determinados temas de prova (*die Beweismaterverbote*); b) certos meios de prova (*die Beweismittelverbote*); certos métodos de obtenção de prova (*die Beweismethodenverbote*); e d) provas produzidas sem autorização da autoridade competente (*die relativen Beweisverbote*). Roxin, 2012: 167-168.

101 Gössel, 1992: 399; Roxin, 2012: 167-173; Ambos; Lima, 2009: 85. A necessidade dessa distinção é defendida, dentre outros, por Amelung *apud* Costa Andrade, 1992: 145, nota 24, que sustenta que o Estado “veria a sua pretensão punitiva posta em perigo ou mesmo pura e simplesmente precludida sempre que, em nome da proibição da valoração, se lhe pudesse retirar das mãos um meio de prova de que poderia prevalecer-se para condenar um delinquente”. E, assim, “ao mal já produzido pela irregularidade processual acrescer-se-ia “um novo mal, agora pela vía da proibição de valoração e que acabaria por atingir a comunidade”. Frise-se, ainda, que, enquanto a maioria da doutrina utiliza os termos valoração e utilização como sinônimos, Mata-Mourós refere que no direito alemão há proibições de produção de prova, de valoração de prova e de utilização de prova, distinguindo as proibições de valoração das proibições de utilização. Mata-Mourós, 2011: 309.

102 Jäger *apud* Ambos; Lima, 2009: 87.

103 Ambos; Lima, 2009: 87.

104 Em relação a esse ponto, várias teorias disputam a solução correta à problemática. Destacam-se, aqui, a teoria do âmbito ou círculo de direitos (*Rechtskreistheorie*), a doutrina do fim de proteção da norma (*Schutzzwecklehre*), e a teoria da ponderação (*Abwägungslehre*). V. Ambos; Lima, 2009: 102-109; Mata-Mourós, 2011: 308-370.

Tendo em conta o caso concreto objeto de estudo, a primeira consignação a ser feita é que, no direito germânico, os particulares estão vinculados ao regime das *Beweisverbote* (proibições de prova). A segunda, é que a codificação penal germânica tipifica a violação do direito à palavra reconduzido à sua confidencialidade, nos termos do § 201. Assim, a valoração das gravações de áudio produzidas por particulares dá-se com base na disciplina das proibições de valoração de prova do processo penal alemão, com a possibilidade da incidência da teoria da ponderação, num sopesamento das circunstâncias e interesses do caso concreto, incluindo-se o interesse persecutório estatal.

Com efeito, na esteira dos ensinamentos de Gössel, quer no que toca às proibições de prova atinentes à área da investigação relacionada com os atentados aos direitos fundamentais, ou às violações dos princípios fundamentais do processo, ou, ainda, às infrações dos demais preceitos que regulam a produção da prova, “é fundamentalmente a ponderação entre os interesses comunitários da perseguição penal e os interesses do arguido” que decide sobre a existência de uma proibição de valoração da prova, exceto se esta já é expressamente ditada pela própria lei, como ocorre, por exemplo, no caso do n.º 3 do § 136 a) da StPO. Procura-se determinar a gravidade da violação ou ainda apelar à ponderação como critérios complementares das proibições de valoração probatória¹⁰⁵.

Em resumo, no direito alemão, a valoração da prova acaba por depender da ponderação a fazer entre o sacrifício do bem jurídico do particular e o interesse público na perseguição penal. Assim, no caso “Bragaparques”, a decisão acerca da possibilidade (ou não) de valoração da prova produzida exclusivamente pelo particular perpassaria pela ponderação dos interesses envolvidos na situação.

3.3. Espanha

A Constituição Espanhola reconhece, no seu artigo 18.1, os direitos fundamentais à intimidade¹⁰⁶, à honra e à própria imagem. O CP espanhol, no artigo 197.1, tipifica a conduta de quem, “para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales” (inciso 1.º), “o intercepta sus telecomunicaciones o utilice artificios

105 Gössel, 1992: 410.

106 O direito à intimidade, enquanto bem jurídico independente, não tinha sido objeto de tutela jurídica por parte dos Códigos Penais anteriores à reforma do CP espanhol de 1995 (Lei Orgânica 10/1995).

técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación” (inciso 2.º)¹⁰⁷. Diante do normativo legal, a doutrina espanhola majoritária entende, como regra, que a gravação de som ou imagem que viole a intimidade ou desvende segredos de outro, ainda que procedida por um dos protagonistas ou intervenientes no fato, caracteriza o crime¹⁰⁸.

No que concerne à valoração de provas produzidas com violação a direitos fundamentais, o artigo 11.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) dispõe que não surtirão efeito as provas obtidas, direta ou indiretamente, com violação aos direitos ou liberdades fundamentais. A disposição não estabelece os critérios a serem seguidos quando, na obtenção do material probatório, incorre-se numa atuação ilícita distinta da vulneração de um direito fundamental, o que gera problemas¹⁰⁹. Essa proibição geral admite exceções, como a da fonte independente, do descobrimento inevitável e da boa-fé¹¹⁰. Além disso, não é aplicável de forma tão contundente, havendo parcela da doutrina espanhola que se inclina pela possibilidade de valoração da prova colhida mediante violação de um direito fundamental¹¹¹.

Não há, portanto, entendimento pacífico ou uniforme acerca das hipóteses de admissibilidade de valoração das gravações audiovisuais produzidas por particulares como prova no processo penal. Contudo, Muñoz Conde defende que se deve partir da tese da proibição de valoração da gravação obtida com violação do direito fundamental à intimidade, que configura infração penal. A despeito da tese de partida, considera que em casos excepcionais a gravação audiovisual produzida por particular pode ser utilizada e valorada no processo penal, nomeadamente quando o particular que realiza a gravação é vítima de um delito ou está atuando, ainda que fortuitamente, em benefício do ofendido. Nesses casos, a conduta estará amparada por uma causa de justificação, como estado de necessidade ou exercício regular de um direito, o que excluirá a ilicitude do crime de gravação ilegal¹¹². Parece certo que, nessas hipóteses,

¹⁰⁷ Jorge Barreiro, 2002: 99-131.

¹⁰⁸ Muñoz Conde, 2007: 73.

¹⁰⁹ Aguilera Morales, 2008: 92 e 99.

¹¹⁰ Aguilera Morales, 2008: 100-105.

¹¹¹ Muñoz Conde, 2007: 37

¹¹² Muñoz Conde, 2007: 77.

deverá ser comprovada a autenticidade da gravação audiovisual produzida pelo particular e ela deve ser submetida ao contraditório, de modo a que possa ser valorada pelo julgador.

Assim, transpondo o caso “Bragaparques” ao regramento jurídico espanhol, a gravação produzida exclusivamente pelo particular RSF poderia ser valorada como prova no processo penal, caso excluída a ilicitude penal da sua conduta, já que o particular efetuou a gravação atuando em benefício do agente visado por ato corruptivo, e objetivava a proteção de bens jurídicos próprio e do Estado, para além da responsabilização criminal do corruptor.

3.4. Brasil

A vedação probatória no Brasil vem consagrada no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (doravante, CF), que estabelece a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio ilícito¹¹³. Assim, as provas obtidas com violação ao ordenamento jurídico não podem ingressar no processo; se, todavia, forem incorporadas aos autos, não poderão ser valoradas pelo julgador.

No âmbito infraconstitucional, a Lei 11.690/2008 deu nova redação ao artigo 157º do CPP. O legislador ordinário não disciplinou, todavia, detalhadamente os métodos proibidos de prova, obrigando o julgador, quando da análise da admissão e valoração das provas, a verificar toda a legislação pertinente para concluir se foram ou não obtidas com violação de direitos, liberdades e garantias fundamentais previstas em normas constitucionais ou legais, consubstanciando prova ilícita¹¹⁴.

Embora o *caput* do artigo 157º do CPP forneça a conceituação do que sejam provas ilícitas (“as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”), na doutrina não há consenso sobre a sua exata definição¹¹⁵. Além disso, a definição legal não parece ter sido a melhor, na medida em que olvida a distinção

113 O Supremo Tribunal Federal tem dado aplicabilidade ao preceito constitucional. Nesse sentido: RHC 90.376/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Dje 17.05.2007. Esta norma constitucional visa a proteção de direitos fundamentais, razão pela qual o entendimento majoritário é que se dirige tanto aos órgãos de persecução penal como aos particulares. Silva, B. 2010: 105.

114 Sousa Mendes, 2013.

115 Alguns autores utilizam-se de expressões como provas proibidas, prova ilegal, prova ilegalmente obtida, prova ilicitamente obtida. SILVA, C. 2010: 13. Numa tentativa de conceituação: prova ilícita, em sentido estrito, é “a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade.” Grinover; Fernandes & Gomes Filho, 2011: 127.

estabelecida por Pietro Nuvolone entre provas ilícitas e ilegítimas¹¹⁶ (acolhida pela maioria da doutrina brasileira¹¹⁷), fazendo crer, equivocadamente, que as violações de normas processuais acarretam igualmente ilicitude da prova, devendo ser desentranhadas do processo. No entanto, o descumprimento da lei processual penal conduz à nulidade do ato de formação da prova, impondo a necessidade de sua renovação (artigo 573.º, *caput*, do CPP), diversamente da prova ilícita, em que há vedação absoluta do seu ingresso no processo penal e, consequentemente, da sua renovação e valoração pelo julgador. As disposições introduzidas nos §§ 1.º e 2.º do artigo 157.º do CPP, referentes à extensão dos efeitos da ilicitude da prova, são igualmente criticadas pela doutrina¹¹⁸.

Há várias correntes doutrinárias em matéria de provas ilícitas: uma, amplamente minoritária, defende a admissibilidade da prova ilícita com a consequente responsabilização de quem a obteve ilegalmente¹¹⁹; outra, em sentido oposto, sustenta a total inadmissibilidade das provas ilícitas (norma de exclusão); e, ainda, há a que admite a prova ilícita em situações excepcionais, diante de um juízo concreto de proporcionalidade e ponderação de bens e interesses envolvidos no caso concreto¹²⁰.

Quanto à admissibilidade e valoração processual das gravações de áudio produzidas por particulares, o CP brasileiro não prevê tipo penal que incrimine

116 Consoante distinção de Pietro Nuvolone, as provas ilícitas consubstanciam violação a normas ou princípios de direito material, sobretudo de normas constitucionais; enquanto as ilegítimas infringem normas processuais penais. Outra diferença entre os dois tipos de prova diz com o momento em que se configura a ilegalidade: nas provas ilícitas ocorre quando da sua obtenção, fora do processo; nas ilegítimas na fase de produção, dentro do processo. Além disso, é diversa a consequência das ilegalidades, na medida em que as ilícitas são inadmissíveis no processo (não podem ingressar e, se isso ocorrer, devem ser desentranhadas); e as ilegítimas são nulas, podendo a sua produção ser renovada, atendendo-se às regras processuais pertinentes. Gomes Filho, 2010: 393. Avólio, 2012: 43. Soares, 2011: 50. Ambos & Lima, 2009: 130.

117 Em sentido diverso, Nucci estabelece classificação própria: as provas ilícitas seriam o gênero, que englobaria as provas ilegais (quando há violação da norma penal), e as ilegítimas (quando restam violadas normas processuais penais). Nucci, 2011: 34.

118 Gomes Filho, 2010: 393; Sousa Mendes, 2013. Há quem defenda que as provas derivadas das ilícitas poderão ser utilizadas no processo, desde que observado o princípio da proporcionalidade. Essa é a posição de SILVA, 2010: 25

119 Baseia-se na teoria *male captum, bene retentum* – expressão utilizada por CORDERO *apud* SOARES, 2011: 55. Essa posição é adotada por Pedroso *apud* Anyfantis, 2008: 64.

120 Essa corrente é muito bem aceita na jurisprudência brasileira – Soares, 2011: 58. E também na doutrina: há quem defenda que a aplicação do princípio pode se dar somente em favor do réu, e os que admitem ainda *pro societate*. Filiam-se à corrente intermediária: Nelson Nery Jr., Vicente Greco Filho, José Carlos Barbosa Moreira – Soares, 2011: 57-62.

a gravação – e posterior utilização – da palavra ou imagem, de forma similar ao previsto na legislação penal portuguesa.

No Brasil, diferenciam-se interceptações, escutas e gravações telefônicas ou ambientais¹²¹, entendendo-se que nas hipóteses de gravações telefônicas ou ambientais produzidas por um dos interlocutores ou por um terceiro, mas com o conhecimento e consentimento de um deles (as chamadas gravações clandestinas), a prova é lícita podendo consequentemente ser valorada no processo penal¹²². A divulgação da gravação somente será ilícita quando constituir o crime de divulgação de segredo (artigo 153º do CP) e desde que não haja justa causa a descharacterizar a ilicitude¹²³. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal assentou, em diversos julgados¹²⁴, a licitude da prova nos casos de gravação clandestina, desde que não haja causa legal específica de sigilo, nem reserva de conversação¹²⁵.

Sinteticamente, o Supremo Tribunal sustenta a licitude das referidas gravações sob o fundamento de que essas hipóteses não estariam cobertas pela garantia do sigilo das comunicações telefônicas (inciso XII do artigo 5º da CF), mas inseridas no âmbito de proteção do artigo 5º, X, da Lei Maior (que dispõe sobre a proteção da intimidade e da vida privada). Assim, se qualquer dos interlocutores pode, em depoimento pessoal ou como testemunha, revelar o conteúdo de sua conversa, não há como reconhecer a ilicitude da prova decorrente da gravação ambiental¹²⁶.

121 Grinover; Fernandes & Gomes Filho, 2011: 166.

122 Mendroni, 2010: 143.

123 Grinover; Fernandes & Gomes Filho, 2011: 188.

124 Nesse sentido as seguintes decisões do STF: Habeas Corpus (HC) 91.613/MG – 15/05/2012, Segunda Turma, Relator: Min. Gilmar Mendes; Dje 17/09/2012; AGR/AI 560.223/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, Dje 28.4.2011; RE 402.717/PR, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, Dje 12.2.2009; AGR/AI 578.858/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, Dje 27.8.2009; QO-RG RE 583.937/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, Dje 17.12.2009; HC 75.338/RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Pleno, DJ 25.9.1998; AI 232.123-AgR/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; AI 503.617-AgR/PR, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves; STF – Questão de Ordem no Inquérito 2.116/RORAIMA, Relator Min. Marco Aurélio, 15/09/2011, Plenário, Dje 29/02/2012. Disponível em www.stf.gov.br.

125 Da mesma forma, assinalando a licitude da captação da comunicação telefônica realizada por terceiro com o conhecimento de apenas um dos interlocutores: STF: HC 74.678/SP, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 15.8.1997; HC 75.261/MG, Rel. Min. Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJ 22.8.1997. Disponível em www.stf.gov.br.

126 Em trecho do voto proferido nos autos do RE 402.717 (Dje 13.2.2009), o Ministro Cezar Peluso afirma: “(...) aquele que revela conversa da qual foi partícipe, como emissor ou receptor, não intercepta, apenas dispõe do que também é seu e, portanto, não subtrai, como se fora terceiro, o sigilo à comunicação, a menos que esta seja recoberta por absoluta indisponibilidade legal proveniente de obrigação”. Disponível em www.stf.gov.br.

Em conclusão, analisando a problemática do caso “Bragaparques” à luz do Direito brasileiro, a gravação produzida exclusivamente pelo particular RSF seria irrestritamente valorada como prova no processo penal.

4. A RELATIVIZAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE VALORAÇÃO DAS PROVAS AUDIOVISUAIS OBTIDAS POR PARTICULARS

4.1. A ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade
 Conforme já deixamos consignado, o direito penal português tipifica tanto a conduta de gravar a palavra como a utilização da gravação. Assim, para além da questão da (i)lícitude da gravação, para que ela possa ser valorada como prova no processo penal devemos ultrapassar a ilicitude da utilização processual da gravação.

A despeito de as gravações serem lícitas ou ilícitas, se inexistentes o consentimento do visado ou causa de justificação específica para a utilização da gravação, a possibilidade de valoração perpassa invariavelmente pela conhecida teoria da ponderação (*Abwägungslehre*), que, aplicando o princípio da proporcionalidade, concretiza o interesse prevalente no caso concreto.

A ponderação de interesses, denominada na doutrina norte-americana de *balancing*¹²⁷, consiste num método que visa estabelecer relações de prevalência relativa entre elementos que se interrelacionam, a partir de critérios formais e materiais postos ou pressupostos pelo sistema jurídico¹²⁸. Ponderam-se, portanto, bens, princípios ou interesses, conforme os elementos que se encontram em conflito na situação concreta.

Em todo processo da ponderação deve ser observado o postulado da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito)¹²⁹. A proporcionalidade deve guiar o aplicador do direito, de modo que se tenha a máxima realização dos interesses em causa, com o menor sacrifício possível de cada um deles.

Ao procedermos à ponderação, devemos verificar, num primeiro momento, a efetiva existência do conflito. Superada essa etapa, passamos à ponderação de interesses propriamente dita, onde se devem compreender reciprocamente os interesses protegidos pelos princípios em disputa, objetivando obter um ponto

127 Novais, 2010: 645.

128 Binenbojm *apud* Barcellos, 2005: 109.

129 Barroso, 2006: 348.

ótimo, em que “a restrição a cada interesse seja a mínima indispensável à sua convivência com o outro”¹³⁰.

A despeito da teoria da ponderação de interesses ser amplamente adotada pela jurisprudência e defendida pela doutrina, várias críticas têm sido formuladas em seu desfavor¹³¹. Inobstante a procedência de algumas dessas críticas, a ponderação de interesses revela-se necessária e apresenta-se, ainda hoje, como a melhor técnica para a resolução de conflitos (de interesses), dada a coexistência de inúmeros direitos fundamentais e princípios constitucionais de igual importância e relevância, a exigirem as suas compatibilizações pelo julgador no caso concreto. Nas palavras de Jorge Reis Novais, “não há alternativa – ou, pelo menos não há alternativa preferível – à ponderação de interesses”¹³², quando está em causa a solução de conflitos ou colisões entre direitos fundamentais, rebatendo fundamentadamente as críticas formuladas¹³³.

Em sede de construção dogmática no âmbito do direito processual penal, nomeadamente na temática das proibições de prova, tem sido evidente a procura de soluções ancoradas na teoria da ponderação de interesses. Isso porque as proibições de prova constituem-se em instrumentos de defesa de direitos fundamentais individuais contra a atividade persecutória estatal. Logo, comumente contendem os interesses individuais e o da perseguição penal.

No âmbito do processo penal, a teoria da ponderação¹³⁴ parte da ideia de que a proibição de valoração de uma prova não pode estar pré-definida, antes pressupondo uma ponderação valorativa, a ser estabelecida diante do caso

130 Sarmento *apud* Barroso, 2004: 102.

131 Dentre as principais críticas destacam-se: 1) há esvaziamento dos direitos fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico, na medida em que a ponderação de interesses torna-os relativos e subordinados a uma espécie de “reserva de ponderação” (entendimento sustentado por Peter Lerche, Richard Thoma e Hugo Black); 2) há inconsistência metodológica na ponderação de interesses, ante a ausência de critérios racionais e objetivos de decisão, possibilitando margem exagerada de discricionariedade ao julgador na escolha dos princípios prevalentes no caso concreto (posição de Friedrich Muller); 3) a ponderação de interesses transfere do legislador para o julgador o poder de realizar opções políticas em relação aos bens jurídicos e valores a serem prestigiados nas colisões entre princípios constitucionais, conferindo poder excessivo ao Judiciário, em detrimento do Legislativo (crítica de Jürgen Habermas). Sarmento, 2005: 141-143. Para estudo aprofundado, v. Novais, 2010: 693-725.

132 Novais, 2010: 694.

133 As respostas não serão aprofundadas neste estudo. Para tanto, v. Novais, 2010: 693-816.

134 Dentre os defensores desta teoria encontram-se Rogall e Roxin, e na jurisprudência alemã encontram relevantes exemplos de aplicação dessa teoria. Mata-Mouros, 2011: 316. Roxin, 2012: 172-173.

concreto, entre o interesse individual e o da persecução penal¹³⁵. Aqui, as críticas à ponderação são reafirmadas, pondo-se em causa a sua correção axiológica-material e normativa, a adequação dogmática, a pertinência da fundamentação e enquadramento jurídico-constitucional, a falta de segurança jurídica e, especificamente, a condução à redução da possibilidade de proibição de valoração de prova nos crimes de especial gravidade¹³⁶.

Embora a contundência das críticas, entendemos que não podemos prescindir da ponderação, a qual não deve, contudo, ficar adstrita à gravidade do crime e ao bem jurídico violado com a obtenção da prova – reduzindo-se, por vezes, a uma comparação de penalidades do crime apurado e do praticado na obtenção da prova, como critica Muñoz Conde¹³⁷. Devemos considerar, na ponderação, todas as circunstâncias e interesses envolvidos no caso, mormente a condição de quem obteve a prova¹³⁸, os objetivos e interesses visados com a obtenção, e os bens que se pretendem salvaguardar com sua a utilização no processo. Dessa forma, resta alargado o espectro de elementos relevantes a serem ponderados no caso concreto, o que pode conduzir a decisões com maior correção.

4.2. A valoração da prova no caso “Bragaparques”

A análise do caso “Bragaparques” restringiu-se aos dois processos criminais que interessavam diretamente à problemática proposta: o instaurado para apurar o crime de gravação ilícita (contra RSF), e o referente à averiguação do ilícito típico de corrupção ativa (em desfavor de DN). Cogitaremos a solução jurídica que entendemos mais adequada em cada um dos processos, examinando-os separadamente.

Diante do regime vertido no artigo 167º do CPP (a admissibilidade de valoração processual da gravação perpassa pela questão da sua licitude/ilicitude material), começamos pela análise do processo criminal referente à gravação ilícita¹³⁹.

135 Rogall *apud* Mata-Mouros, 2011: 315.

136 Dentre os críticos destacam-se Grünwald, Hassemer, Wolter e Amelung. Mata-Mouros, 2011: 317.

137 Muñoz Conde, 2007: 77. Costa Andrade sustenta que, no que toca às gravações ilícitas, a gravidade do crime a perseguir não será, só por si e enquanto tal, razão bastante para legitimar a danosidade social da violação das proibições de prova. Costa Andrade, 1984: 616.

138 Há que se verificar a situação em que se encontra o particular que faz a gravação. Muñoz Conde, 2007: 77.

139 A denúncia não abrangeu a utilização da gravação.

Por primeiro, aderindo à construção dogmática da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático¹⁴⁰, entendemos excluída a tipicidade da conduta do particular que efetuou a gravação. Com efeito, diante do que vimos dessa construção, ao utilizar o seu direito à palavra para a prática de crimes, o titular vê caducar o direito de proteção àquele bem jurídico, pois “o que se tutela com os direitos fundamentais é o desenvolvimento da personalidade e não a sua degradação”¹⁴¹. A despeito das críticas àquela construção, na hipótese das gravações ilícitas ela ganha relevo. Para além do exposto no ponto 2.2.2, recorremos, aqui, a uma linha argumentativa hermenêutica e filosófica: a aplicação do Direito já não se satisfaz com a subsunção e os silogismos próprios do positivismo jurídico; a interpretação/aplicação do Direito exige a ponderação de valores extrajurídicos, cumprindo o conceito de Direito na ideia do Direito, a qual “não pode ser outra a não ser a de justiça”¹⁴². No enfoque do caso concreto, não nos parece que a ideia do Direito seja a proteção da degradação do direito à palavra.

Para a hipótese de se considerar inviável a redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático, na horizontalidade do exposto no ponto 2.2.2 deste relatório, ousamos afirmar que a conduta do particular encontra justificação, com base na excludente do estado de necessidade defensivo¹⁴³, ou num critério geral de ponderação.

No caso, os fatos e os interesses em jogo não devem ser analisados de forma compartimentada (como o fez o TRL na sua decisão), sem a devida atenção a todo o peculiar contexto (do ilícito típico de corrupção) e aos bens jurídicos envolvidos/postos em perigo.

A análise atenta dos fatos dados como provados pelos tribunais revela que somente é possível imputar eventual criação de perigo a RSF, como fez o TRL, se desconsiderarmos que a ação inicial (iniciativa do encontro) partiu de DN, ao efetuar a ligação para RSF, formular convite e anunciar-lhe que teria proposta

¹⁴⁰ Construção que funda a exclusão da responsabilidade penal das gravações feitas sem consentimento, pelas vítimas de crimes, com base na dogmática dos limites imanentes dos direitos fundamentais. Costa Andrade, 2006: 255-257.

¹⁴¹ *N/JW* 1964 1143. Costa Andrade, 2012: 1219.

¹⁴² Radbruch, 2004: 47.

¹⁴³ O estado de necessidade defensivo traz a especificidade de o agente defender-se de perigo que tem origem na pessoa que será vítima da ação necessitada, e que não configura a excludente de legítima defesa porque falta algum requisito do fato perigoso, como, por exemplo, a atualidade do perigo. Figueiredo Dias, 2011: 461.

a fazer, que seria do seu interesse; e de que havia outros bens jurídicos em jogo, nomeadamente do Estado. Com efeito, não podemos olvidar que desde esse primeiro momento (marcação do encontro), DN já tinha o propósito de corromper o vereador, sendo o encontro o meio para o fim específico de apresentação da proposta de corrupção.

Para além disso, entendemos que é descabida a censura do receptor da proposta de corrupção imputando-lhe a criação de perigo a bem jurídico próprio, quando adere a convite de encontro formulado por eventual agente corruptor, objetivando esclarecer as suas reais intenções¹⁴⁴. E, muito menos, se, em razão da suspeita da prática do ilícito, toma a precaução de gravar a conversa. Do contrário (e a vingar o entendimento do TRL), sempre que uma pessoa suspeitar que lhe será feita uma proposta de corrupção, não poderá se encontrar com o possível corruptor.

Ainda na linearidade da decisão do TRL, o agente visado no crime de corrupção fica sem meios para se precaver de um ato corruptivo. Tenhamos presente, por primeiro, que o crime de corrupção é peculiar, pois praticado com todos os cuidados para evitar vazamentos e responsabilização (como regra, reveste-se de caráter sigiloso, não sendo perpetrado na presença de testemunhas). Segundo, na realidade fática, comumente ocorrem duas situações: a) o corruptor estabelece um contato prévio, solicitando encontro reservado com o visado (ou intermediador da proposta), sem que seja desvelada a intenção criminosa (como no caso dos autos); ou b) a proposta é feita de imediato, sem nenhum contato prévio do corruptor com o visado.

Em ambos os casos, a intervenção estatal no sentido de autorizar judicialmente a gravação da conversa é de difícil (por vezes, impossível) verificação. No primeiro caso, se nenhum ilícito típico foi praticado, em que termos se fundamentaria a decisão judicial justificadora da intervenção estatal: na mera suspeita de uma pessoa.

No segundo caso, como a proposta é feita de imediato sem contato antecedente, resta inviabilizada a existência de prévia autorização judicial para a gravação da conversa. E, na prática, ou o visado (ou terceiro que atue em seu benefício) está com o gravador previamente ligado à chegada do corruptor, ou dificilmente logrará gravar a conversa, já que a ligação de qualquer aparelho no

144 Nesse ponto, o Ministério Público, nos autos do processo de corrupção, ponderou que não é exigível de qualquer particular, pelo ordenamento jurídico globalmente considerado, que, face a receio de eventual proposta de corrupção, não corresponda à solicitação de encontro, antes, sim, devendo ser-lhe reconhecido o direito de conhecer as reais intenções do agente, até para melhor defender-se ou a terceiros.

meio desta levantarão suspeitas ao corruptor, prejudicando a colheita da prova. A não ser assim, as gravações de atos de corrupção somente terão vez por meio do acaso ou quando houver repetição da proposta corruptiva.

Nesse contexto, entendemos justificado o não recurso inicial às autoridades públicas (policial e judicial) e a necessidade de RSF de, diante da suspeita, preparar o instrumento da gravação. E mais: da peculiaridade do crime de corrupção e da necessidade de se precaver contra futuras inversões de papéis quanto à autoria do ato de corrupção emerge a necessidade, racionalidade e adequação do meio utilizado para a salvaguarda dos bens em perigo – a gravação da conversa entre presentes. Antecipando eventual argumentação de que a gravação é desnecessária ante a possibilidade de o ouvinte transmitir, com suas próprias palavras, o conteúdo da conversa, replica-se que o depoimento do autor da gravação não tem a mesma força probatória e fidedignidade da gravação.

No que toca aos interesses em conflito e à superioridade do interesse a salvaguardar – análise que já serve a aplicação da excludente do critério geral de ponderação – sustentamos que o exame não pode ficar restrito ao “direito à palavra” do corruptor *versus* o “direito ao bom nome” do autor da gravação (para o caso de o corruptor querer “inverter” os papéis no ato da corrupção), e a consequente lesão do primeiro *versus* o perigo de lesão do segundo, como ocorreu no caso “Bragaparques”.

A ação do visado (ou de terceiro em seu nome) pelo ato de corrupção objetiva a proteção da autonomia intencional do Estado¹⁴⁵ e, por vezes (como no caso em apreço), em *ultima ratio*, do próprio patrimônio público, que pode resultar lesado. Não desconhecendo as divergências doutrinárias acerca da possibilidade de defesa de bens jurídicos da comunidade/Estado, aderimos aos entendimentos de Figueiredo Dias e Germano Marques da Silva no sentido de que é inteiramente possível essa defesa¹⁴⁶.

145 Almeida Costa, 2001: 661 e 681. Frederico de Lacerda da Costa Pinto afirma que se pode aceitar que “o bem jurídico tutelado por todas as incriminações da corrupção é ‘a legalidade da administração’”. Pinto, 1998: 522.

146 Figueiredo Dias, 2011: 442. Defendemos que para além da autonomia intencional do Estado e do patrimônio público, cabe a defesa do meio ambiente, da saúde pública, etc. A não ser assim, ter-se-iam situações inusitadas ou irrazoáveis, como, v.g., não se admitir que um particular, em ato de contenção, agredisse levemente pessoa que estivesse prestes a detonar explosivos na ponte Vasco da Gama ou na Torre de Belém (patrimônio público), mas sem risco a vidas humanas, além de outras hipóteses que podem reivindicar a intervenção legítima de particulares em defesa de bens jurídicos do Estado/comunidade. Figueiredo Dias traz o exemplo de alguém que comete fato típico ambiental de valor relativamente pequeno para afastar um perigo atual e significativo de contaminação ambiental. Figueiredo Dias, 2011: 442.

Assim, temos a ponderar, de um lado, “o direito à palavra” de DN consubstancial da prática de um crime (se a questão dos limites imanentes dos direitos fundamentais não operar uma redução teleológica do tipo no sentido vitimodogmático, deve ao menos ser considerada na ponderação), gravada fora de ambiente privado/íntimo por pessoa estranha ao círculo de confiança/intimidade do titular. De outro lado, releva, primordialmente, a autonomia intencional do Estado¹⁴⁷, e, secundariamente, a defesa do patrimônio público e do “direito ao bom nome” do autor da gravação.

A gravidade e danosidade dos crimes também indicam qual o interesse a prevalecer. O crime de corrupção¹⁴⁸, verdadeira chaga nos Estados de Direito democráticos, assume especial relevo no caso concreto, na medida em que não estava em causa um diminuto ato de corrupção (lembremos que as ações visadas envolviam manifestações públicas de um político e desistência de ação popular que discutia a legalidade de negócio que envovia vultosa soma de euros), o que revela interesse persecutório elevado. Diante disso e consumados ambos os ilícitos típicos (de corrupção ativa e gravação ilícita), parece-nos evidente a prevalência dos interesses em razão dos quais se procedeu à gravação da palavra.

147 O interesse do particular com a gravação era impedir a corrupção, salvaguardando a autonomia funcional do Estado e o patrimônio público, pois, na medida em que levasse os fatos ao conhecimento das autoridades, restaria publicizado o intento de DN, evitando novas tentativas de corrupção (tenhamos presente que DN referiu que tinha experiência nessas questões, conforme gravações constantes nos autos).

148 A corrupção é um crime tão grave e prejudicial aos Estados de Direito Democráticos que extravasa as suas fronteiras, constituindo, a sua repressão, uma preocupação das organizações internacionais. Tendo por objetivo assegurar a prevenção e a repressão da corrupção, surge, no plano internacional, um conjunto de instrumentos jurídicos: a) Convenção relativa à luta contra a corrupção em que estejam implicados Funcionários das Comunidades Europeias ou dos Estados – membros da União Europeia, de 1997, ratificada por Portugal em 2000; b) Convenção da OCDE contra a corrupção de agentes públicos estrangeiros nas transacções comerciais internacionais, de 1997, ratificada por Portugal em 2000; c) Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 1999, a que Portugal aderiu em 2002; d) O Protocolo Adicional à Convenção Penal Contra a Corrupção do Conselho da Europa, de 2003, assinado por Portugal na respectiva data de abertura; e) Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, de 2003, a que Portugal aderiu em 2007; f) Código Internacional de Conduta das Nações Unidas para Funcionários Públicos, de 1996, anexo à Resolução da Assembleia Geral da ONU n.º 51/59, de 12 de Dezembro de 1996. Há que mencionar, também, as recomendações feitas ao Governo de Portugal pelas instâncias internacionais especializadas, nomeadamente pelo *Group of States Against Corruption* – Grupo de Estados Contra a Corrupção do Conselho da Europa (GRECO), pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), pelo Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e pelas Nações Unidas. Ainda, merece menção a aprovação, pela Comissão Europeia, em 6 de Junho de 2011, no contexto da execução do Programa de Estocolmo, de um conjunto de medidas visando estabelecer um a abordagem comum anticorrupção. Por fim, destaque-se o pacote de combate à corrupção que entrou em vigor em Portugal em 1.º março de 2011, além de o crime estar incluído no rol dos que autorizam medidas estatais mais severas de investigação e combate (artigo 1.º, n.º 1, letra e, da Lei n.º 5/2002).

Nesse contexto, consideramos justificada a conduta de RSF, seja pelo estado de necessidade defensivo, seja por um geral *critério de ponderação de interesses*¹⁴⁹.

Por fim, ainda que desprezassemos a exclusão da tipicidade e da ilicitude, a condenação encontraria óbice na presença de causa de exclusão da culpa, a saber, a falta de consciência do ilícito não censurável¹⁵⁰, haja vista a dispersão doutrinária e jurisprudencial existente na matéria. Nessas condições, ante a inexistência de entendimento uníssono e uniforme, havendo várias posições doutrinárias credenciadas, passível de sustentação que o particular errou quanto aos limites da causa de justificação (estado de necessidade), encontrando seu agir correspondência num ponto de vista de valor juridicamente relevante.

Fixada a solução jurídica no processo criminal referente à gravação ilícita, passamos à análise da possibilidade de valoração da gravação produzida exclusivamente pelo particular no processo-crime referente à apuração do crime de corrupção ativa.

Sustentamos que, independentemente da licitude ou não da conduta da gravação, sempre haverá a possibilidade, em maior ou menor grau, de ponderação dos interesses em causa. No juízo de ponderação, para além da gravidade do ilícito típico e do bem jurídico violado com a obtenção da prova, defendemos que se deve tomar em consideração todas as circunstâncias do caso, nomeadamente a condição de quem obteve a prova, os interesses objetivados e os bens que se pretende salvaguardar com a utilização da prova no processo.

No caso “Bragaparques”, o particular procedeu à gravação em nome do agente visado pela corrupção, objetivando a proteção da autonomia funcional do Estado e, de forma secundária, do próprio patrimônio público e do seu

149 Costa Andrade, 2006: 258. Esse critério, ao que parece, foi adotado no Acórdão da Relação de Coimbra de 15-01-1997, Relator: Oliveira Santos, em caso similar ao presente, em que estava em causa a gravação de conversa de agente que pretendia contratar o autor da gravação para agredir terceiros, em troca de dinheiro. A gravação foi realizada com conhecimento prévio das intenções do contratante e visava denunciá-lo criminalmente e evitar que viesse a contratar outras pessoas para o mesmo fim. Nesse caso, restou afastada a ilicitude da gravação. Associação Sindical dos Juízes Portugueses. Colectânea de Jurisprudência. Ano XII, Tomo I. Coimbra, Palácio da Justiça, 1997, pp. 58-62.

150 Ao tratar dos requisitos necessários à verificação da aludida causa, Figueiredo Dias afirma que a falta de consciência do ilícito não censurável verifica-se nas situações em que a questão da ilicitude concreta (seja se considerada a valoração em si mesma, seja quando ela se conexiona com a complexidade ou novidade da situação) revele-se discutível ou controversa. Não por controvérsias morais, mas porque conflituam vários pontos de vista juridicamente relevantes. Figueiredo Dias, 2011: 638-640. No âmbito da valoração processual das gravações de áudio e imagem, as principais divergências doutrinárias radicam no entendimento divergente do sentido e alcance dos pressupostos das causas de justificação, além de estar associada a tentativas de afirmação de novos critérios de redução teleológica ou justificação. Costa Andrade, 2006: 259.

bom nome, bem como obter a responsabilização do corruptor, impedindo, via reflexa, a corrupção¹⁵¹.

Para além disso, ainda que se afirme que o interesse persecutório do Estado deve ser colocado entre parênteses na ponderação, entendemos que ele não pode ser desconsiderado por completo, assim como as consequências particularmente gravosas do crime. Soa contraditório que o Estado e os organismos internacionais editem medidas e pacotes de combate à corrupção, inclusive incentivando a sua denúncia, mas quando um particular assim procede, angariando prova que, embora atente contra o direito à palavra do autor, vem a comprovar sua denúncia, essa prova não seja valorada (e, pior, venha o particular a ser condenado por gravação ilícita). Já assentado que não está em causa um crime de corrupção de somenos importância, mas que, para além de mudança de comportamento no âmbito da Câmara Municipal, visava principalmente a desistência de uma ação judicial que questionava a legalidade de negócio envolvendo milhões de euros, o interesse persecutório, na hipótese, é elevado. De outro lado, o bem a ser restringido é a palavra do corruptor, consubstancial a uma proposta espúria.

Ponderados nesses moldes os interesses em causa, concluíramos pela admissibilidade da valoração da gravação no caso concreto. Não obstante, há uma peculiaridade que exclui essa possibilidade: a gravação não captou a proposta de corrupção em si. Diante disso, não se justifica a utilização e valoração da gravação como prova no processo, já que, na prática, nada agregaria à modificação da solução jurídica adotada pelo tribunal no processo que apurava o crime de corrupção.

Não obstante, embora os tribunais tenham tratado a gravação como ilícita não utilizando o seu conteúdo para fundamentar a condenação de DN pelo ato corruptivo, fizeram, de forma sutil, menção à perícia realizada na gravação pelo setor informático forense, para análise das características do suporte digital, aduzindo que ela confirmava nesse ponto a genuidade do depoimento de RSF¹⁵². Daí a necessidade de a prova proibida não permanecer anexada aos autos, sob pena de influenciar (ainda que veladamente) a convicção do julgador.

151 Podemos afirmar que há um dever de cidadania de evitar a corrupção. No caso, levando a prova ao conhecimento das autoridades, restaria publicizado o intento de DN e evitadas novas tentativas de corrupção.

152 Acórdão do TRL de 22-04-2010 – Processo n.º 263/06.8JFLSB.L1, p. 82.

De forma derradeira, andaram bem os tribunais portugueses ao não reconhecerem que a gravação produzida pelo particular teria contaminado às demais provas angariadas via ação encoberta (efeito-à-distância da prova proibida). Ainda que se reconhecesse a contaminação, restaria, na hipótese, a exceção da fonte independente, já que as provas secundárias podiam ser obtidas por meio autônomo e lícito, qual seja, o depoimento do particular prestado às autoridades estatais.

CONCLUSÃO

A obtenção de determinada prova da infração penal – que desencadeie ou possibilite o avanço de investigação ou processo criminal – pode se dar por meio de gravação de áudio produzida por particular, sem autorização judicial e sem o consentimento do visado, à custa da violação do direito à palavra. Ainda, é possível que provas sejam obtidas por privado atuando em colaboração aos órgãos de persecução penal. Essas hipóteses são retratadas no caso “Bragaparques”, acrescidas da peculiaridade de o particular ser advogado (1.1).

Dentre os problemas jurídicos suscitados no caso referência, releva à problemática do relatório a questão da valoração da gravação de áudio produzida exclusivamente pelo particular; a alegada contaminação, em razão do efeito-à-distância das proibições de prova, das provas subsequentes obtidas pelo privado em colaboração aos órgãos estatais de investigação; e a suposta violação do segredo profissional do advogado. Ao apreciarem essas questões, os tribunais portugueses não valoraram como prova a gravação produzida de forma exclusiva pelo privado, porque ilícita; não reconheceram a contaminação das provas secundárias; e, ao final, condenaram o autor do crime de corrupção, e o particular, pelo crime de gravações ilícitas, em razão do primeiro registro de voz por ele efetuado (1.2).

No tratamento da problemática, sustentamos (em consonância com doutrina abalizada) que as regras de proibição de produção de prova servem à tutela dos direitos fundamentais e dirigem-se às instâncias formais de controle, bem como aos privados que atuem em colaboração ou sob a orientação dos órgãos persecutórios. Não vinculam diretamente os particulares, mas estes não gozam de autonomia e liberdade irrestritas na obtenção da prova penal: há limitações que correspondem aos ilícitos típicos previstos no CP como tutela dos direitos fundamentais. Quanto à valoração da prova, o regime é unidimensional, aplicando-se indistintamente aos particulares e aos órgãos estatais, pois, consubstanciando a produção da prova atentado aos direitos fundamentais,

não pode ser valorada no processo penal. No que toca especificamente ao valor probatório das reproduções mecânicas, verificamos seu condicionamento ao regime vertido no artigo 167.º, n.º 1, do CPP (à sua não ilicitude nos termos da lei penal). Assim, estabelecem-se consequências distintas em relação às gravações penalmente ilícitas e as lícitas (2.1).

Quanto à valoração das gravações ilícitas, a regra é a inadmissibilidade de valoração das gravações ilicitamente obtidas por particulares. Essa regra poderá, no nosso sentir, ser relativizada em casos excepcionais em que, posto de lado o interesse persecutório estatal, a valoração da gravação é necessária à salvaguarda de bens jurídicos ou direitos constitucionalmente protegidos de outros particulares e da própria comunidade. Nessas hipóteses, entendemos que o julgador não poderá se furtar ao juízo de ponderação de interesses de natureza transprocessual (2.1.1).

No que toca às gravações lícitas, há que perquirir, por primeiro, a razão pela qual escapam à ilicitude penal. Se a negação se der pela ausência de tipicidade (acordo do titular do direito à palavra, redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático), como a gravação sequer incorreu na censura da ilicitude penal, há lugar para uma ponderação mais aberta aos interesses que reclamam a sua utilização e valoração como prova no processo penal, nomeadamente quando estiverem em causa manifestações gravosas e intoleráveis de criminalidade (2.1.2).

Por outro lado, as gravações podem escapar à ilicitude penal por justificação, que se tem apresentado, pela ótica doutrinal, complexa e instável, notadamente pelo leque ampliado de dirimentes (para além das tradicionais excludentes, cujas virtualidades devem ser exploradas ao máximo, invocam-se novas causas); e por uma dispersão doutrinal e, em menor escala, jurisprudencial, quanto ao enquadramento dogmático da justificação diante de situações como as gravações efetuadas pela vítima (ou visado) de crimes de extorsão, coação, corrupção e injúria, das conversas entabuladas com agente, que têm em comum o comportamento ilícito do titular da palavra. A despeito da dispersão quanto ao enquadramento dogmático da causa específica de justificação, impõe o consenso entre a doutrina e a jurisprudência de que o autor dessas gravações não deve ser responsabilizado criminalmente, com o que concordamos integralmente (2.1.2).

Tendo em conta a interpretação dualista dispensada ao artigo 199.º do CP, a licitude da gravação não implica necessariamente a admissibilidade de sua valoração, havendo uma proibição de valoração de prova independente.

A existência e a extensão da proibição de valoração da gravação justificada está diretamente associada à configuração ou não de ilícito penal. A questão ganha complexidade se, entre a gravação e a sua posterior utilização, a justificação originária (da gravação) deixa de subsistir. Nesse caso, há espaço para duas soluções diversas: a) a utilização da gravação não escapa à censura da ilicitude penal, e, como regra, não poderá ser valorada, admitindo-se, contudo, a relativização da regra mediante a ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, quando em causa está criminalidade mais gravosa; b) sobrevém causa de justificação distinta a permitir a utilização da gravação (2.1.2).

No que toca à valoração das gravações produzidas por privados atuando em colaboração ou sob a orientação dos órgãos estatais de persecução penal, o regime das proibições de produção e valoração de provas previsto em relação aos órgãos estatais estende-se integralmente aos particulares. Assim, devem restar atendidos os requisitos legais comuns às escutas telefônicas por força do disposto no artigo 189.º do CPP (2.2).

O fato de o privado autor da gravação ser advogado agrega peculiaridade ao caso, suscitando questões específicas ante a normativa deontológica da Ordem dos Advogados, nomeadamente a que trata do segredo profissional. A solução das questões perpassa pela averiguação de o advogado ter tomado conhecimento dos fatos ou atuado em razão da sua condição profissional ou da vida privada. Na primeira hipótese, para além da violação de segredo profissional, as possibilidades de valoração de gravação por ele produzida serão drasticamente reduzidas àquelas imprescindíveis à salvaguarda de direitos fundamentais de outros indivíduos, quando em causa criminalidade gravíssima. Por outro lado, se agiu em virtude de circunstância da vida privada, a prova será valorada nos moldes de como seria para qualquer agente privado (2.3).

Por interessar à problemática, analisamos o efeito-à-distância das proibições de prova, consagrado inicialmente no direito norte-americano, por meio da conhecida *fruit of the poisonous tree doctrine*, que determina que o vício da prova proibida originária propaga-se às provas secundárias, inviabilizando suas valorações. O efeito comporta exceções (destacamos a *independent source*, a *attenuated connection*, a exceção *but for*, a *inevitable discovery*, e a *good faith exception*) afirmadas paralelamente à sua criação e evolução. No direito português, o efeito remoto encontra base legal no art. 32.º, n.º 8, da CRP e, de forma secundária, no art. 122.º, n.º 1, do CPP, tendo sido reconhecido pela primeira vez na jurisprudência portuguesa em 1993, restando, a partir de então, consagrado em vários julgados, assim como a necessidade de restringi-lo (2.4).

Ao agregarmos a análise do direito comparado, verificamos o tratamento dado por outros ordenamentos jurídicos à valoração de gravações de áudio produzidas por privados. Nos Estados Unidos da América (de referência obrigatória, quer porque lá tiveram origem as regras de exclusão, quer pela influência do seu sistema em vários outros países), as *exclusionary rules* são comandos de disciplina que possuem finalidade preventiva (visam desencorajar violações a direitos por parte da polícia), dirigindo-se, portanto, aos órgãos persecutórios estatais, e não aos particulares. Logo, as provas obtidas autonomamente pelos privados podem ser valoradas no processo penal, ou seja, a gravação produzida exclusivamente pelo particular, no caso “Bragaparques”, comportaria valoração (3.1).

Na Alemanha, as proibições de prova (*Beweisverbote*) priorizam a vertente substantiva dos direitos fundamentais, de modo que outras finalidades, como a lisura da atuação dos órgãos persecutórios estatais, são apenas indiretamente reguladas. Diante da sua finalidade precípua, as *Beweisverbote* apresentam o âmbito de destinatários alargado, não se limitando às instâncias formais de controle, mas abrangendo também os particulares. Assim, a valoração das gravações de áudio produzidas por privados dá-se com base na disciplina das proibições de valoração de prova, onde há lugar para a incidência da teoria da ponderação, incluindo-se o interesse persecutório estatal no sopesamento dos interesses do caso concreto. Nesse contexto, a decisão acerca da possibilidade de valoração da prova produzida exclusivamente pelo particular no caso “Bragaparques” perpassaria pela ponderação dos interesses em causa (3.2).

No direito espanhol assume relevo a regra prevista no artigo 11.1 da Ley Orgánica del Poder Judicial, a qual comporta exceções. Não há entendimento doutrinal uníssono quanto às hipóteses de admissibilidade de valoração das gravações audiovisuais produzidas por particulares como prova no processo penal. Não obstante, parece-nos que, transpondo o caso “Bragaparques” ao regramento jurídico espanhol, a gravação produzida pelo privado poderia ser valorada se excluída a ilicitude penal da sua conduta (3.3).

No Brasil, a previsão constitucional da inadmissibilidade, no processo, das provas ilicitamente obtidas aplica-se indistintamente ao Estado e aos particulares. Como não há, na legislação penal, tipificação da gravação da palavra, as gravações produzidas por um dos interlocutores ou por terceiro por ele autorizado constituem prova lícita. Assim, à luz do Direito brasileiro, a gravação produzida exclusivamente pelo particular, no caso “Bragaparques”, seria irremediavelmente valorada como prova no processo penal (3.4).

Verificamos, em sede de construção dogmática no âmbito das proibições de prova, a notória procura de soluções ancoradas na teoria da ponderação de interesses à luz do princípio da proporcionalidade. As proibições de prova constituem-se em instrumentos de proteção de direitos fundamentais individuais contra o Estado, e não raras vezes os interesses individuais contendem com os da atividade persecutória estatal. Embora a contundência das críticas entabuladas em relação à teoria da ponderação, não podemos dela prescindir. Na ponderação, para além da análise da gravidade do crime e do bem jurídico violado com a obtenção da prova, devemos considerar todas as circunstâncias e interesses envolvidos no caso, nomeadamente a condição de quem obteve a prova, os objetivos e interesses visados com a obtenção, e os bens que se pretendem salvaguardar com a sua utilização no processo. Assim, alargado o espectro de elementos relevantes a serem ponderados no caso concreto, teremos decisões com maior correção (4.1).

Das reflexões levadas a cabo no decorrer do relatório, buscamos formatar a solução jurídica à problemática da valoração das gravações de áudio retratada no caso “Bragaparques”, analisando cada um dos processos autonomamente. Em razão da previsão normativa do artigo 167.º do CPP, começamos pelo exame do processo criminal referente à gravação ilícita. Nesse caso, defendemos a exclusão da tipicidade da conduta do particular, com base na construção dogmática da redução teleológica do tipo de sentido vitimodogmático. Não desconhecendo as críticas feitas à construção, caso se considere inviável a redução, sustentamos a justificação da conduta do particular, quer com base no estado de necessidade defensivo, quer num geral critério de ponderação de interesses. Por fim, ainda que se desconsiderasse a exclusão da tipicidade e da ilicitude, sobraria causa de exclusão da culpa: a falta de consciência do ilícito não censurável, tendo em vista a dispersão doutrinária e jurisprudencial existente na matéria. Por todo o exposto, não cabe a responsabilização penal do privado pela gravação de áudio que realizou (4.2).

A encerrar a análise, ponderados todos os interesses, concluíramos pela admissibilidade da valoração da gravação obtida pelo privado no caso concreto, não fosse a peculiaridade de não ter captado a proposta de corrupção. Nesse contexto, não se justifica a valoração da gravação como prova, pois em nada modificaria a solução jurídica dada pelo tribunal no processo penal de corrupção. Derradeiramente, é acertada a valoração pelos tribunais portugueses das gravações obtidas pelo privado em colaboração com os órgãos persecutórios estatais, pois a gravação inicial não logrou contaminar às provas

secundárias (efeito-à-distância), que não se originaram daquela. De qualquer forma, sobraria, nesse ponto, o recurso à exceção da fonte independente, já que possível a obtenção das provas secundárias por meio lícito, qual seja, o depoimento do particular prestado às autoridades estatais (4.2).

BIBLIOGRAFIA

AGUILERA MORALES, Marien

- 2008 “Regla de exclusión y acusatório”, in: Bachmaier Winter, Lorena (coord.). *Proceso penal y sistemas acusatórios*, Madrid: Marcial Pons.

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- 2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4.^a ed. Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALEXY, Robert

- 2011 *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores.

ALMEIDA COSTA, A

- 2001 “M. Comentário aos crimes cometidos no exercício de funções públicas (Arts. 372.^º a 374.^º do CP)”, in Figueiredo Dias, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo III: Arts. 308.^º a 386.^º* Coimbra: Coimbra Editora.

ANTUNES, Maria João

- 2009 “Direito Processual Penal – ‘Direito Constitucional Aplicado’”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 745-754.

ANYFANTIS, Spiridon

- 2008 *Provas Audiovisuais: sua valoração no processo penal*, Belo Horizonte: Fórum.

AMBOS, Kai

- 2009 “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el proceso penal alemán”, in *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Editorial Temis.

ASSOCIAÇÃO SINDICAL DOS JUÍZES PORTUGUESES

- 1997 *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XII, Tomo I. Coimbra, Palácio da Justiça.

ÁVILA, Humberto

- 2004 *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 3.^a ed., São Paulo: Malheiros.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de

- 2007 *Provas ilícitas e proporcionalidade*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.

AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato

- 2012 *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, 5.^a ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais.

- BARCELLOS, Ana Paula de
- 2005 *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar.
- BARROSO, Luís Roberto (Org)
- 2006 *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Rio de Janeiro: Renovar.
- 2004 *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo: Saraiva.
- BENEVIDES, Electra Maria de Almeida
- 2002 *O Direito à privacidade e processo penal com destaque para os métodos e meios de prova e sua obtenção*, relatório de mestrado apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, orientadora Professora Doutora Maria Fernanda Palma, Lisboa.
- BELING, Ernst
- 2009 “Las prohibiciones de prueba como límite a la averiguación de la verdad en el proceso penal”, in *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Editorial Temis, pp. 03-56.
- BÉRTOLO ROSA, Luís
- 2010 “Consequências processuais das proibições de prova”, *Revista Portuguesa de Ciéncia Criminal*, Coimbra, Ano 20, n.º 2, pp. 219-278.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes
- 2004 *Estudos sobre Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora.
- CARBONELL, Miguel
- 2007 *Teoria del Neoconstitucionalismo: ensayos escogidos*, Madrid: Editorial Trotta.
- CORREIA, João Conde
- 1999 *Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais*, Coimbra: Coimbra Editora.
- 1999 “Qual o significado de abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência e nas telecomunicações (artigo 32 n.º 8 2.ª parte da CRP)”, *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 20, n.º 79, pp. 45-67.
- COSTA ANDRADE, Manuel da
- 1984 “Sobre a valoração, como meio de prova em processo penal, das gravações produzidas por particulares”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Estudos em Homenagem ao Professor Eduardo Correia)*, Coimbra, n.º especial 1, pp. 545-622.
- 2006 *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, 1.ª ed. reimpr., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2009a *Bruscamente no verão passado. A reforma do Código de Processo Penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente*, Coimbra: Coimbra Editora.

- 2009b “Métodos ocultos de investigação (*plädoyer* para uma teoria geral)”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-555.
- 2012 “Comentário ao Art. 199.º do Código Penal”, in Figueiredo Dias, Jorge de (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal. Parte Especial, Tomo I: Arts. 131.º a 201.º*, 2.ª ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- FIDALGO GALLARDO, Carlos**
- 2003 *La regla de exclusión de pruebas inconstitucionalmente obtenidas en los Estados Unidos de América*, España: La Ley.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de**
- 2004 *Direito Processual Penal* (Clássicos Jurídicos), 1.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2011 *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime*, 2.ª ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora.
- GÖSSEL, Karl-Heinz**
- 1992 “As Proibições de Prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha”, tradução de Manuel da Costa Andrade do original “Die Beweisverbote im Strafverfahrensrecht der BRD”, GA 91, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 2, n.º 3, pp. 397-441.
- GRINOVER, Ada Pelegrini, GOMES FILHO, Antônio Magalhães & FERNANDES, Antônio Scarance**
- 2011 *As nulidades no processo penal*, 12.ª ed. rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES DE SOUSA, João Henrique**
- 2010 “Em busca da regra mágica: O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a universalização das regras de exclusão de prova”, *Revista Julgar*, n.º 11, pp. 21-39.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães**
- 2010 “A inadmissibilidade das provas ilícitas no processo penal brasileiro”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 18, n.º 85, pp. 393-410.
- LAFAVE, Waine R. & ISRAEL, Jerold H**
- 2010 *Criminal Procedure*, 2.ª ed, St. Paul-Minn.
- LAFAVE, Wayne R.**
- 2004 *Search and Seizure – A Treatise on the Fourth Amendment*, vol. 6 (Sections 11.1 through 11.7: Administration of the Exclusionary Rule), 4.ªed., New York: Thomson Reuters.

- LEAL-HENRIQUES, Manuel & SANTOS, Manuel Simas
2004 Código de Processo Penal Anotado. Volume I. 2.ª ed., Lisboa: Rei dos Livros.
- LIMA, Marcellus Polastri
2009 *O Processo Acusatório e a Vedaçāo Probatória: perante as realidades brasileira e alemā: com a perspectiva brasileira já de acordo com a reforma processual de 2008 – Leis 11.689, 11.690 e 11.719*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- JORGE BARREIRO, Agustín
2002 “El delito de descubrimiento y revelación de secretos en el Código Penal de 1995. Un análisis del artículo 197 del CP”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, n.º 6, pp. 99-131.
- KAMISAR, Yale
2003 “In Defense os the Search and Seizure Exclusionary Rule”, in: *26 Harv. J. L. & Pub. Pol'y* 119, pp. 119-140.
2002 *Modern criminal procedure: cases, comments & questions* (Yale Kamisar, Wayne La Fave, Jerold Israel e Nancy King), 10.ª ed., St.Paul: West Publishing Co.
- MARTINS, Milene Viegas
2010 *A admissibilidade de valoração de imagens captadas por particulares como prova no processo penal*, Dissertação (Mestrado em Direito Profissionalizante – Ciências Jurídico-Forenses), Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa.
- MATA-MOUROS, Mária de Fátima
2011 *Juiz das Liberdades: desconstrução de um mito do processo penal*, Coimbra: Almedina.
- MENDES, Elisa Solange Gome
2011 *As provas ilicitamente obtidas por particulares*, Relatório de estágio de mestrado, Ciências Jurídico-Criminais (Direito Processual Penal), orientador Paulo de Sousa Mendes, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2011.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni
2010 *Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais*, São Paulo: Atlas.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel
1999 *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, Barcelona: Bosch.
- MORÃO, Helena
2006 “O efeito à distância das proibições de prova no direito processual penal português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 16, n.º 4.
- MUÑOZ CONDE, Francisco
2008 “De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo”, Buenos Aires: Hammurabi.

- 2007 *Valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal*, 2.^a ed., Buenos Aires: Hammurabi.
- NEVES, Rita Castanheira
- 2011 *As ingerências nas comunicações electrónicas em processo penal: natureza e respetivo regime jurídico do correio electrónico enquanto meio de obtenção de prova*, Coimbra: Coimbra Editora.
- NOWAIS, Jorge Reis
- 2010 *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, Frederico de Lacerda da Costa
- 1998 “A intervenção penal na corrupção administrativa e política”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Volume XXXIX, n.º 2, pp. 519-527.
- RADBRUCH, Gustav
- 2004 *Filosofia do Direito*, São Paulo: Martins Fontes.
- ROGALL, Klaus
- 2010 “A nova regulamentação da vigilância das telecomunicações na Alemanha”, in Palma, Maria Fernanda; Dias, Augusto Silva; Mendes, Paulo Sousa (coord.). *2.º Congresso de Investigação Criminal*, Coimbra: Almedina, pp. 117-143.
- ROXIN, Claus
- 2008a *Derecho Penal. Parte general. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal, Madrid: Civitas.
- 2008b *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires: Hammurabi.
- 2009 “Sobre o desenvolvimento do Direito Processual Penal alemão”, in *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 385-398.
- 2012 *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 27.^a ed., München: C.H. Bech.
- SARMENTO, Daniel
- 2005 *Interesses Públicos versus interesses privados*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SILVA, Bruno César Gonçalves da
- 2010 *Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal*, Campinas, SP: Servanda Editora.

- SILVA, César Dario Mariano da
- 2010 *Provas Ilícitas: princípio da proporcionalidade, interceptação e gravação telefônica, busca e apreensão, sigilo e segredo, confissão, comissão parlamentar de inquérito (CPI) e sigilo*, 6.^a ed. São Paulo: Atlas.
- SILVA, Germano Marques da
- 2006 “Produção e Valoração da Prova em Processo Penal”, *Revista do CEJ*, Lisboa, n.^o 4, pp. 37-53.
- 2010 *Curso de Processo Penal. Vol. II*, 5.^a ed. rev. e atual, Lisboa: Verbo.
- SOARES, Fábio Aguiar Munoz
- 2011 *Prova ilícita no processo: de acordo com a nova reforma do Código de Processo Penal*, 1.^a reimpr., Curitiba: Juruá.
- SOUZA MENDES, Paulo de
- 2004 “As proibições de prova no processo penal”, in: Palma Maria Fernanda (coord.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina.
- 2010 “A Prova Penal e as Regras da Experiência”, In Costa Andrade, Manuel, Antunes, Maria João e Sousa, Susana Aires de, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume III, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 997-1011.
- 2013 *Conferência Internacional sobre Proibições de Prova no Direito Comparado – Comparative Exclusionary Rules*, Lisboa, Instituto de Direito Penal e Ciências Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.
- THAMAN, Stephen C.
- 2011 “Constitutional Rights in the balance: modern exclusionary rules and the toleration of police lawlessness in the search for truth”, in 61 *University of Toronto Law Journal*, pp. 691-735.

DO APROVEITAMENTO EM PROCESSO PENAL DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS POR PARTICULARS¹

José Neves da Costa

ABSTRACT: *The Portuguese Code of Criminal Procedure does not regulate the use of illicit evidence gathered by individuals when conducting a “private investigation”, thus raising the question of whether or not these individuals should comply with the norms applicable to public authorities. Based on Portuguese case law, the question will be addressed through a critical comparison between the opposed solutions found in the laws of the US and Germany, followed by an analysis of the Portuguese Criminal Procedure Law. Lastly, it is concluded that after assessing the rights and values at stake, illicit evidence obtained by individuals should not be used in Court when it violates rights that are more valuable than the ones they are trying to preserve.*

SUMÁRIO: Introdução. I. O caso de estudo; II. Generalidades; 1. Da definição de particular para efeitos de obtenção de prova não comunicável ao Estado; 2. Da admissibilidade processual das “investigações” particulares; III. Direito Comparado; 1. Nos Estados Unidos da América; 1.1. Da evolução jurisprudencial da *exclusionary rule*; 1.2. A aplicabilidade da *exclusionary rule* aos particulares no Texas e a justificação da sua conceção estritamente processual nos EUA; 2. Na Alemanha; 2.1. Da teoria geral das *Beweisverbote*; 2.2. Das *Beweisverbote* expressamente positivadas na legislação processual e a vinculação dos particulares às mesmas; IV. O artigo 126.º do CPP e a vinculação dos particulares; 1. O escopo de proteção e a natureza do artigo 126.º do CPP; V. Aproveitamento das provas ilicitamente obtidas por particulares no Direito Português; 1. Do processo de aproveitamento processual da prova ilicitamente obtida por um particular; 1.1. Do aproveitamento das provas ilícitas pela teoria da ponderação; 1.2. Do complemento da teoria da ponderação pelo escopo de proteção da norma e pelo domínio pessoal da informação; 1.3. Os fatores relevantes e os limites da ponderação a levar a cabo para aproveitamento das provas ilícitas; 2. A letra do artigo 126.º do CPP e o aproveitamento das provas ilicitamente obtidas por particulares em processo; Conclusão.

¹ O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

INTRODUÇÃO

Na atualidade tem-se intensificado o interesse manifestado por indivíduos particulares na investigação penal. Cada vez com mais frequência assistimos à obtenção de provas por particulares para processos penais, agravando-se um problema já amplamente discutido em países como os Estados Unidos da América (doravante, EUA) e a Alemanha, mas pouco discutido em Portugal: o de saber se as provas recolhidas ilicitamente por particulares podem ser usadas em julgamento ou se estes também estão vinculados ao artigo 126.^º do Código de Processo Penal (doravante, CPP).

Desde seguranças e detetives particulares a jornalistas de investigação, passando pelo comum cidadão que grava uma conversa ou filma uma agressão, várias são as hipóteses de recolha de provas relevantes para o processo penal por particulares. E, como facilmente se comprehende, vários são os casos em que esta obtenção de provas viola direitos fundamentais dos cidadãos visados, reclamando-se uma afirmação dos Princípios do Estado de Direito Democrático e da Dignidade da Pessoa Humana, sob a égide dos quais o Estado português se constituiu, conforme dita a Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP) nos seus artigos 1.^º e 2.^º

É ainda impossível prever a evolução deste fenómeno de “privatização da investigação penal”, mas é indubitável que a tendência é para o aumento da participação dos particulares na obtenção de provas. É então sustentável a existência de dois regimes diferenciados de obtenção de prova consoante a recolha seja feita pelas autoridades públicas ou por privados? Este é o problema que nos propomos tratar.

Para tal, tomaremos como referência um caso que recentemente levou esta discussão aos tribunais portugueses e que designaremos por “*Caso BX*”², pelo que num primeiro momento faremos uma exposição do caso na parte que ao nosso estudo releva para, de seguida, expor as soluções configuradas pelas ordens jurídicas Norte-Americana e Alemã, que, como veremos, resolvem o problema de maneiras diferentes.

Por fim, terminaremos a nossa exposição com o estudo da nossa ordem jurídica, procurando determinar se os particulares, quando recolhem provas, estão vinculados ao artigo 126.^º do CPP e, em caso afirmativo, se, em casos de prova proibida, há possibilidade de as aproveitar. Comprometemo-nos ainda a

² Optámos, no nosso estudo, por ocultar todos os nomes das pessoas singulares e coletivas envolvidas no caso jurisprudencial em apreço, de modo a evitar o chamado efeito de *name and shame*.

fazer este estudo sempre comparando as nossas conclusões com as dos Tribunais no “*Caso BX*”.

I. O CASO DE ESTUDO

JB, em finais de 2007, denunciou, simultaneamente, ao Procurador-Geral da República (doravante, PGR), ao Banco de Portugal (doravante, BdP) e à Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (doravante, CMVM) “irregularidades” numa instituição de crédito portuguesa, aqui designada por Banco X (doravante, BX), nomeadamente manipulação de mercado, favorecimento a acionistas e recurso a sociedades sediadas em *off-shores*. Na sequência da denúncia apresentada junto do BdP, iniciou-se o processo contraordenacional n.º 24/07/CO, levado a cabo pelo Conselho de Administração do BdP.

De tal processo contraordenacional, que resultou em condenações de três arguidos, coube recurso de impugnação judicial para a 2.ª secção do 1.º juízo do Tribunal de Pequena Instância Criminal da comarca de Lisboa, motivado pelo facto de a denúncia com que JB avançara se basear em documentos e informações abrangidas pelo dever de sigilo bancário, não se encontrando qualquer indício de verificação de uma das exceções que permitiria o conhecimento desses documentos, a saber: “(*i*) consentimento dos titulares das contas; (*ii*) pedido da autoridade de supervisão; ou (*iii*) despacho judicial”. Assim, o processo estaria inquinado logo na sua génese, violando os artigos 32.º, n.º 8, da CRP e 126.º do CPP, aplicável este último *ex vi* do n.º 1 do artigo 41.º do Regime Geral das Contraordenações, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 433/82, de 27 de outubro (doravante, RGCO). Entendeu ainda o recorrente que, pelo exposto, todo o processado estava igualmente inquinado, devido ao chamado efeito à distância que impede a valoração das provas derivadas da prova proibida e ao efeito continuado que impede a sanação do vício pela repetição da prova.

O Tribunal de Pequena Instância Criminal³, em despacho proferido na audiência de julgamento, entendeu não haver dúvidas de que os documentos que basearam a denúncia estavam sujeitos a sigilo bancário, os quais chegaram a JB por via de alguém, cuja identidade não fora possível identificar, integrante do grupo de agentes sujeitos a tal sigilo nos termos do artigo 195.º do Código Penal (doravante, CP). Entendeu também que não se verificavam as exceções do artigo 79.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras,

³ Despacho disponível em <http://www.dn.pt/DNMultimedia/DOCS+PDFS/Acordao.pdf>.

aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92, de 31 de dezembro (doravante, RGICSF), pelo que tinha havido efetivamente violação de segredo bancário⁴.

O Tribunal de Pequena Instância Criminal decidiu que, embora seja possível que o sigilo bancário tenha de ceder perante interesses superiores, tais como o interesse público na efetivação da justiça penal, no caso em apreço o autor da violação do segredo bancário não procurara realizar um interesse legítimo. Se assim fosse, teria enviado os documentos diretamente ao BdP e nunca anonimamente a JB, uma figura pública com relações privilegiadas com a comunicação social. A remessa dos documentos a JB provavelmente ficara a dever-se a lutas internas de poder dentro da própria administração do banco, motivo que não cabe nos casos justificantes da contração do sigilo bancário, sendo nulas as provas com origem nas informações contidas nas denúncias e não podendo ser usadas em processo contraordenacional por força do n.º 2 do artigo 38.º da CRP e, bem assim, do n.º 3 do artigo 126.º do CPP, aplicável *ex vi* do artigo 41.º, n.º 1, do RGCO.

Deste modo o processo padece de uma malformação genética e, sabendo que é orientação do Tribunal que os particulares são também destinatários das proibições de prova, a decisão final vai no sentido de que, devido ao efeito à distância, e nada havendo que o limite, a invalidade das provas obtidas por JB levam à “*invalidade de todo o processado*” por dependência de provas nulas.

Desta decisão coube recurso do BdP e do Ministério Público (doravante, MP), dando origem ao acórdão de 3 de julho de 2012 do Tribunal da Relação de Lisboa (doravante, TRL), relatado por JORGE GONÇALVES no processo n.º 14538/10.4TFLSB.L1-5⁵. Note-se que estando nós perante um processo contraordenacional, nos termos dos artigos 66.º e 75.º, n.º 1, ambos do RGCO, o TRL opera como tribunal de última instância, só tendo legitimidade para conhecer de matéria de direito.

Na sua decisão, e naquilo que ao nosso estudo releva, entendeu o TRL, em concordância com a primeira instância, que estamos efetivamente perante cópias de documentos sujeitos a sigilo bancário, não se verificando indícios de que tenha ocorrido alguma das exceções previstas no artigo 79.º do RGICSF, tendo-se entendido também em sede de recurso que houve lugar a um crime de violação do dever de sigilo bancário por ser racional e lógica a conclusão de

⁴ Não da parte de JB, como ressalva o Tribunal, mas sim em um momento anterior, quando o titular do dever de sigilo o quebrara, facultando-lhe as informações.

⁵ Disponível em www.dgsi.pt

que, independentemente de se conhecer ou não a sua identidade, o possuidor dos documentos passados a JB estava sujeito ao segredo bancário. E não se diga, como era opinião do MP, que a entrega dos documentos ao BdP apagaría a mácula do crime, pois se o anónimo quisesse seguir fins de justiça teria entregado os documentos às autoridades competentes e não a um cidadão.

No entanto, e apesar do que fica exposto, entendeu, por fim, o TRL que as consequências atribuídas em primeira instância à nulidade das provas eram exageradas.

Desde logo, o TRL entendeu que a obtenção de provas ilícitas por um particular não pode ser irrelevante. O TRL sustentou que, em Portugal, “*as proibições de prova também abrangem a obtenção ilícita de prova por particulares*”, mesmo sendo “*sobretudo na direção das instâncias formais de controlo que caberá prevenir os atentados e agressões que os métodos proibidos de prova configuram*”. Não se pode admitir o uso de meios de prova obtidos à custa de direitos fundamentais do arguido.

No entanto, o TRL não viu qualquer violação de segredo bancário da parte de JB, nem a prática de um crime de devassa da vida privada na transmissão das informações ao BdP, pois as informações respeitam, quando muito, à privacidade *stricto sensu* do BX e, no que respeita aos restantes arguidos, as informações indicavam a existência de ilícitos, pelo que a sua comunicação ao BdP para que este exercesse as suas funções de supervisão foi em cumprimento da alínea *a*) do n.º 2 do artigo 79.º do RGICSF.

Ainda assim, e diga-se sucintamente, decidiu o TRL que, mesmo que se entendesse que as provas, pela sua génese ilícita, deveriam ser desconsideradas, daí não decorriam as consequências radicais de invalidação de todo o processado, pois não há lugar ao efeito à distância. Então, decidiu o TRL pela revogação da decisão do Tribunal de Pequena Instância Criminal, determinando a retoma da audiência de julgamento, relegando-se para “*momento oportuno*” a decisão em conformidade com as provas.

Desta decisão do TRL coube ainda recurso para o Tribunal Constitucional (doravante, TC). Naquilo que nos interessa, entendia-se ser constitucional o artigo 126.º, n.º 3, do CPP, porque violador do n.º 8 do artigo 32.º da CRP, quando interpretado: 1) no sentido de permitir a valoração de provas obtidas pelo BdP a partir de provas nulas porque obtidas mediante intromissão na vida privada, apenas por aquele ser uma das entidades previstas no artigo 79.º, n.º 2, do RGICSF; e 2) no sentido de que a declaração de nulidade e a consequente

proibição de valoração das provas constantes de processo iniciado com uma prova nula exige uma análise das provas uma a uma.

Pela decisão sumária n.º 154/2013, o TC decidiu não conhecer de tais questões, na medida em que aquelas interpretações não correspondiam à *ratio decidendi* do acórdão recorrido ou, por outras palavras, porque não foram aplicadas pelo Tribunal; e porque, por outro lado, faltava legitimidade aos recorrentes para recorrerem, pois as questões em causa não foram previamente suscitadas perante o Tribunal recorrido.

Esta decisão, ainda que dela tenha havido reclamação para a Conferência, foi confirmada pelo acórdão n.º 319/2013, relatado por FERNANDO VENTURA no processo n.º 52/13⁶. Entendeu-se neste acórdão que, independentemente de o TRL referir os artigos 79.º, n.º 2, do RGICSF e 126.º, n.º 3, do CPP, o critério normativo da decisão não se identifica com o sentido da interpretaçãoposta em causa no recurso.

Os recorrentes pressupõem que o processo se baseia em provas inválidas, que necessariamente contaminam todas as provas carreadas para os autos. No entanto, essa premissa não coincide com a decisão recorrida. O TRL limita-se a questionar a relação entre os documentos entregues ao BdP e outros elementos probatórios obtidos de forma autónoma no âmbito do exercício das funções de supervisão, concluindo que a decisão de arquivamento do processo não podia subsistir e haveria que ordenar o prosseguimento do julgamento e a prolação de sentença. No entanto, o TRL não afirma nem nega qualquer relação entre as provas. Nunca se afirma que o BdP pode fundar uma decisão em provas nulas.

Quanto à segunda nulidade arguida, entende o TC que não é dicotómico afirmar a necessidade de avaliar as relações de dependência ou de produção de efeitos entre a prova inválida e as restantes provas, com a ponderação relacional de todas as provas uma a uma, e muito menos com a verificação da validade de qualquer dos meios de prova oferecidos como suporte da decisão condenatória. Assim, a decisão do TRL é conforme ao entendimento do TC anteriormente manifestado no acórdão n.º 198/2004. Se o Tribunal quer afirmar a nulidade de uma prova por intromissão na vida privada, terá de apreciar tanto o seu conteúdo como a forma de obtenção; tal como, para concluir pela invalidade de outras provas carreadas para os autos, terá de analisar individualmente as relações entre provas e a sua origem processual.

6 Disponível in www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/.

O que o TRL entendeu foi que não estava devidamente estabelecida a relação entre as provas, tendo de se apurar individualmente as relações de dependência ou de produção de efeitos entre provas.

II. GENERALIDADES

Como dissemos na abertura deste estudo, os particulares intervêm cada vez mais na investigação penal, oferecendo provas por si obtidas. *Prima facie* dir-se-ia que esta intervenção é saudável, originando uma maior colaboração entre os Órgãos de Polícia Criminal (doravante, OPC)⁷ e os particulares, permitindo uma investigação mais eficiente e uma mais célere reposição da paz social.

No entanto, e ainda que o que fica dito seja verdade, a intervenção dos cidadãos na investigação penal levanta urgentes problemas jurídicos, *maxime* o da necessidade de uma proibição de prova, visto não raras vezes as provas serem obtidas ilicitamente. Com frequência nos deparamos com casos em que particulares, na urgência da aquisição de provas, violam direitos de outros particulares. Veja-se como no “*Caso BX*” é posto em causa o direito à privacidade e à reserva da vida privada dos arguidos por os documentos conterem informações sobre as suas contas bancárias.

Os direitos fundamentais apresentam atualmente uma *dupla dimensão*. Já não sendo configurados exclusivamente numa perspetiva individual como direitos dos indivíduos, configuram também meios de promoção e tutela do próprio Estado, objetivos a atingir pela comunidade. Então, muitos destes direitos fundamentais dos cidadãos encontram-se na base do processo penal, pelo que uma sua violação no âmbito da investigação criminal representará um sacrifício daquelas bases e uma ofensa ao próprio Estado (Costa Andrade, 1984: 553-554; Vieira de Andrade, 2012: 105 ss.).

E mais se diga. Vivemos numa era de tecnologias avançadas que podem (e devem) estar ao serviço da investigação criminal. Cada vez é mais fácil a captura secreta de imagem e som, ou a reprodução sub-reptícia de documentos. Naturalmente que estas tecnologias são cada vez mais utilizadas pelos OPC como meios de obtenção de prova. No entanto, estes casos foram já regulados na legislação processual penal, encontrando-se positivados os pressupostos e formalidades que têm de estar reunidos para que se possa comprimir o

⁷ Cf. a alínea c) do artigo 1.º do CPP e o artigo 3.º da Lei de Organização da Investigação Criminal, aprovada pela Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto (doravante, LOIC).

direito do particular em nome da investigação penal^{8/9}. Veja-se, por exemplo, o artigo 187.º do CPP, que regula a admissibilidade de escutas telefónicas e cuja violação encontra sanção no artigo 126.º, n.º 3, do mesmo diploma.

No entanto, nos casos que consubstanciam o nosso objeto de estudo, estamos perante a obtenção de provas por particulares, fenómeno de escassa regulação legal, não sendo possível ainda detetar regras sobre os casos em que pessoas privadas executam tarefas tipicamente da competência do Estado. Veja-se, a mero título de exemplo, como com a generalização da Internet e o surgimento de cada vez mais e melhores meios de produção e transmissão de dados ao alcance dos indivíduos, se torna tão fácil a violação do direito à imagem ou à privacidade. Com facilidade, hoje em dia, um *hacker* informático se intromete no correio eletrónico de outrem. E mais facilmente ainda qualquer pessoa grava com o telemóvel um vídeo de um crime, uma videoconferência ou uma conversa telefónica, sem que o visado saiba que está a ser gravado.

1. Da definição de particular para efeitos de obtenção de prova não comunicável ao Estado

Fixando o nosso objetivo no estudo das provas obtidas por particulares, importa desde logo e sucintamente fixar quando estamos perante uma prova obtida efetivamente por um particular. Nem sempre que é um indivíduo ou uma empresa particular a obter uma prova estamos perante uma prova obtida por um particular. Isto porque vários são os casos em que a prova obtida é comunicável ao Estado – e é importante que se faça esta delimitação, pois na prática surgem casos difíceis¹⁰.

Quando haja comunicação da atuação particular ao Estado, tudo acontece como se a prova tivesse sido obtida por uma entidade pública. Falamos dos casos em que o Estado tem uma participação relevante na obtenção da prova, instigando um particular a obter provas por métodos proibidos, apoiando-o no

8 As eventuais lacunas de regulação que existam não cabem no objeto do nosso estudo.

9 Winfried Hassemer (2004: 15-25), em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, nas Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais, mostrou-se bastante preocupado com esta temática por entender que as garantias processuais penais clássicas e os direitos fundamentais dos cidadãos se encontram ameaçados, particularmente nos países ocidentais.

10 Cf. o caso *Liechtenstein* (LG Bochum, 07/08/2009, disponível in: NStZ 2010, 351-352) em que dados bancários foram guardados por particulares em DVDs e depois foram vendidos às autoridades alemãs (Ambos, 2010: 111-112). Cf. também o caso do BGH (21/07/1998, disponível in: NJW 1998, 3506-3508) em que um particular, enquanto colega de cela do arguido e em cooperação com as autoridades, se fez passar por um vidente com poderes psíquicos para extrair daquele uma confissão (Jahn, 2000, 441 ss.).

seu desígnio ou atribuindo-lhe tal tarefa. A prova será comunicável ao Estado quando haja da parte deste a consciência da natureza da tarefa a levar a cabo pelo particular, sendo suficiente que as autoridades tomem conhecimento e aprovem a atuação do particular. Por seu turno, se a iniciativa for do particular e a intervenção do Estado apenas se der *ex post*, não há comunicação do comportamento que será puramente privado¹¹.

Importante é ainda deixar uma nota de esclarecimento terminológico. Por facilidade de expressão, falamos aqui em “obtenção de provas” e em “investigações particulares”. No entanto, tal não é tecnicamente correto, uma vez que a atuação dos particulares não é uma “investigação” em sentido técnico, visto esta ser a atividade pública levada a cabo, nomeadamente, pelos OPC; tal como os resultados obtidos não têm a natureza de provas, visto estas serem o resultado da atividade instrutória.

2. Da admissibilidade processual das “investigações” particulares

Do que fica aqui exposto não pode decorrer que não sejam admissíveis as “investigações” particulares (Jäger, 2003: 122). Aliás, no que ao arguido respeita, veja-se que este tem mesmo, nos termos do artigo 1.º da CRP que proíbe a sua redução a mero objeto do processo, um direito fundamental a desenvolver a sua própria “investigação” paralela à do MP. Se ao arguido estivesse reservada uma postura de espetador passivo, não lhe sendo permitido influenciarativamente a investigação, a sua posição de sujeito processual ficaria posta em causa. Mesmo do próprio CPP, mais precisamente da alínea g) do n.º 1 do artigo 61.º, decorre que o arguido pode apresentar provas, sendo possível a conclusão de que pode obter provas procedendo para o efeito a “investigações” próprias. Também a ideia de que há um monopólio estatal da investigação não pode ser um limite à atuação particular do arguido, pois o facto de o MP ter de desenvolver as suas investigações *à charge et à decharge* (artigos 53.º, n.º 1, e 262.º, n.º 1, ambos do CPP) não implica que mais ninguém possa contribuir para o esclarecimento do crime.

Para o assistente, por seu turno, a questão podia colocar-se de forma diferente por não haver perigo de este se tornar objeto do processo. No entanto, na alínea a) do n.º 2 do artigo 69.º do CPP, também para o assistente o legislador previu a possibilidade de oferta de provas em processo.

11 Cf., no respeitante a esta questão da imputação ao Estado da prova obtida, o que fica exposto por Bubany & Cockerell (1981: 612-614), Ambos (2010: 106) ou Kaspar (2013: 213-218).

E diga-se ainda que o processo penal se rege pelos Princípios do *Fair Trial* e da Igualdade de Armas, enquanto expressões do Princípio do Estado de Direito, e estes apenas são cumpridos se os sujeitos processuais não estiverem limitados aos factos apurados pelo MP (Brunhöber, 2010: 572-576; Kaspar, 2013: 208-209)¹².

Mas mesmo as investigações feitas por terceiros neutros não são ilegais, nem fazem deles sujeitos processuais. O facto de não existir uma norma que preveja e regule estas atuações não lhes pode ser um limite, sob pena de cairmos na sugestão de que o que não está expressamente permitido é proibido ao cidadão. E esta atuação está coberta pelos artigos 1.º, 2.º, 26.º, n.º 1, e 27.º, n.º 1, da CRP, que positivam a liberdade de atuação.

Assim, e à luz do que fica dito, podem os particulares fazer mais do que o que se permite às autoridades públicas? Aquando da reforma¹³ de 2007 do CPP, várias eram as áreas que reclamavam intervenção da parte do legislador e uma delas era precisamente o regime das proibições de prova. Ainda assim, o legislador “não fez [...] o essencial do que devia” (Costa Andrade, 2009: 119).

Para resolver os novos problemas que se colocam, não basta recorrer aos princípios gerais tradicionais. É imperativa a imposição de novas soluções que conciliem os direitos dos particulares com as necessidades probatórias, tal como se apresentam na modernidade, cabendo ao legislador positivá-las, sob pena de acabarmos com um direito obsoleto e desatualizado que não oferece soluções para muitos problemas emergentes.

III. DIREITO COMPARADO

1. Nos Estados Unidos da América

As regras de proibições de prova surgiram no direito norte-americano sob a designação de *exclusionary rule* e baseiam-se na *Fourth Amendment*¹⁴, que,

12 Na medida em que estas ações de obtenção de prova são direitos do arguido e do assistente, conforme demonstrámos, também podem ser levadas a cabo pelos respetivos advogados, visto competir a estes exercer e defender os direitos do seu mandante (cf. artigos 63.º, n.º 1, e 70.º, n.º 3, ambos do CPP, e artigo 92.º, n.º 2, do Estatuto da Ordem dos Advogados).

13 Que não passou na verdade de uma simples revisão legislativa, visto não parecer ter sido intenção do legislador mudar nem o modelo processual penal português de 1987, nem o paradigma do mesmo, condições necessárias à existência de uma verdadeira reforma (Figueiredo Dias, 2008: 367-368).

14 Na Quarta Emenda pode ler-se: “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.*”

inspirando-se na máxima segundo a qual “[e]very man’s house is his castle” (Lieber, 1853: 44), procura opor-se a buscas e apreensões (*searches and seizures*) ilegais, feitas em violação da *Fifth Amendment* que, por seu turno, proíbe a autoincriminação.

1.1. Da evolução jurisprudencial da *exclusionary rule*

A *exclusionary rule* norte-americana, fruto de desenvolvimento jurisprudencial como é característico dos ordenamentos anglo-saxónicos, foi pela primeira vez reconhecida num Tribunal norte-americano, em casos penais, em 1914, no caso *Weeks v. United States* (232 U.S. 383)¹⁵, que reconheceu que não se podia admitir em Tribunal a valoração de provas obtidas em violação de direitos dos arguidos, sob pena de uma completa inutilização da proteção conferida pela *Fourth Amendment*¹⁶. Entendeu-se que o objetivo da emenda é impor limites aos Tribunais dos EUA e às polícias aquando do exercício das suas funções de autoridade, protegendo “*the people, their persons, houses, papers and effects against all unreasonable searches and seizures.*” Assim, reconhece esta decisão que a busca da verdade não pode prejudicar anos de esforço e sofrimento com vista ao estabelecimento de uma Constituição democrática, pelo que, tendo as apreensões em causa (cartas incriminatórias apreendidas sem mandado) violado direitos constitucionais do arguido (nomeadamente, a privacidade do domicílio e a reserva da vida privada), as cartas deveriam ser restituídas ao proprietário, não podendo ser usadas em julgamento.

De seguida, em 1920, o acórdão do caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States* (251 U.S. 385) reconheceu a chamada *fruit of the poisonous tree doctrine*. Entendeu o *United States Supreme Court* que, tendo sido recolhidos, sem mandado, vários documentos, e embora o *District Court* tenha ordenado a sua devolução ao arguido reconhecendo a ilicitude, não podia ser admitido o

15 Previamente a este caso, já em 1886, no caso não penal *Boyd v. US* (116 US 616), fora formulada a *exclusionary rule*. Estava em causa a cobrança de direitos alfandegários à sociedade E. A. Boyd & Sons. Entendeu-se aqui que obrigar alguém a entregar documentos autoincriminatórios é semelhante a uma *search and seizure*, pelo que proibi-lo está dentro do espírito da *Fouth Amendment*, assim como a entrega de documentos autoincriminatórios será equivalente a obrigar uma pessoa a prestar testemunho contra si, caindo na proibição da *Fifth Amendment*, pelo que a prova é proibida. As emendas protegem os cidadãos de todas as formas de invasão da privacidade e santidade do domicílio perpetradas por entidades oficiais, não sendo apenas “*the breaking of his doors and the rummaging of his drawers that constitutes the essence of the offense*”, mas sim qualquer violação da personal security, liberty e private property.

16 Pode ler-se na decisão que “[t]he protection of the Fourth Amendment reaches all alike, whether accused of crime or not”.

estudo fora do Tribunal dos mesmos com vista à descoberta de outros meios de prova a partir dos documentos ilicitamente obtidos e, bem assim, com vista a obtê-los de maneira lícita. A ser assim, reduzir-se-ia a “*Fourth Amendment to a form of words.*” É entendimento do Tribunal que a lei pretende que os documentos não sejam usados de todo¹⁷.

Assim, no espaço de seis anos a jurisprudência norte-americana sobre meios de prova evoluiu bastante, estabelecendo que não podem ser valoradas em Tribunal provas obtidas em violação dos direitos constitucionais dos arguidos, tal como não podem ser usadas, nem estudadas, de todo, provas que delas decorram. No entanto, e no que ao nosso estudo interessa, em 1921, no caso *Burdeau v. McDowell* (256 U.S. 465), o Tribunal deixou bem claro que estas regras não se aplicavam a particulares quando fossem estes a obter as provas, adotando uma conceção da *exclusionary rule* como norma estritamente processual destinada a regular a atividade da polícia. No referido caso, Burdeau apossou-se de livros e documentos de McDowell, tendo-os entregue às autoridades, pedindo este último a sua devolução. Não se questiona que os documentos foram furtados a McDowell, na sequência de uma invasão do seu escritório particular e de uma violação de cofres privados e gavetas trancadas. A questão coloca-se quanto à utilização em julgamento das provas recolhidas.

Quanto a isso, diz o *United States Supreme Court*, referindo-se à *Fourth Amendment*: “[i]ts origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority, and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies”. Assim, não tendo estado nenhuma força da autoridade envolvida na obtenção dos documentos, não se afirma nenhuma violação da segurança garantida pela *Fourth Amendment*.

Esta jurisprudência mantém-se até hoje, continuando a considerar-se nos EUA que as provas obtidas por particulares não estão sujeitas ao escrutínio da *Fourth Amendment*.

Então, aparentemente são admissíveis provas recolhidas por particulares com base, por exemplo, em fraude, coação, invasão de privacidade ou violação da vida privada, sendo particularmente desejadas provas como fotografias, vídeos, gravações ou diários pessoais, pelo seu elevado valor probatório. Outra consequência desta conceção é precisamente o facto de os seguranças particulares

¹⁷ Note-se que tal não quer dizer que os factos descobertos a partir destes documentos se tornem sagrados e inacessíveis. Mas só podem ser apreciados se forem descobertos através de uma fonte lícita e autónoma.

(por exemplo, os guarda-costas ou os seguranças de bares e discotecas) não verem a sua atuação limitada pelas exigências que impendem sobre a polícia (*v.g.*, a leitura dos *Miranda Rights*, obrigatória para as forças policiais públicas desde o caso *Miranda v. Arizona*¹⁸).

Talvez se possa dizer que as consequências deste entendimento da jurisprudência norte-americana foram um pouco mitigadas em 1936 pelo acórdão do caso *Brown et al. v. State of Mississippi* (297 U.S. 278), no qual estava em causa a condenação de três homens afro-americanos que, após o uso de chocante brutalidade pelas forças da autoridade¹⁹, confessaram o homicídio de Raymond Stewart, pelo qual foram condenados a pena de morte. Tendo sido as confissões coercivamente obtidas as únicas provas capazes de sustentar a acusação, decidiu o Tribunal que, ainda que os vários Estados federados sejam livres de regular a atuação dos seus Tribunais consoante as suas próprias ideias de política, não o podem fazer em ofensa dos Princípios de Justiça já de tal maneira enraizados na consciência popular que são tidos como fundamentais. Mais: diz o Tribunal que o uso de tortura e a valoração da confissão assim obtida levam a que nem sequer se possa chamar de julgamento ao processo por que os arguidos passaram.

Assim, à luz desta posição do *Supreme Court* cremos ser defensável que, quando sejam particulares a obter provas pelo uso de tortura ou de qualquer outro meio ofensivo de Princípios de Justiça enraizados na consciência do povo, também àquelas possa ser recusado qualquer valor em Tribunal. Todavia, este nosso entendimento nunca foi testado jurisprudencialmente nos EUA e certo é que na jurisprudência norte-americana a *exclusionary rule* não se dirige aos particulares, mas tão-somente aos órgãos das forças policiais, exceto quando aqueles atuam no interesse e às ordens das instâncias formais de controlo penal. Nestes casos estão sujeitos ao mesmo regime da *exclusionary rule* que as polícias, sendo a prova comunicável ao Estado²⁰.

18 384 U.S. 436 (1966).

19 Entre outras barbaridades, a polícia pendurou um deles pelo pescoço a uma árvore duas vezes e, vendo que este não confessava, chicoteou-o até confessar, assim como obrigou os outros dois a despirem-se para os chicotear nas costas com um cinto de pele com as fivelas a rasgar-lhes as costas, só parando a tortura quando a confissão estava de acordo com as exigências de pormenor da polícia, tendo os torturados modificado e ajustado a sua confissão várias vezes.

20 Cf. *Stapleton v. Superior Court* (70 Cal.2d 97), de 1968, ou *U.S. v. Henry* (447 U.S. 264), de 1980.

1.2. A aplicabilidade da *exclusionary rule* aos particulares no Texas e a justificação da sua conceção estritamente processual nos EUA

Apesar do que fica exposto, houve durante vários anos uma discussão sobre quais os Estados que adotariam ou não a *exclusionary rule*²¹. Todavia, em 1961, a decisão do caso *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643) derrogou a sentença anterior do caso *Wolf v. Colorado* (338 U.S. 25), de 1949, e impôs a *rule* a todos os Estados. Todavia, os moldes da imposição não foram necessariamente uniformes. Isto porque nos EUA há um Estado que tem uma conceção da *exclusionary rule* contrastante com a da jurisprudência do *Supreme Court* e com o entendimento sobre a Constituição Federal.

Na Constituição do Estado do Texas, a secção 9 do artigo primeiro regula as *Searches and Seizures* nos mesmos moldes que a *Fourth Amendment* à Constituição Federal. No entanto, no artigo 38.23 do *Texas Code of Criminal Procedure* pode ler-se que “*no evidence obtained by an officer or other person in violation of any provisions [...], shall be admitted in evidence against the accused on the trial of any criminal case.*” Assim, na lei texana a *exclusionary rule* aplica-se a qualquer pessoa e não apenas às forças policiais²².

Em 1995 tentou terminar-se qualquer discussão que pudesse ainda restar na jurisprudência relativamente à *exclusionary rule* com a proposta legislativa do *Exclusionary Rule Reform Act of 1995*²³. No entanto, tal proposta falhou a aprovação no Senado, ainda que tenha sido aprovada pela *House of Representatives*.

A conceção estritamente processual da *exclusionary rule* que vimos existir nos EUA é justificada, desde logo, por se entender tratar-se de uma exigência do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, visto a valoração em Tribunal de provas ilicitamente obtidas levar à completa inutilização da *Fourth Amendment*, mais valendo nesse caso retirá-la da Constituição²⁴. Assim, é desnecessária a positivação da *exclusionary rule*, pois a própria proteção dos direitos fundamentais exige logicamente esta regra.

21 Cf., a título de exemplo, casos como o *People v. Defore* (150 NE 585), de 1926, no qual o relator *Judge* (posteriormente *Justice*) Cardozo escreve que o *Court of Appeals of New York* não vai adotar a *exclusionary rule* por este não ser o único meio eficaz de reforço da *Fourth Amendment*; ou o *People v. Cahan* (282 P.2d 905), de 1955, que adota na Califórnia a *exclusionary rule*.

22 Sobre a lei texana das proibições de prova, cf. Bubany & Cockerell (1981).

23 Disponível online em <http://www.govtrack.us/congress/bills/104/hr666/text>.

24 Cf. *Weeks v. United States* (232 U.S. 383), de 1914, cujo entendimento foi posteriormente reforçado por outras decisões, tais como a proferida em *Mapp v. Ohio* (367 U.S. 643).

De seguida, argumenta-se axiologicamente, dizendo-se que os órgãos públicos ao serviço do Estado têm de cumprir as leis exemplarmente, pois se o Estado quebrar as leis cria no povo desprezo pelas mesmas, propiciando a anarquia²⁵. No caso *Elkins v. United States* (1960)²⁶, o *Supreme Court* fala mesmo na “*judicial integrity*” que é posta em causa²⁷. Como se diz em *Mapp v. Ohio* (1961)²⁸, se o criminoso tiver de ser absolvido, será porque a lei assim o entendeu e o Estado tem de cumprir, pois nada destrói um governo tão rapidamente como a sua incapacidade de observar as suas próprias leis.

Entende-se ainda nos EUA que a *exclusionary rule* tem uma função preventiva, funcionando como um travão imposto aos órgãos estaduais nas suas funções de recolha de provas. No fundo, trata-se de um castigo imposto à polícia. Este entendimento, podemos encontrá-lo, por exemplo, no já aqui citado caso *Elkins v. United States*, no qual o *Supreme Court* escreveu que a regra servia para prevenir a violação dos direitos dos cidadãos e não para a reparar, impondo o respeito pelas garantias constitucionais, removendo o instinto pela violação. Tal entendimento foi reafirmado posteriormente em casos como *Linkletter v. Walker* (1965)²⁹ ou *U. S. v. Calandra* (1974)³⁰.

Ao longo dos anos, o *Supreme Court* tem revisto o escopo de proteção da *exclusionary rule*, definindo alguns casos em que tal regra não se aplica³¹. A evolução mais recente nesse sentido deu-se com o caso *Hudson v. Michigan* (2006), relatado pelo Justice ANTONIN SCALIA³². Neste caso estava em causa uma situação de violação da regra *knock-and-announce*, exigida pela *Fourth Amendment*, nos termos da qual a polícia, antes de entrar num imóvel particular, tem de bater à porta, anunciar a sua presença e esperar um tempo razoável. A polícia de Detroit, chegada à residência de Booker Hudson, em execução

25 Cf. o caso *Olmstead v. United States* (277 U.S. 438), de 1928.

26 364 U.S. 206.

27 Este argumento é também usado pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante, TEDH), que entendeu recentemente no caso *Gäfgen v. Germany*, de 1 de junho de 2010, que há um interesse público em assegurar a “*integrity of the judicial process*”, que ficaria posta em causa pela admissão de provas obtidas ilicitamente em violação dos Direitos Humanos.

28 367 U.S. 643.

29 381 U.S. 618.

30 414 U.S. 338.

31 Cf. casos como *United States v. Leon* (468 U.S. 897), de 1984, e *Arizona v. Evans* (514 U.S. 1), de 1995.

32 547 U.S. 586.

de um mandado de busca de armas e estupefácia, esperou apenas “*three to five seconds*” antes de entrar pela porta da frente destrancada, tendo descoberto grandes quantidades de droga e uma arma carregada.

Decidiu o *U. S. Supreme Court* por maioria (5-4³³) que uma violação da *knock-and-announce rule* não implica a supressão das provas obtidas na investigação subsequente. Tal supressão tem funcionado como último recurso e não como primeiro impulso, pois a *exclusionary rule* acarreta elevados custos sociais. Aliás, custos que neste caso seriam consideráveis quando ponderados com os potenciais efeitos preventivos, originando um precedente de exclusão de provas incriminatórias e oferecendo um “*get-out-of-jail-free card*”, além de que a polícia ficaria receosa e passaria a esperar mais tempo que o exigido por lei para entrar nas residências. Mais: a exclusão da prova praticamente não tem efeito preventivo, particularmente quando o profissionalismo da polícia tem vindo a crescer e quando existem mecanismos preventivos alternativos.

Assim, a exclusão não pode assentar meramente no facto de a violação da Constituição ter sido a “*but-for*” cause da obtenção da prova. Tal causalidade é necessária para a exclusão, mas não suficiente *per se*. A *knock-and-announce rule* protege a própria polícia da reação de residentes surpreendidos, bem como previne danos em propriedade privada e protege a privacidade e dignidade das pessoas. O objeto de proteção da *knock-and-announce* nunca foram as provas descritas num mandado.

Com este entendimento, o *U. S. Supreme Court* cria um precedente de não exclusão das provas obtidas em violação da *knock-and-announce rule*, quando estejam em causa a obtenção de provas sujeitas a mandado de busca e não haja necessidades de prevenção do comportamento policial. Este entendimento foi recebido na doutrina com reações mistas, sendo aplaudido por autores como Lisa Mattern (2007: 472-274), enquanto recebia críticas de outros como Brian Uholik (2007: 278-293), Benjamin Robinson (2007: 482-485) ou Sharon Davies (2007: 1210-1237). Inclusive foi levado a cabo um estudo empírico que procurava comparar a eficácia da *exclusionary rule* com a de mecanismos preventivos alternativos, tendo-se concluído que a melhor formação da polícia é o fator de prevenção alternativo mais eficaz, seguido da existência de mais polícias bem-educadas e, só em terceiro lugar, da efetiva aplicação de medidas

33 Os quatro *Justices* em minoria apresentam um voto de vencido em conjunto, enquanto o *Justice* Kennedy, embora em acordo com a maioria, ressalva que se se verificar um padrão comportamental na polícia de desrespeito pela *knock-and-announce rule* reveria a sua posição.

disciplinares internas. Concluiu-se também que, embora os agentes da polícia tenham, na sua maioria, consciência da eficácia destes fatores preventivos, continuam a ser da opinião que a *exclusionary rule* é o meio mais eficaz de prevenção, pelo que se entendeu que o Tribunal deveria repor a *rule* como meio preventivo, sendo de investir ainda mais também nos fatores alternativos (Totten & Cobkit, 2012. 441-443, 448-453).

Por seu turno, na jurisprudência, e ainda que os Tribunais inferiores estejam vinculados ao precedente do *Supreme Court*, têm-no aplicado de forma expansiva, conforme sucedeu no *Fifth Circuit Court of Appeals*³⁴, que aplicou o precedente sob lei federal estatutária, ou no *First Circuit Court of Appeals*³⁵, que estendeu a regra do *Supreme Court* à violação do *knock-and-announce* no cumprimento de mandados de captura. Também no *Sixth Circuit Court of Appeals* houve uma interpretação extensiva da decisão do *Supreme Court*, tendo a regra sido aplicada a buscas sem mandado³⁶.

2. Na Alemanha

Ao longo da evolução da *exclusionary rule* norte-americana, alguns dos seus críticos, como o *Chief Justice BURGER*³⁷ ou o *Judge Malcolm Wilkey*³⁸, apontaram-na como exclusiva da jurisprudência norte-americana. No entanto, um país que indubitavelmente aderiu à teoria da *exclusionary rule* foi a Alemanha, onde, se uma prova apresentada violar direitos constitucionalmente consagrados do arguido, deve ser excluída.

As proibições de prova, na Alemanha, são o resultado de uma tarefa conjunta do direito positivado e da jurisprudência, tendo surgido como meios processuais de reforço do direito substantivo e, devido ao importante contributo da doutrina na construção do instituto, emergem menos fragmentárias e mais coerentes do que a *exclusionary rule*. Devido às suas experiências diferentes, a Alemanha e os EUA desenvolveram as respetivas proibições de prova como institutos diferentes (Herrmann, 1985: 1292; Costa Andrade, 2006: 135-136).

34 *United States v. Bruno*, 2007 (487 F. 3d 304).

35 *United States v. Pelletier*, 2006 (469 F. 3d 194).

36 *United States v. Smith*, 2008 (526 F. 3d 306).

37 Cf. o voto de vencido do *Chief Justice Burger* no caso de 1971 *Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents* (403 U.S. 388), onde se lê que a *exclusionary rule* é “unique to American jurisprudence.”

38 Escreve este autor que a prova de que a *exclusionary rule* é irracional é o facto de não ter sido adotada por mais nenhum país civilizado (Wilkey, 2009: 216).

Não se pode dizer que o *Grundgesetz* (doravante, GG) não estabelece bases sólidas de proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos. Veja-se, nomeadamente, os artigos 1.º, n.º 1, onde se estipula que a Dignidade Humana é inviolável, sendo dever de todas as autoridades públicas a sua proteção, 2.º, n.º 1, que estipula que todas as pessoas têm direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, 10.º, n.º 1, que estabelece a inviolabilidade da privacidade da correspondência e telecomunicações e 13.º, n.º 1, onde se lê que o domicílio das pessoas também é inviolável. Veja-se ainda como nos n.os 2 tanto do artigo 10.º como do artigo 13.º se prevê que as restrições aos direitos aí assegurados podem existir apenas quando positivadas na lei.

E, como é típico nos países de *civil law*, em concretização da Constituição, na Alemanha encontramos o *Strafprozessordnung* (doravante, StPO) onde estão definidos os procedimentos a seguir em matéria processual penal, incluindo os procedimentos de recolha de prova. Em caso de violação destas normas a prova será proibida. Mas a lei alemã em matéria das *Beweisverbote* é insuficiente, surgindo ao seu lado uma teoria geral das proibições de prova assente no GG (Jahn, 2008: 13).

2.1. Da teoria geral das *Beweisverbote*

Por não assentarem na lei positiva, as proibições de prova não escritas exigem uma base material, que pode ser encontrada em dois princípios constitucionais. Desde logo, no *Rechtsstaatsprinzip* (Princípio do Estado de Direito), previsto no artigo 20.º do GG³⁹, que procura assegurar a pureza do processo, garantindo que as provas não foram obtidas com recurso ao uso da força bruta ou a meios enganosos. Assim, à partida, esta inconstitucionalidade conduzirá à proibição da prova. No entanto, este entendimento é mitigado pelo facto de nos Tribunais alemães serem apreciadas separadamente as buscas e as apreensões, por se entender que as apreensões são a verdadeira fonte da prova. Então, os Tribunais alemães entendem que, se a busca violar o *Rechtsstaatsprinzip*, não há necessariamente lugar a proibição da prova, sendo necessária uma análise da apreensão. A prova só será excluída se a apreensão também for inconstitucional (Bradley, 1983: 1034, 1039-1041; Ambos, 2010: 40 ss.).

De seguida releva ainda o Princípio da Proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeit*), que estipula que as provas utilizadas devem ser proporcionais à gravidade do

³⁹ Lê-se neste preceito que a lei está sujeita à ordem constitucional, enquanto os poderes executivo e judicial estão vinculados à lei e à justiça.

crime a perseguir e ao grau da suspeita. Este princípio acarreta ainda uma ideia de recurso ao meio menos gravoso, na medida em que, se bastar o uso de um meio de prova menos invasivo, não se deve recorrer ao mais gravoso (Bradley, 1983: 1034, 1041-1042).

Desta forma, os Tribunais alemães desenvolvem um processo em dois passos: primeiro verificam se a prova foi ou não obtida em violação do Princípio do Estado de Direito. Havendo esta violação a prova deve ser excluída. No entanto, em caso de mera ilegalidade da prova, o Tribunal considera o Princípio da Proporcionalidade, sopesando os valores em causa. Se concluir pela prevalência dos direitos individuais do particular sobre o interesse público na descoberta da verdade material, a prova será excluída.

O que aqui fica exposto é bem ilustrado por casos como o que ficou conhecido como o Primeiro Caso do Diário⁴⁰, decidido a 21 de fevereiro de 1964 pelo *Bundesgerichtshof* (doravante, BGH). Estando em julgamento um caso de perjúrio, a esposa do arguido deu à polícia o diário que este guardava em casa. Aplicando o Princípio da Proporcionalidade, o Tribunal reverteu a condenação do arguido, entendendo que o uso do diário violava os seus direitos de privacidade, sendo inadmissível à luz dos artigos 1.º e 2.º do GG. No entanto, o Tribunal frisou que a mera violação dos direitos de privacidade do arguido não excluía imediatamente o uso da prova, sendo a exclusão necessária neste caso porque a gravidade da invasão era substancialmente maior do que a natureza do crime. O Tribunal afirmou ainda que devassas de diário relativamente à prática de crimes não são absolutamente proibidas, pois o interesse público na perseguição penal prevalece sobre os interesses do arguido.

Ficam assim ilustradas algumas diferenças entre a *exclusionary rule* e as *Beweisverbote*. Especialmente, e no que para o nosso estudo releva, fica visível como nos EUA o uso do diário teria sido admitido, uma vez que fora reconhecido por um particular, enquanto na Alemanha o diário foi proibido, tendo-se aplicado as *Beweisverbote* a um particular⁴¹.

40 Disponível in: *NJW*, 1964, 24, p. 1143.

41 Veja-se o que o BGH escreve no Primeiro Caso do Diário: “Estando em causa registos íntimos, apenas o reconhecimento da proibição da sua valoração garante uma eficaz proteção da personalidade, independentemente de os mesmos chegarem ao conhecimento das autoridades competentes mediante ato público ou através da atuação de particulares. Em casos destes deve ser sempre evitada a intromissão na esfera da vida privada, sendo juridicamente irrelevante o modo como os escritos chegaram, contra a vontade do autor, ao conhecimento das autoridades.”

Mas, como vimos para a ordem jurídica norte-americana, também na Alemanha a questão da aplicação das proibições de provas aos particulares não se coloca quando estes atuem ao serviço das forças policiais. Quando assim é, o resultado é comunicável ao Estado, sendo indiscutível que a atuação é feita sob o crivo das *Beweisverbote* (Rogall, 2004: 144, 12; Ambos, 2010: 30). O problema só emerge quando há uma atuação autónoma por parte dos particulares. E aí os Tribunais germânicos têm proibido o uso destas provas, em nome da defesa dos direitos de personalidade e da privacidade dos arguidos, pouco importando como a prova chegou ao conhecimento do Tribunal. O que releva é o efeito que terá o uso dessa prova em juízo. O que é, como vimos, exatamente o oposto do que sucede na jurisprudência norte-americana (Herrmann, 1985: 1304-1305; Costa Andrade, 2006: 154-155).

A jurisprudência do BGH foi clarificada num caso de 31 de janeiro de 1973 do *Bundesverfassungsgericht* (doravante, BVerfG)⁴², em que um casal gravara secretamente uma conversa com um terceiro onde ficava clara uma fraude fiscal, tendo posteriormente entregue a gravação às autoridades. Neste caso, o Tribunal decidiu com recurso à Teoria das Três Esferas (*Dreistufentheorie*), de modo a determinar se a prova deveria ou não ser valorada. Assim, identificou o Tribunal três níveis de proteção constitucional: nos casos da *Kernbereich* em que o uso de provas viole os direitos mais básicos dos indivíduos, a inviolabilidade da dignidade da pessoa humana prevalece sobre todo e qualquer poder do Estado, devendo as provas ser excluídas; por seu turno, nos casos da *Privatebereich*, as provas podem ser usadas, mas apenas em casos de interesse público preponderante; por fim, uma terceira esfera de proteção diz respeito aos casos em que não se expõe a privacidade dos indivíduos, tendo esta esfera como consequência nunca estas provas poderem ser excluídas pela Proporcionalidade.

O Tribunal entendeu que a gravação em apreço caía na segunda esfera de proteção, não podendo ser apreciada por não haver um interesse público preponderante que se sobreponesse. No entanto, sublinhou que o resultado poderia ter sido diferente se o arguido estivesse acusado da prática de crimes violentos.

Nos dois casos apresentados *supra*, a jurisprudência germânica demarca-se claramente da jurisprudência norte-americana, proibindo provas obtidas por particulares, não por serem ilícitas, mas por serem demasiado privadas.

⁴² Disponível in: NJW, 1973, 20, 891ss. Similar é o caso do BVerfG de 24 de maio de 1977, referente a uma busca por registos clínicos num centro de reabilitação, disponível in: NJW 1977, 46, 2119 ss.

No entanto, a teoria das três esferas já foi abandonada pelos Tribunais alemães, tendo vindo a ser adotada a chamada *Teoria da Ponderação (Abwägungslehre)*, que procura ponderar os interesses em causa olhando à gravidade do facto praticado e ao peso da infração processual ocorrida⁴³.

Assim, a *exclusionary rule* e as *Beweisverbote* servem propósitos distintos. Desde logo, o objetivo primário das proibições de prova na Alemanha não é a dissuasão dos agentes públicos do recurso a meios ilícitos na obtenção de provas, como vimos ser um dos principais objetivos na América. Tal fica claro se constatarmos que o BGH, ao decidir pela exclusão probatória de um diário licitamente apreendido, dizendo apenas que tal diário poderia ser usado em casos de crimes mais graves, poucas ou nenhuma orientações deu à polícia sobre quando devem ou não apreender um diário. Será então uma decisão *ad hoc* do Tribunal de admitir, ou não, as provas. Assim, as proibições de prova na Alemanha preocupam-se mais com a integridade do processo judicial, protegendo os direitos dos indivíduos, sendo a prevenção de ilícitos na procura da verdade e a disciplina dos órgãos das forças policiais objetivos secundários, uma consequência e não o objetivo das proibições de prova (Bradley, 1983: 1035-1036, 1044, 1047; Herrmann, 1985: 1302; Beulke, 2005: 269, 454; Costa Andrade, 2006: 154-155).

É verdade que o sistema alemão oferece menos proteção dos direitos dos cidadãos que o sistema norte-americano. No entanto, na Alemanha – pelo menos sob a alçada do Princípio da Proporcionalidade – dá-se solução a uma questão a que nos EUA não se dá: um crime grave não fica por punir apenas por ter havido um erro da polícia. Por outro lado, a proteção processual contra as atuações de particulares nos EUA é praticamente nula, sendo maior na Alemanha (Bradley, 1983: 1048).

2.2. Das *Beweisverbote* expressamente positivadas na legislação processual e a vinculação dos particulares às mesmas

Como referimos, na ordem jurídica alemã, para além das proibições de prova assentes no GG, há ainda proibições de prova previstas no StPO. A norma mais explícita encontramo-la no §136a, que surgiu em 1950 como resposta às atrocidades cometidas no período nacional-socialista. Assim, mais do que a mera regulação dos métodos ilegais de interrogatório, tal norma representa

43 Cf. decisão do BGH de 27/02/1992, disponível em NJW 1992, pp. 1463, bem como a de 11/11/1998, disponível em NJW 1999, 959.

um importante avanço na proteção explícita da liberdade decisória e volitiva, concretizando processualmente os artigos 1.º e 2.º do GG (Herrmann, 1985: 1295; Rogall, 2004: 140-141, 2).

A propósito desta norma, tem entendido a doutrina maioritária que ela é de prevenção geral da atuação das instâncias formais de controlo, especialmente da Polícia, visto regular o interrogatório na investigação, e que, se não existissem consequências processuais da violação da proibição de prova, não haveria motivos para se cumprir a lei. Entende-se ainda que os particulares não são destinatários do ordenamento processual penal, pelo que não podem estar vinculados às suas normas (Gleß, 2007: 589-591, 10, 12; Ambos, 2009: 79, 2010: 25, 30, 106-107)⁴⁴. O §136a do StPO segue o princípio segundo o qual os interrogatórios (*Vernehmungen*) e os testemunhos (*Aussagen*) que não derivem das autoridades ou a estas não possam ser atribuídos não têm cabimento direto na norma. Mas tal não significa que as provas ilicitamente obtidas por particulares possam ser usadas pelos órgãos judiciais, pois este preceito não regula exaustivamente a matéria das proibições de prova. As provas recolhidas por particulares serão reguladas pelos princípios gerais das *Beweisverbote* materialmente assentes no GG, princípios que, de qualquer modo, estão contidos no §136a, visto ser este o preceito que concretiza a ideia constitucional de que a verdade não pode ser perseguida a qualquer custo.

Assim, na Alemanha têm vindo a ser recusadas provas obtidas por particulares à custa de atentados inadmissíveis à liberdade, à dignidade e à integridade moral das pessoas. Uma prova assim obtida ficará manchada pela chamada “mácula do atentado contra os direitos humanos” (Kleinknecht, 1966: 1543).

Mas, no fim de contas, no direito alemão tudo acabará por depender da ponderação a fazer entre o sacrifício do bem jurídico do particular e o interesse público na perseguição penal.

IV. O ARTIGO 126.º DO CPP E A VINCULAÇÃO DOS PARTICULARS

O processo probatório que, de forma geral, se desenrola perante os órgãos jurisdicionais, exige que ao oferecimento das provas pelos sujeitos processuais se siga uma decisão do juiz sobre a sua aceitação, funcionando a admissão das

⁴⁴ No sentido contrário, no entanto, cf. Jahn (2008: 15-16), por entender que, embora a inserção sistemática do preceito no StPO fale contra uma sua aplicação direta aos particulares, esta interpretação não corresponde à origem histórica do preceito, por os particulares terem desempenhado um importante papel na tirania do nacional-socialismo.

provas como um filtro processual que apenas aceita os meios de prova lícitos e admitidos por lei (DIAZ DE LEON, 1988: 486).

O Processo Penal português, de estrutura mista⁴⁵, não pode admitir que se privilegie a descoberta da verdade material a todo o custo. De outro modo, meios desumanos de obtenção de prova seriam admissíveis. O Processo Penal não deve – nem pode – ser encarado como encontrando-se funcionalizado à descoberta da verdade material, mas sim à proteção e efetivação dos direitos dos particulares⁴⁶. Aquele é um objetivo meramente secundário (ainda que de extrema importância, naturalmente) do processo, que se encontra sempre e necessariamente subordinado a este último objetivo principal. Então, todos os meios de prova não proibidos por lei devem ser admitidos (artigo 125.º do CPP), sendo depois livremente apreciados e valorados pelo juiz de acordo com a sua livre convicção (artigo 127.º do CPP), tendo a prova de respeitar os direitos fundamentais de todos. Há então aqui um limite à descoberta da verdade (Sardinha, 1989: 146-147; Gössel, 1991: 677; Asencio Mellado, 2004: 135; Volk, 2005: 271-271, 6; Martins, 2010: 27-28; Silva, 2011: 173-174).

É precisamente neste contexto que surge o artigo 126.º do CPP, que positiva no ordenamento jurídico-processual penal português os métodos proibidos de obtenção de meios de prova, *maxime* enquanto procedimentos contrários a direitos fundamentais. Correspondente ao artigo 149.º do Anteprojeto de Código de Processo Penal de Maia Gonçalves⁴⁷, e ao artigo 126.º do Projeto de Código de Processo Penal⁴⁸, tendo o número 3 sido alterado pela Lei n.º 48/2007, de 29 de agosto, trata-se do preceito que regula a obtenção de provas, em concretização dos artigos 32.º, n.os 1 e 8, e 34.º, n.º 4, ambos da CRP⁴⁹.

45 Ou seja, de estrutura essencialmente acusatória, mitigada por um Princípio de Investigação.

46 Este foi, inclusive, o entendimento do ex-Ministro da Justiça José Menéres Pimentel, impulsor da feitura do atual CPP, que escreveu na Nota Preambular do Anteprojeto do CPP que o Processo Penal deve estar ao serviço da defesa da liberdade e dos direitos humanos, sendo essa uma das principais linhas orientadoras do atual CPP. Cf. BMJ n.º 329 (1983), pp. 9-10. Também neste sentido já decidiram os Tribunais da Relação de Lisboa (cf. ac. de 28/07/2009, processo 10210/2008-9, relatado por Fátima Mata-Mouros) e do Porto (cf. ac. de 03/02/2010, processo 371/06.GBVNF.P1, relatado por Eduarda Lobo) que, embora advogando que destinatárias das proibições de prova são as instâncias formais de controlo, aquelas são um instituto processual de defesa dos direitos fundamentais dos indivíduos e, como tal, constituem um verdadeiro limite à descoberta da verdade.

47 Publicado em BMJ, n.º 329 (1983).

48 Publicado como suplemento ao BMJ em 1986.

49 Encontramos aqui representada uma concretização processual de Princípios e Direitos Fundamentais como a Dignidade Humana, a Integridade Física, a Reserva da Vida Privada ou a Intimidade.

1. O escopo de proteção e a natureza do artigo 126.º do CPP

Como vimos, nos EUA entende-se que a *exclusionary rule* serve propósitos de dissuasão das atuações ilícitas das forças policiais, enquanto na Alemanha as *Beweisverbote* servem essencialmente objetivos de proteção dos direitos das pessoas. Parece-nos que, em Portugal, o artigo 126.º do CPP serve os objetivos germânicos, tendo andado bem tanto o Tribunal de Pequena Instância Criminal de Lisboa como o TRL nas suas decisões do “*Caso BX*” ao sufragarem a posição de que também são sujeitos ativos dos métodos proibidos de prova os particulares que obtêm provas em atuações autónomas⁵⁰.

Em nossa opinião, o artigo 126.º do CPP positiva as proibições de prova como meio processual de reforço da proteção substantiva conferida aos direitos dos cidadãos. As proibições de prova preservam regras básicas de processo, garantindo um *fair trial*. É verdade que a disciplina das forças policiais não pode deixar de ser um objetivo das proibições de prova, mas será um objetivo secundário, uma consequência necessária da existência do artigo 126.º. No fundo, a existência de proibições de prova acaba por aflorar no Princípio da Necessidade, estabelecendo-se que, se a prova é proibida, não deve, de todo, ser recolhida. Assim, é nosso entendimento que o artigo 126.º do CPP não pode ser visto como uma mera norma processual de disciplina dos agentes policiais, mas antes como uma verdadeira norma de proteção de direitos fundamentais, concretizando o dever constitucional do Estado de proteção dos direitos dos cidadãos (Beulke, 1991: 664; Costa Andrade, 2006: 188 Jahn, 2008: 14-15; Kühne, 2010: 532-533, 880.1; Kaspar, 2013: 223)⁵¹.

Esta parece, aliás, ser a perspetiva do legislador, que na exposição introdutória ao CPP escreve, no sétimo parágrafo do quinto considerando, que as proibições de prova são a manifestação mais expressiva da forma como o Estado de Direito olha os direitos fundamentais como os seus próprios valores simbólicos.

50 Contrariando inclusive jurisprudência do TRP, que entendeu, num caso de 3 de fevereiro de 2010, proferido no âmbito do processo n.º 371/06.5GBV/NF.P1, que as normas de proibições de provas não se aplicavam aos particulares, pois destinavam-se apenas a disciplinar a atividade e procedimentos das forças policiais. Neste sentido decidira já também o TRL a 28 de maio de 2009, no processo 10210/2008-9, tendo entendido que os particulares estavam também sujeitos a proibições de prova porque, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, os direitos fundamentais vinculam também os particulares. No entanto, os particulares apenas estariam vinculados a proibições de prova decorrentes da lei ordinária, sendo que o 126.º do CPP se dirige apenas às instâncias formais de controlo.

51 E não se diga que esta discussão é irrelevante. Antes é da máxima importância, pois se entendermos que as proibições de prova em Portugal servem meros propósitos de regulamentação da atividade policial, então necessariamente terá de se entender que os particulares a elas não estão vinculados, com as consequências que veremos *infra*.

Nem se comprehende a defesa da *Disziplinierungstheorie*⁵², na medida em que para tal efeito servem as normas disciplinares que, no limite, podem levar ao afastamento dos agentes do desempenho das suas funções. Não tem sentido que a sanção da recolha ilícita de provas não recaia sobre os agentes, levando muitas vezes à ilibação do arguido. Mais: os agentes de polícia não terão medo das proibições de prova. Antes pelo contrário, sentir-se-ão inclinados para o recurso a métodos ilegais de investigação para conseguirem descobrir novos factos, particularmente nos casos de falta de provas, visto que aqui não terão nada a perder. E, se o objetivo passa pela disciplina, qualquer violação processual conduziria necessariamente à proibição de utilização (Jäger, 2003: 69-71).

Assim, as proibições de prova constituem a exceção ao Princípio Geral de Investigação por que se pauta o Processo Penal (artigos 124.º e 125.º do CPP)⁵³. A verdade não é um valor absoluto, pelo que só deve ser buscada por meios lícitos e que sacrificuem o menos possível os direitos fundamentais e a personalidade dos investigados. Então, insistimos, as proibições de prova são verdadeiros limites à descoberta da verdade, o que leva a que se entenda que conceitos como *verdade material* e *verdade formal* são meramente acessórios, pois não existem duas modalidades de verdade. Existe apenas a verdade, servindo os adjetivos como referência aos limites a que a investigação penal está sujeita. Idealmente, a verdade processual corresponderia à verdade real, mas aquela não é mais que o resultado probatório processualmente válido (Silva, 2011: 160; Moreira, 1998: 9-11).

A investigação em processo penal é tarefa soberana a desenvolver pelos órgãos públicos. É ao Estado que incumbe a tarefa ética de perseguição do crime, que deve ser levada a cabo com limites autoimpostos consubstanciados nas proibições de prova, *maxime* no artigo 126.º do CPP⁵⁴. Assim, se o Estado recolher provas de modo ilícito ver-se-á desautorizado na sua tarefa de proteção dos direitos dos cidadãos. As proibições de prova legitimam moralmente a atuação pública e reforçam a lei, objetificando o mínimo possível os cidadãos (Figueiredo Dias, 2004: 59; Kühne, 2010: 532, 880).

52 Defendida entre nós por Paulo de Sousa Mendes (2004: 138-139), que entende que as proibições de produção de prova perseguem fins de disciplina dos órgãos de perseguição penal, desde os OPC ao juiz do julgamento, passando pelo MP e pelo Juiz de Instrução Criminal (doravante, JIC).

53 Cf. a decisão de 18 de abril de 2007 do BGH, disponível in: NJW 2007, 31, 2269-2274.

54 Neste sentido decidiu já o TC, no acórdão n.º 578/98

Dificilmente se encontra uma área na qual o conflito entre os direitos fundamentais individuais de liberdade dos cidadãos e o interesse estatal na investigação seja mais acentuado que no Direito Processual Penal (Beulke, 2008: 653), pelo que se exige da lei a procura de um equilíbrio entre a busca da verdade dos factos e os interesses dos arguidos⁵⁵, sob pena de lhes negarmos a Dignidade e os transformarmos em objeto de prova. Compete ao Estado a feitura de leis que evitem a violação de direitos e princípios fundamentais, tais como a Dignidade da Pessoa Humana. E a busca deste equilíbrio de interesses foi um dos pontos que esteve presente no espírito do legislador aquando da Reforma de 2007 do CPP, conforme se pode ler no segundo considerando da Ata da vigésima quinta reunião do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal.

No entanto, a proteção dos direitos não estará completa se não se fizer também contra os particulares. Estes, quando obtêm provas, não podem consubstanciar um caso especial em relação aos OPC. A necessidade de proteção torna-se mais clara quando se percebe que o crime é um fenómeno de relevância social, sendo legítima a sua investigação particular, nomeadamente pelo ofendido ou mesmo pela comunicação social⁵⁶. O Princípio do Estado de Direito e os direitos fundamentais não são só violados quando o Estado emerge como o violador da Dignidade Humana. Há violação também quando o Estado não cumpre as suas obrigações de proteção dos bens jurídicos dos cidadãos, ou se aproveita das violações feitas por particulares para efetivar as suas pretensões punitivas. Esta proteção deve começar na criação de legislação penal substantiva, mas ficará incompleta sem a criação de mecanismos processuais de proteção. Especialmente quando os particulares ao obter provas estão compelidos pelo chamado “estado de emergência probatório” (*Beweisnotstandes*), reduzindo-se substancialmente a sua capacidade de obediência às normas. Assim, devem rejeitar-se as provas ilicitamente obtidas por particulares (Grünwald, 1966: 496-497; Rogall, 1979: 40-41; 2004: 144,

55 Preconizava já, em 1974, Figueiredo Dias (2004: 59) que o direito processual penal é uma das áreas onde esta ponderação entre os interesses comunitários e a liberdade de realização da personalidade individual tem de se fazer.

56 Este foi o entendimento do BVerfG no *Lebach-Fall* de 1973 (NJW 1973, Heft 28, 1226-1234), que entendeu que o interesse público na informação se sobrepõe aos direitos de privacidade do arguido. Deve, no entanto, existir sempre respeito, por parte dos particulares, pelos Princípios da Proporcionalidade e da Presunção de Inocência, bem como pelos direitos à ressocialização do condenado e ao anonimato. Neste sentido também segue Costa Andrade (2012b: 1053), bem como o Parecer da Procuradoria-Geral da República (PGR) n.º 95/2003.

13; Gössel, 1979: 812; Beleza, 1993: 151; Patronilho 2003: 161-162; Volk, 2005: 271-272, 6; Roxin, 2007: 87; Ambos, 2009: 80-81; 2010: 106-111; Kühne, 2010: 532, 880; Albuquerque, 2011: 335).

A partir do momento em que estamos perante uma proibição do 126.^o do CPP, não pode ser relevante a pessoa que obteve a prova⁵⁷. Aliás, é imperativo que a obtenção de provas por particulares seja regulada pela ordem jurídico-processual penal, na medida em que, se existe soberania processual do Estado na investigação penal, não se pode permitir que a obtenção de provas por particulares não seja regulada pelas leis desse mesmo Estado, sob pena de, a longo prazo, este estar a abdicar do seu *ius puniendi*. Os particulares têm de estar também sujeitos aos limites do artigo 126.^o do CPP (Gössel, 1977: 192-193; Ambos, 2010: 108-109). A ser de outra forma, estaremos a violar o próprio espírito do preceito 126.^o do CPP, frustrando os seus objetivos de proteção dos direitos dos indivíduos. Se o legislador proíbe a investigação pública por parte dos OPC e do próprio juiz, não pode o intérprete permitir a atuação por

57 Em sentido contrário, cf. Kleinknecht (1966: 1543), Eisenberg (1996: 164-166), Meyer-Goßner (2004: 519, 2), Ambos (2010: 106-107) ou Kaspar (2013: 212-213). Entre nós, também Paulo de Sousa Mendes (2004: 138-141) e Milene Martins (2010: 27-30), que defendem que a ilicitude na obtenção de provas por particulares consubstancia uma proibição de valorização e não de produção de prova. No entanto, não cremos que assim seja. Desde logo porque a proibição de aproveitamento de provas não exige nenhuma conduta ilícita, mas antes uma violação de uma proibição de obtenção de provas, pelo que é importante identificar no setor particular uma violação da norma reguladora da obtenção de provas (Kaspar, 2013: 210-211). Além do que se entendermos que os particulares não estão vinculados ao 126.^o do CPP, fica em falta uma norma processual que nos diga que não podemos valorar tal prova ilicitamente obtida, como sucede nos casos de desrespeito pelo pudor dos revistados (cf. n.º 2 do artigo 175.^o do CPP), em que, embora a obtenção da prova seja ilícita, não há sanção para essa ilicitude na legislação processual, para além da mera irregularidade (artigo 123.^o do CPP). Veja-se ainda como Martins (2010: 30) defende a proibição de valorização da prova ilicitamente obtida por particulares nos casos em que a obtenção da prova seja combinada com ilicitude material pelo Direito Penal. Entende a autora que o Princípio do Estado de Direito impõe limites à prova válida que se aplicam invariavelmente tanto a particulares como às instâncias formais de controlo e que as decisões jurisdicionais não se podem basear numa dupla moral, fundamentando as suas sentenças em provas ilícitas. No entanto, por ter falta de uma norma processual que o estipule, acaba por recorrer ao n.º 1 do artigo 126.^o do CPP para dizer que não será processualmente aceitável que se valorem provas obtidas por particulares mediante tortura. Além disso, a defesa da proibição de valorização das provas obtidas por particulares que violem a lei penal material ignora que a letra, a sistemática e a teleologia das leis penais materiais não sugerem consequências processuais específicas da sua violação. A ser assim, exigir-se-ia que as normas penais materiais tivessem um duplo carácter como regras materiais, mas simultaneamente de relevo processual. É verdade que o Princípio do Estado de Direito, enquanto princípio superior e máximo da Constituição, exige uma proibição de prova, visto que impõe uma vinculação à lei da parte dos órgãos estatais, no entanto, continua sempre a faltar um elemento de ligação entre o Direito Penal material e processual, uma norma processual que atribua relevância neste plano à ilicitude material (Kaspar, 2013: 211). Ambos (2010: 107-109) parece aplicar as proibições de prova positivadas, no entanto não as aplica aos particulares, mas sim ao Estado, entendendo que quando este utiliza provas ilicitamente obtidas por particulares o nexo de imputação da lei que se tinha quebrado restaura-se, tendo-se o Estado tornado encobridor da ilicitude, sendo de aplicar então uma proibição de aproveitamento não pela ilicitude do ato de obtenção particular, mas pela ilicitude estadual no uso da prova.

parte dos particulares. Especialmente quando é claro na lei que o legislador pretendeu permitir mais aos OPC que aos indivíduos particulares. Se não, atente-se nos artigos 187.º e seguintes do CPP que permitem que, reunidos todos os requisitos e cumpridas todas as formalidades, sejam levadas a cabo pelos OPC escutas telefónicas, mas vedam de modo absoluto as escutas realizadas por particulares. Parece assim claro que o legislador quis permitir mais às instâncias formais de controlo que aos particulares (Eisengberg, 1996: 165; Costa Andrade, 2006: 196-197, 213).

Importa nunca perder de vista também que os n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP, preceitos que fundamentam as proibições de prova e concretizados na legislação adjetiva no artigo 126.º do CPP, se encontram sistematicamente integrados no capítulo dos *Direitos, Liberdades e Garantias* fundamentais das pessoas que, nos termos do artigo 18.º, n.º 1, da CRP, “*são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas*”. Assim, as proibições de prova, em termos constitucionais e enquanto concretizações de direitos fundamentais dos indivíduos, são suscetíveis de execução imediata, podendo ser diretamente invocadas pelo beneficiário (Canotilho & Moreira, 2007: 382; Alexandrino, 2011: 93).

No que às entidades particulares concerne⁵⁸, na medida em que a CRP não diz em que termos estas estão vinculadas, deve entender-se a expressão como referente ao facto de as normas de direitos, liberdades e garantias se dirigirem às entidades públicas, criando nestas um dever de proteção. Este, por seu turno, é concretizável em deveres de respeito de criação das condições necessárias à sua realização, bem como deveres de proteção das pessoas de ameaças e violações aos direitos. Estes mecanismos de proteção implicam que o Estado organize a ordem jurídica atendendo às relações dos particulares com os organismos públicos, mas também sempre atendendo às relações dos particulares entre si. Os particulares *a se* não são, na ordem jurídica portuguesa, sujeitos passivos dos direitos fundamentais, podendo, no entanto, nomeadamente, exigir que o Estado crie os mecanismos para os proteger (Novais, 2006: 79-116; Alexandrino, 2011: 100-106; Marques, 2011: 228-236; Vieira de Andrade, 2012: 241-254). Assim o artigo 126.º do CPP surge também em cumprimento do dever de proteção exigido pelo artigo 18.º, n.º 1, da CRP,

⁵⁸ A discussão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é extensa e complexa, não cabendo no objeto da nossa dissertação. Remetemos então o debate para a doutrina constitucional, sendo possível ler uma síntese do mesmo em Vieira de Andrade (2012: 230-241). Cf. também Novais (2006: 71-79) e Alexandrino (2011: 100-106).

protegendo os direitos fundamentais dos particulares de ameaças no processo penal, encontrando-se necessariamente vinculadas a tal norma quer as entidades públicas, quer as privadas.

Veja-se ainda como no preceito 167.^o do CPP o legislador proíbe como prova reproduções mecânicas obtidas criminosamente por qualquer pessoa. Ora, não se compreenderia, fazendo uma interpretação sistemática coerente do artigo 126.^o do CPP, que se proibissem as provas obtidas por particulares em violação dos direitos à imagem ou à palavra, mas já se permitissem provas obtidas por particulares em violação de outros bens pessoalíssimos protegidos pelo 126.^o do CPP.

Ainda a favor deste entendimento de vinculação dos particulares ao artigo 126.^o do CPP abonam um argumento sistemático e um outro literal. Desde logo, veja-se como o artigo 126.^o está integrado no Livro III do CPP intitulado “*Da prova*”, onde encontramos, ao lado de artigos apenas aplicáveis às instâncias formais de controlo, artigos também aplicáveis aos particulares e, dentro deste, no Título I dedicado às “*Disposições gerais*”. Assim, não se encontra uma sistemática que indicie uma aplicação exclusiva aos agentes oficiais. O contrário sucede na Alemanha, onde o §136a se insere na restritiva Secção X do StPO, dedicada ao “Interrogatório do arguido” (“*Vernehmung des Beschuldigten*”). Por seu turno, em termos literais, diga-se que o artigo 126.^o do CPP não faz qualquer referência às instâncias formais de controlo.

E não se diga, como já vimos suceder no direito norte-americano, que as proibições de prova são meras normas processuais com uma função preventiva da atuação abusiva dos agentes da polícia, e que por isso se dirigem apenas aos órgãos públicos. Não se pode partir do pressuposto (quanto a nós, errado) de que apenas os órgãos públicos (ou particulares ao seu serviço) podem cometer ilícitos na obtenção de prova. Também os particulares podem violar direitos neste contexto, pelo que é importante ver as normas de proibição de prova como também lhes dirigindo um efeito preventivo. É verdade que será mais grave uma violação por parte das instâncias oficiais do que por parte dos particulares, mas tal não implica uma exclusão dos particulares do escopo normativo⁵⁹.

Como vimos, diz ainda o *U. S. Supreme Court*, e aqui, segundo nos parece, caindo numa incongruência ainda maior que a exposta no parágrafo anterior, que a *exclusionary rule* existe porque não se pode permitir que os órgãos ao serviço do Estado violem as leis, sob pena de criarem nos cidadãos sentimentos

59 Neste mesmo sentido, Maximiliano Hairabedíán (2001/B: 671).

de desprezo pela normatividade. De facto, não há dúvida que assim é. Mas não é igualmente grave admitir que os cidadãos violem os direitos uns dos outros em busca de provas? Parece-nos que utilizar em juízo provas ilicitamente obtidas por particulares cria nas pessoas uma conceção de que num contexto processual não se tem de observar as normas, generalizando um entendimento de que, para efeitos probatórios, pode-se furtar documentos alheios ou gravar conversas de outras pessoas que tal será valorado em Tribunal. Pode estar a generalizar-se uma espécie de justiça probatória privada, desacreditando-se as autoridades públicas, incongruentemente sujeitas a mais burocracias (*v.g.*, mandados de busca). Veja-se ainda que também se corre o risco de as autoridades, “secretamente”, instigarem particulares à obtenção de prova sem os oficializarem como estando ao seu serviço, procurando furtar-se às proibições de prova.

Não pretendemos com isto defender, em caso algum, que os particulares que cometam ilícitos penais com fins probatórios quedarão impunes após a proibição da prova. Naturalmente, uma sanção ser-lhes-á sempre aplicável, num processo penal autónomo tendente à atribuição de uma pena pela violação da lei substantiva. E mesmo que não se aplique a proibição de aproveitamento da prova, entendendo-se que mesmo ilicitamente obtida ela possa ser usada em processo, não haverá nenhuma atuação contraditória do Estado aquando da punição do “investigador” particular, na medida em que a questão da acusação penal é independente da do aproveitamento da prova, pois o aproveitamento das provas no processo é um momento processual objetivo que não se relaciona com o momento prévio da obtenção (Jäger, 2003: 223-224).

Ainda assim, sem a existência de uma norma processual penal que proíba a utilização da prova penal ilicitamente obtida por um particular, esta prova poderá ser utilizada. Não basta a ilicitude na obtenção da prova para que a valoração desta seja proibida. Tem de existir uma norma processual que o afirme, ligando o ordenamento jurídico-penal com o processual penal. E essa norma será o artigo 126.º do CPP.

Permitir que se valorem em Tribunal provas ilicitamente obtidas por particulares é comprimir bastante a esfera de proteção dos direitos dos particulares e alimentar a desconfiança entre as pessoas.

Cremos que só este entendimento é admissível num Estado de Direito Democrático, assente no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (artigo 1.º da CRP). O limite à eficácia do processo penal encontra-se nos direitos fundamentais dos cidadãos. Precisamente por isso se entende que, comparada com a atividade da doutrina, a atividade investigativa exercida na prática processual

fica a perder porque se encontra limitada na sua atuação, não podendo nunca ser livre e desvinculada (Beling, 2009: 3).

Perante o que aqui fica exposto, note-se ainda que a proibição de utilização não é apenas enquanto prova no julgamento. As informações obtidas não podem também ser usadas em momentos anteriores, não podendo, nomeadamente, ser usadas como denúncia de crime, como sucedeu no “*Caso BX*” aqui em estudo, sob pena de se estar a iniciar um processo inqui-nado desde a sua origem (questão que apreciaremos mais detalhadamente *infra*) (Jahn, 2008: 15).

V. APROVEITAMENTO DAS PROVAS ILICITAMENTE OBTIDAS POR PARTICULARS NO DIREITO PORTUGUÊS

Como já vimos, as proibições de prova constituem um limite à descoberta da verdade. Mas daqui emergem algumas questões, nomeadamente a questão de saber se é tolerável que em virtude das proibições de prova fique por esclarecer criminalidade grave e perigosa, ou que acabe condenado um inocente.

Não poucas vezes a obtenção de provas colide com os direitos e interesses dos particulares, como seja a integridade física ou a privacidade. Deste modo emerge “*o problema típico do direito*”⁶⁰ – o confronto entre o interesse público e um interesse de outra natureza, que é, em geral, um dos problemas mais difíceis de resolver, sendo que, em matéria de direito processual penal da prova, um deles terá necessariamente de ceder, sendo a prevalência de qualquer um deles axiologicamente justificável. Neste caso, confronta-se o interesse público na descoberta da verdade material e na efetivação da justiça penal com o interesse particular (mas igualmente social) de defesa de direitos e garantias fundamentais⁶¹.

O que deve o juiz fazer? Valorar a verdade provada de modo ilícito ou tutelar os direitos fundamentais rejeitando a valoração da prova? No fundo, e no que aqui importa, é possível aproveitar processualmente provas ilicitamente obtidas por um particular?

60 A expressão é de Beling (2009: 47-48).

61 Nota que tratamos aqui de dois interesses “également puissants, également sacrés, veulent être à la fois protégés” (Faustin Hélie, 1845: 4).

1. Do processo de aproveitamento processual da prova ilicitamente obtida por um particular

Apesar da estreita relação existente entre as proibições de prova e a nulidade, tal não significa uma homogeneidade linear. A recolha ilícita de provas não conduz necessariamente a uma proibição de aproveitamento das mesmas. Isto porque cremos que nem todos os ilícitos na recolha de provas resultam na inutilização da prova recolhida. De outro modo, os interesses do Estado na afirmação da lei violada e na punição do agente criminoso seriam excessivamente prejudicados. Deve levar-se a cabo um processo dialético que corrija os princípios relativos aos procedimentos criminais baseado em critérios como a letra da lei, a política criminal, a natureza das coisas e a sistemática processual. Não se pode cair numa proteção unilateral exacerbada dos direitos do arguido, sob pena de se ameaçarem os próprios fundamentos do Estado de Direito, por se desleixar a defesa dos direitos fundamentais dos restantes cidadãos em prol dos do arguido. Surgindo a CRP, historicamente, no conturbado período do pós-25 de abril de 1974, em que estavam ainda bastante presentes os abusos na aplicação da justiça penal cometidos no Estado Novo, comprehende-se a consagração de uma proteção forte do arguido. No entanto, estas motivações históricas não podem limitar excessivamente o exercício da ação penal (Gössel, 1979: 808; 2007: 225-226; Figueiredo Dias, 1983: 205-206; Sardinha, 1989: 147; Brunhöber, 2010: 588; Kaspar, 2013: 210)⁶².

Assim sendo, é nosso entendimento que quando os meios probatórios são apresentados ao juiz para que este os aprecie, se tiver existido ilicitude na recolha das provas, deve ser levada a cabo uma ponderação dos interesses em jogo no caso concreto, de modo a determinar-se qual deve predominar: se o interesse público na perseguição do crime; ou o interesse particular – mas igualmente social – na preservação dos direitos violados. Importa equilibrar ambos os interesses, de modo a que nenhum seja excessivamente prejudicado e inutilizado, pois se por um lado é verdade que o Estado não deve beneficiar de ações ilícitas levadas a cabo por particulares devido à sua tarefa constitucional de proteção dos direitos fundamentais, é igualmente verdade que não se pode ignorar o seu dever igualmente constitucional de perseguição penal.

62 Este foi já o entendimento do TEDH no Caso Schenk, decidido em 1988, no qual estavam em causa gravações ilícitas de uma conversa telefónica que o Tribunal decidiu aceitar por ter entendido que os "*rights of the defence were not disregarded*" e por ter atribuído valor ao facto de "*the recording of the telephone conversation was not the only evidence on which the conviction was based*".

Então cremos ser de rejeitar a aplicação de uma teoria dos círculos de direitos, como já rejeitou o BGH⁶³. Trata-se de uma teoria demasiado restritiva dos direitos processuais dos arguidos, recusando-lhes o processo justo que merecem, na medida em que se limita a procurar saber se a violação afeta substancialmente o âmbito dos direitos do arguido, ou se foi uma violação de segundo grau e, portanto, pouco relevante, não olhando os dois lados da questão. O arguido tem direito a ver respeitadas as normas processuais especialmente elaboradas para sua proteção, bem como a ver assegurado um processo conforme à lei, merecendo uma ponderação que olhe a todos os aspectos do caso concreto. É ainda uma teoria redundante, na medida em que se uma norma pretende impedir provas de ser usadas no processo, é então uma norma de proteção da esfera do arguido. Mas da conclusão de que uma norma protege o arguido não se retira conclusões quanto às proibições de prova, pelo que temos aqui uma teoria que confunde causa e efeito (Hauf, 1993: 458; Jäger, 2003: 140; Volk, 2005: 273, 9; Beulke, 2005: 272, 459; Ambos, 2009: 101-102; 2010: 41-42)⁶⁴.

1.1. Do aproveitamento das provas ilícitas pela teoria da ponderação

Deste modo, em nossa opinião, para determinar a nulidade ou o aproveitamento possível da prova recolhida ilicitamente o ideal será a efetivação da chamada teoria da ponderação, que, aplicando o Princípio da Proporcionalidade, concretiza os interesses a ponderar pesando a gravidade do facto imputado ao agente, o direito do arguido e a gravidade do interesse particular violado no processo⁶⁵. No fundo, está em causa a ponderação entre os interesses da comunidade num sistema judicial eficaz e o direito do arguido a um *fair trial*, procurando-se a justa composição para os direitos em conflito, sendo importante nunca esquecer o estipulado no n.º 2 do artigo 18.º da CRP, que exige que qualquer restrição no domínio dos direitos fundamentais só

63 Também na doutrina esta teoria foi rejeitada por autores como Beulke (2005: 272, 459).

64 No entanto, e de forma incompreensível visto ser um entendimento que, como já vimos, inclusive na Alemanha, foi abandonado, o TC adotou este critério das três esferas no acórdão 607/2003 em que estava em causa a apreciação de diários privados. Mais recentemente reforçou o seu entendimento no acórdão 442/2007. Em contexto diferente, mas também relevante, a PGR adota também a teoria das três esferas. Veja-se, por exemplo, o Parecer do Conselho Consultivo n.º 95/2003.

65 Cf., nomeadamente, ac. TRG de 30/04/2009, proferido no processo n.º 595/07.8TMBRG (Manso Rainho), disponível *in* www.dgsi.pt, que entende impor-se uma ponderação entre os interesses em jogo aquando da decisão sobre o aproveitamento das provas, uma vez que a proteção concedida a um direito não pode constituir um limite intolerável a outros direitos.

seja legítima quando opere para salvaguardar outro direito fundamental ou interesse constitucionalmente protegido.

Esta é uma doutrina que procura fazer justiça no caso concreto. No entanto, encontra as suas falhas na falta de segurança jurídica, componente substancial do Princípio do Estado de Direito, que exige dos Tribunais regularidade na atividade de recolha probatória. É uma teoria que carece de fundamentação teórica, podendo conduzir a alguma arbitrariedade. Os resultados da ponderação aplicam-se arbitrariamente e os interessados não se podem basear em regras claras, havendo insegurança para o arguido. Mais grave ainda é o facto de nos crimes de especial gravidade a possibilidade de proibir uma prova se reduzir praticamente a zero, sendo necessário proteger o arguido desta ideia de “tudo ou nada” (Figueiredo Dias, 2004: 59; Beulke, 1991: 663-664; Capelo de Sousa, 1995: 348-349; Leal-Henriques & Santos, 2004: 670; Volk, 2005: 274, 11; Arloth, 2006: 260; Ambos, 2009: 105; Jahn, 2008: 14)⁶⁶.

1.2. Do complemento da teoria da ponderação pelo escopo de proteção da norma e pelo domínio pessoal da informação

Não havendo nenhuma teoria infalível por si só, e à luz de todas as falhas por nós apontadas à teoria da ponderação, parece-nos que esta carece de moderação pelo recurso à efetivação simultânea da chamada teoria do fim de proteção da norma (*Lehre vom Schutzzweck der Norm*)⁶⁷, que questiona se o escopo de proteção de uma norma infringida exige que a prova obtida seja

⁶⁶ Com um entendimento mais mitigado, Costa Andrade (1984: 616-617; 2008: 146) abre a janela à ponderação de interesses nos casos em que estejam em causa bens jurídicos pessoais como a vida, a integridade física ou a liberdade (v.g., quando apenas a valoração da gravação particular ilícta ilibe um inocente). Contra a ideia da ponderação de interesses, Adherbal de Barros (1977: 25-26), para quem a prova criminosa obtida não pode, em caso algum, ser valorada, pois é contrária ao fim do Processo Penal. É entendimento deste autor que o objetivo do processo não é a descoberta da verdade, mas sim a realização do Direito, não se podendo infringir o Direito Penal em Direito Processual Penal. Também contra, entre nós, vai Helena Morão (2002: 35-37).

⁶⁷ Esta, segundo parece, é a teoria adotada por Jäger (2003: 139-140, 167) dentro de contornos específicos, entendendo o autor que importa atentar ao escopo de proteção da norma (*Schutzbereich der Norm*) referida materialmente ao objeto probatório, isto é, referida estritamente ao objeto das normas de proteção probatória. Estaremos perante uma proibição de prova quando o escopo de proteção da norma de recolha de provas exclui um determinado objeto probatório, não sendo então assim tão importante a própria norma de proibição de prova. A utilização sujeita-se assim ao escopo de proteção da norma em sentido objetivo (*gegenständlichen Schutzzweck der Norm*), sendo referente ao objeto probatório obtido pela produção probatória. Para que haja proibição, exige-se assim identidade do erro, i.e., dupla deficiência no sentido de que o alcance da proibição de utilização secundária deve corresponder à proibição de produção primária. Nestes termos, decisivo não é o âmbito de proteção pessoal da norma de produção, mas sim o seu âmbito de proteção objetivo.

desconsiderada na sua valoração, isto é, se o sentido e o propósito da regra violada reclama uma proibição de valoração. E procura determinar o âmbito de proteção da norma consciente de que o legislador já fez uma ponderação de interesses que incorporou na lei, visto as normas jurídicas serem já respostas a um problema carente de solução, representando a interpretação que o legislador fez da ideia de Direito e de Justiça. Toda a norma jurídica resulta de uma tentativa por parte do legislador de conciliação das necessidades contrapostas de política criminal, pelo que, existindo uma norma de proibições de prova, emerge a questão de saber se a sua razão de ser reside justamente em excluir do conjunto das provas passíveis de utilização as que forem obtidas em violação da proibição. Fica assim mais segura e conforme à legalidade a ponderação a efetuar entre os interesses públicos e os interesses privados (Beulke, 1991: 663-664; Moreira, 1998: 10; Volk, 2005: 273, 10; Arloth, 2006: 260; Ambos, 2009: 102-104; 2010: 42-43)⁶⁸.

Outra doutrina relevante é a da reivindicação do domínio pessoal da informação (*Informationsbeherrschungsanspruch*), que funda a proibição de utilização da prova numa lógica de restituição ao titular da informação obtida pela violação do seu direito fundamental à autodeterminação informativa. No fundo, entende-se que com as proibições de prova se decide se a informação obtida ilicitamente e em violação da liberdade de autodeterminação informativa pode ou não ser usada. No entanto, a mera ilicitude na obtenção da prova não pode retirar ao interessado o domínio sobre a sua informação pessoal. Uma proibição absoluta de utilização, que é independente da sua vontade, intensifica a ingerência no seu direito à autodeterminação. Tomemos o Caso inicialmente exposto como exemplo. Os documentos foram recolhidos ilicitamente por um particular, sem a autorização prévia que sanaria a mácula da ilicitude (artigo 79.º do RGICSF). Mas se os arguidos quisessem que os documentos fossem utilizados como prova, dando o seu consentimento posterior, porque haveria isso de ser ilícito? Esta teoria pode frequentemente ser invocada como complemento nos casos em que se está na presença de uma violação processual da autodeterminação informativa do arguido, sendo de atribuir a este a decisão final sobre a possibilidade ou não de utilização das provas ilicitamente

68 Costa Andrade (2006: 201-202) parece rejeitar a ideia da ponderação de ideias que aqui sufragamos por entender que a ponderação já está feita na letra da lei, não se encontrando o intérprete aplicador legitimado a comprometer a ponderação de interesses do legislador. Contra diga-se que na ponderação por nós leva a cabo é tomada em apreço a ponderação feita pelo legislador, procurando-se o escopo de proteção da norma.

obtidas. Uma proibição absoluta e inflexível de utilização destas provas não leva a resultado nenhum conveniente pois pode inclusive ser contrária à vontade do arguido (Volk, 2005: 274-275, 12; Ambos, 2009: 107-108; 2010: 46-47)⁶⁹.

No fundo, pode concluir-se que todas as posições assentam em ponderações entre os interesses públicos e os interesses privados em jogo. Assim, a doutrina da ponderação deveria ser complementada e conjugada com as outras aqui apresentadas de modo a evitar-se a arbitrariedade, numa concretização do Princípio da Proporcionalidade que, para além da efetivação da ponderação aqui por nós defendida, exige igualmente que se recorra sempre ao meio de prova menos gravoso para os direitos do arguido. O que importa não é fazer uma hierarquização abstrata dos bens e interesses jurídicos, mas sim uma ponderação casuística do bem prevalecente no caso concreto.

Não parece que se possa dizer que há uma resposta geralmente correta. Esta deve ser encontrada no caso concreto, mediante apreciação casuística, cabendo ao juiz a apreciação crítica dos interesses conflituantes, ponderando se deve sanar a ilegalidade ou declarar a existência de uma proibição de produção de prova. Não sendo possível encontrar-se uma solução correta em termos gerais e abstratos, acreditamos haver essa possibilidade com a limitação dos direitos fundamentais, mas apenas até um ponto justificável pela essencialidade da proteção de interesses públicos legítimos. Dever-se-á sempre procurar efetivar harmónica e simultaneamente todos os interesses em jogo. Mas importa determinar o interesse superior, sendo permitido o sacrifício parcial do interesse inferior no caso concreto, quando tal não se consiga evitar (Jäger, 2003: 69 ss.; Muñoz Conde, 2007: 55; Jahn, 2008: 15; Silva Dias & Ramos, 2009: 23-24, 36; Ambos, 2009: 109-110; 2010: 48-50, 110; Silva, 2011: 176).

Cremos que muito bem andou a jurisprudência do “*Caso BX*”, aqui em estudo, na medida em que, admitindo que a verdade não pode ser buscada a todo o custo e que o sigilo bancário não é um direito absoluto, podendo ter de ceder perante direitos e interesses de valor igual ou superior, aflora a teoria da ponderação aqui advogada.

⁶⁹ Nos Tribunais portugueses esta doutrina do domínio pessoal da informação tem já vindo a ser aflorada. Veja-se nomeadamente como os Tribunais têm entendido que, quando seja o arguido a consciente e voluntariamente dispor de informação pessoal, não há lugar a proibição de prova. É como se houvesse o seu consentimento para uso daquelas provas. Cf. ac. TRP de 17-12-1997, in: CJ XXII, t. 5, pp. 240-241; ac. TRE de 04-12-2001, in: CJ XXVI, t. V, p. 282; TRL de 05/02/2003, disponível in: CJ XXVII, t. 1, p. 134.

1.3. Os fatores relevantes e os limites da ponderação a levar a cabo para aproveitamento das provas ilícitas

Importante é que se esclareça, no entanto, que quando falamos aqui em ponderação não pretendemos referir-nos a uma simples ponderação entre a gravidade do crime *sub judice* e o bem jurídico violado com a obtenção da prova. É nosso entendimento que a ponderação deve ser feita entre o interesse com que se obteve a prova e os interesses que se pretendem atingir com a utilização da prova em julgamento. Isto é importante, pois, deste modo, são mais os critérios relevantes para o caso concreto que entram na ponderação. Por exemplo, num caso em que esteja em causa um crime de injúrias, a leitura de diários privados em audiência para incriminar o arguido pode não ser permitida por estar em causa uma grave violação do direito à privacidade em prol da punição por um crime de menor importância. No entanto, se com essa leitura se pretender demonstrar a inocência do arguido, cremos que a ponderação de interesses já abona a favor da limitação do direito à privacidade⁷⁰.

Então, a chave encontramo-la na gravidade do crime em julgamento, na norma e bens jurídicos violados e no objetivo processual a atingir com a prova ilicitamente recolhida pelo particular (Roxin, 2000: 153 ss.; Arloth, 2006: 260-261)⁷¹.

Diga-se ainda que quando falamos em prova ilicitamente obtida não pretendemos referir-nos apenas às provas obtidas na fase da instrução. À semelhança do sucedido no “*Caso BX*”, podem as informações recolhidas ter dado início ao próprio processo. A lógica a aplicar parece-nos ser a mesma. Se fosse de entender – como entendeu a primeira instância, mas já não a Relação – que os documentos usados por JB no ato da denúncia estavam maculados por ilicitude, deveria haver lugar a uma ponderação dos objetivos a atingir com o uso das provas em contraposição aos direitos violados com a sua recolha, atentando no escopo de proteção do artigo 126.º do CPP conjugado com os n.ºs 1 e 8 do artigo 32.º da CRP. Assim, não nos parece que o uso da prova para formação da convicção do julgador ou como *notitia criminis* mereçam tratamento diferente. De outra forma estar-se-á a permitir o início de processos com bases ilícitas.

⁷⁰ Não queremos com isto dizer que sempre que a prova seja favorável ao arguido ela será admitida. Apenas entendemos que o objetivo do uso da prova é também um critério relevante, nomeadamente quando se pretenda demonstrar a inocência do arguido.

⁷¹ Veja-se o caso *Weimar* decidido em 1989 pelo BGH, disponível em NJW 1989, 1741 ss.

Importante é sublinhar ainda que, como foi entendimento do TRL⁷², para que haja uma decisão correta do caso concreto no que respeita às provas proibidas, estas têm de ser apreciadas uma a uma, quer para determinar a sua ilicitude e eventual aproveitamento, quer para determinar da verificação do efeito à distância.

Naturalmente que esta nossa posição sobre a ponderação a levar a cabo pelo juiz no caso concreto tem necessariamente limites, sob pena de acabarmos a permitir que um particular torture um arguido para determinar o paradeiro de uma criança sequestrada em perigo de morte⁷³ ou para obter informações sobre um ataque bombista que irá certamente matar milhares de pessoas. Assim, as provas ilicitamente obtidas, mesmo que o tenham sido por particulares, não podem, em caso algum, ser valoradas pelos Tribunais nos casos em que estão viciadas pela *mácula do atentado extremo contra os direitos humanos*. Os direitos humanos do arguido prevalecem sobre qualquer nível de gravidade do crime em investigação. Permitir provas obtidas por particulares com tamanha violação dos Direitos Humanos do arguido seria permitir que os Tribunais, órgãos soberanos na defesa da legalidade e da Justiça, atentassem contra a própria ideia de Direito, pondo em causa a sua credibilidade, honestidade e respeitabilidade. Estaria em causa o próprio Estado de Direito Democrático que tem sempre de ser respeitado pela decisão quanto ao aproveitamento das provas obtidas, assim como a ideia de *Fair Trial* (Kleinknecht, 1966: 1543; Figueiredo Dias, 2004: 59; Boujong, 1999: 723; Jäger, 2003: 122; Costa Andrade, 2006: 46; Canotilho & Moreira, 2007: 198-199, VI-VII; 208, IX; 524-525, XV; Ambos, 2010: 107, 110-111).

É importante que se sublinhe este limite numa época em que, numa sociedade ainda marcada pelos eventos de 11 de setembro de 2001, que perturba também o Processo Penal, se tem assistido ao reforço dos interesses estatais na perseguição do crime e do criminoso, em detrimento da dignidade e da liberdade, levando-se a cabo atos de investigação desumanos sob a égide da “eficácia da justiça penal” ou do “estado-de-necessidade-de-investigação”, aligeirando-se vários tabus do processo penal democrático, inclusive a própria proibição da tortura (Costa Andrade, 2008: 148).

72 Já anteriormente o TC se tinha pronunciado neste sentido, no acórdão 198/2004, de 24 de março, relatado por Moura Ramos.

73 Como sucedeu no caso Daschner (embora com um agente público e não um particular), decidido a 20 de dezembro de 2004 pelo Tribunal de Frankfurt, no qual Daschner, Vice-Presidente da Polícia de Frankfurt, para descobrir o paradeiro de uma criança sequestrada, deu ordens a um subordinado seu para que este ameaçasse o raptor com a sujeição a dores físicas e, caso este não colaborasse, que cumprisse a ameaça.

2. A letra do artigo 126.º do CPP e o aproveitamento das provas ilicitamente obtidas por particulares em processo

Chegados a este ponto, e apreciada a questão de um ponto de vista dogmático, importa não esquecer que estamos sempre vinculados à letra da lei. Emerge então a questão de saber se o artigo 126.º do CPP admite uma ponderação com os contornos aqui delineados. E sobre isto cremos poder adiantar uma resposta afirmativa.

É nosso entendimento que as normas protetoras de bens jurídicos têm um âmbito de proteção, só estando aqueles protegidos dentro desse escopo. Quando haja uma atuação que lhe escapa, que fica fora da baliza de proteção conferida pela norma, não se pode dizer que haja uma violação da norma e uma ofensa ao bem jurídico, porque a norma não o pretende proteger naquela situação. Este raciocínio parece-nos aplicar-se ao artigo 126.º do CPP enquanto protetor dos direitos fundamentais dos particulares. Assim, temos aqui uma norma que também tem um escopo de proteção que importa detetar à luz do caso concreto, através de uma correta interpretação da letra da lei. Deste modo, os pretensos ilícitos verificados na obtenção de provas por parte de indivíduos particulares, quando caiam fora do âmbito de proteção do artigo 126.º do CPP, não consubstanciam violações dos bens jurídicos por ele protegidos. Destarte, não obstante a responsabilidade penal que caberá ao particular pelo crime em que incorreu para obter aquela prova, este critério que defendemos permite que a prova seja usada se pela interpretação normativa se concluir que não é intenção da lei proteger processualmente, à luz do crime *sub judice*, aqueles bens jurídicos contra aquela ofensa específica. Deve então olhar-se à letra do preceito, bem como à sua inserção sistemática, para determinar o âmbito de proteção da norma.

Muito importante neste contexto será também olhar à história do preceito, procurando penetrar o mais possível no espírito do legislador e olhando sempre o sistema como um todo progressivo. Assim como fundamental será levar a cabo uma interpretação teleológica da lei conforme aos seus objetivos fundamentais de proteção, procurando descortinar a sua *ratio* e o seu sentido, atendendo aos factos que nem o legislador pode alterar e que tomou em consideração de modo racional e, por outro lado, atendendo aos princípios ético-jurídicos basilares da ordem jurídica.

Em suma, deve procurar-se o sentido e o escopo de proteção do artigo 126.º do CPP, de modo a determinar, com base na literalidade e na sua inserção sistemática, mas também na sua história e (*maxime*) na sua teleologia, se ele pretende proteger o bem jurídico violado no caso concreto.

Parece-nos então que, ainda que a ordem jurídico-penal e a ordem jurídico-processual penal se complementem, cada uma tem funções específicas com objetivos de proteção dos direitos dos cidadãos diferentes, sendo admissível que um bem jurídico protegido penalmente não encontre o mesmo nível de proteção processual penal no respeitante à matéria de prova⁷⁴. Deste modo, quando um bem jurídico seja violado penalmente na obtenção de uma determinada prova, quem o violou será indubitavelmente sujeito a um processo penal autónomo que vise sancioná-lo por essa violação. No entanto, se se concluir que o artigo 126.º do CPP não pretendeu proteger esse bem jurídico naquele caso concreto, nada obstará ao uso da prova.

Então, a ser assim, quando as provas são apresentadas perante o juiz para que este aprecie da sua validade, deve ser levada a cabo a ponderação aqui já defendida. Se se entender que há uma prevalência dos interesses públicos de defesa da legalidade, prossecução do crime e reafirmação das normas penais violadas, então não haverá violação do escopo de proteção da norma do artigo 126.º do CPP, pelo que os bens jurídicos por si protegidos não terão sido violados, não havendo lugar a proibição de produção de prova. Apenas haverá efetivamente ofensa da integridade física ou moral das pessoas, intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações, quando haja prevalência do interesse privado de defesa dos direitos dos particulares sobre o interesse público. Só nestes casos a norma quis proteger o bem jurídico, havendo violação do seu escopo de proteção.

Dir-se-á contra nós que estamos perante uma fórmula vaga, propícia à arbitrariedade, na medida em que a determinação do escopo de proteção das normas será subjetiva, podendo cada julgador encontrar um âmbito de proteção diferente. Naturalmente que não se pode abandonar à arbitrariedade subjetiva os critérios da determinação do escopo da norma. Tal determinação deve ser exigente e cautelosa, partindo de critérios seguros e reconhecidos pela ciência jurídica, nomeadamente, critérios cimentados em princípios jurídicos (Roxin, 2004b: 293-294). Assim, deve recorrer-se, nomeadamente, a Princípios como o da Uniformização de Jurisprudência, devendo o julgador olhar a decisões jurisprudenciais anteriores e determinar o âmbito de proteção da norma em conformidade com o anteriormente decidido em casos similares ao que se encontrar em julgamento, dando assim efetivação também aos Princípios da

74 Este parece ser também o entendimento que Maia Gonçalves expressa na exposição de motivos do Anteprojeto de Código de Processo Penal por si elaborado. Cf. BMJ n.º 329 (1983), p. 18.

Confiança e da Segurança Jurídicas. Também o Princípio da Igualdade deverá ser assegurado, competindo ao julgador certificar-se de que casos iguais serão tratados de maneira igual.

Assim, entendemos que a ponderação entre os interesses em jogo surge num momento anterior ao da conclusão pela violação de bens jurídicos, conducente à proibição de prova. Nunca a proteção dos bens jurídicos é absoluta, pelo que a sua tutela apenas será garantida dentro das balizas delineadas pelos fins de proteção das normas. Só quando estes forem violados, serão igualmente violados os bens por elas protegidos.

Então, em jeito de conclusão, diga-se que, tendo em consciência o direito a um *fair trial*, é seguro afirmar que estaremos sempre perante uma proibição de prova quando a infração processual for de particular gravidade, atendendo aos parâmetros do respeito pela Dignidade Humana, uma vez que nenhum método de ponderação pode permitir a sanação de ilicitudes quando direitos básicos do arguido estejam postos em causa. Isto sendo sempre irrelevante que a prova pudesse ter sido obtida por meios lícitos alternativos, visto ser irreversível a lesão dos direitos fundamentais e o procedimento da investigação se tornar impossível de prever de forma fiel (Rogall, 1979: 33; Beulke, 1991: 663; Eisenberg, 1996: 165; Jäger, 2003: 230-231; Ambos, 2009: 109-111).

CONCLUSÃO

Não cremos existirem dúvidas que, com o avançar do tempo, os particulares começarão a intervir cada vez mais na investigação penal. É atualmente ainda impossível de prever se se criará uma espécie de investigação privada paralela à pública desenvolvida pelas autoridades de controlo formal da criminalidade, se haverá uma cooperação entre estas e os particulares ou se coexistirão ambos os modelos. Certo é que a tendência é para o aumento da obtenção de provas por particulares.

E, uma vez chegados aqui, parece-nos que conseguimos demonstrar que a legislação processual penal portuguesa não está ainda adequada à regulação deste fenómeno, visto subsistirem falhas de regulamentação que urge suprimir. No entanto, à luz da legislação existente, concluímos convictos de que os particulares se encontram vinculados ao artigo 126.º do CPP, devendo os seus comportamentos de obtenção de prova encontrar-se sujeitos aos limites impostos por tal preceito.

Mas, em caso de violação de tal preceito, não terá necessariamente de se impor uma nulidade da prova decorrente de uma proibição de aproveitamento

da mesma, na medida em que é imprescindível que o juiz concretize o Princípio da Proporcionalidade levando a cabo uma ponderação entre os objetivos a atingir com o uso da prova ilícita e os direitos dos particulares violados na recolha probatória ilicitamente desenvolvida, de modo a determinar qual o interesse prevalente: o interesse público na efetivação da justiça ou o interesse particular na defesa dos direitos individuais. Isto sempre moderando tal ponderação com o escopo de proteção da norma e a vontade do indivíduo cujo direito foi violado relativamente ao uso daquele meio probatório em juízo.

Deste modo, e retomando por uma última vez o *Caso BX*, não podemos deixar de entender que andou bem o TRL ao decidir pela admissibilidade dos documentos entregues por JB enquanto denunciante dos crimes e contraordenações dos arguidos. Isto porque não cremos que o artigo 126.º do CPP tenha como objetivo a tutela daquela espécie de situações. Assim, numa ponderação de interesses, deverá prevalecer, atentando à gravidade dos crimes em jogo, o interesse público na efetivação da justiça e no reforço das normas penais violadas, em detrimento do direito à privacidade e à reserva da vida privada dos arguidos.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de

- 2011 *Comentário do Código de Processo Penal à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a edição, Lisboa, Universidade Católica Editora.

ALEXANDRINO, José Melo

- 2011 *Direitos Fundamentais, Introdução Geral*, 2.^a edição, Cascais, Principia.

AMBOS, Kai

- 2009 “Las Prohibiciones de Utilización de Pruebas en el Proceso Penal Alemán”, in: Beling, Ernst, Ambos, Kai, Julián Guerrero, Óscar, *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá, Temis.

- 2010 *Beweisverwertungsverbote, Grundlagen und Kasuistik – internationale Bezüge – ausgewählte Probleme*, Berlin, Duncker & Humblot.

AMELUNG, Knut

- 2001 “Zum Streit über die Grundlagen der Lehre von den Beweisverwertungsverbote”, in: Schünemann, Bernd, et al. (orgs.), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Berlin, Walter de Gruyter.

ARLOTH, Frank

- 2006 “Dogmatik in der Sackgasse – Zur Diskussion um die Beweisverwertungsverbote”, *Goltdammer’s Archiv für Strafrecht*, vol. 153, n.^o 5, maio, pp. 258-261.

ASENCIO MELLADO, José María

- 2004 *Derecho Procesal Penal*, 3.^a edição, Valencia, Tirant lo Blanch.

BARROS, Adherbal de

- 1977 “A Investigação Criminosa da Prova”, *Justitia*, n.^o 97, pp. 17-26.

BELEZA, Teresa Pizarro,

- 1993 *Apontamentos de Direito Processual Penal*, vol. II, Lisboa, AAFDL.

BELING, Ernst

- 2009 “Las Prohibiciones de Prueba como Límite a la Averiguación de la Verdad en el Proceso Penal”, in: Beling, Ernst, Ambos, Kai, Julián Guerrero, Óscar, *Las Prohibiciones Probatorias*, Bogotá, Temis.

BEULKE, Werner

- 1991 “Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 103, n.^o 3, pp. 657-680.

- 2005 *Strafprozessrecht*, 8.^a edição, Heidelberg, C. F. Müller.

- 2008 “Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus”, *Jura*, vol. 30, n.^o 9, pp. 653-666.

- BOUJONG, Karlheinz,
- 1999 Comentário ao §136a do StPO, in Pfeiffer, Gerd (org.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 4.^a edição, München, C. H. Beck.
- BRADLEY, Craig M.
- 1983 “The Exclusionary Rule in Germany”, *Harvard Law Review*, vol. 96, n.^o 3-5, pp. 1033-1066.
- BRUNHÖBER, Beatrice
- 2010 „Privatisierung des Ermittlungsverfahrens im Strafprozess“, *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heidelberg, vol. 157, n.^o 10, outubro, pp. 571-588.
- BUBANY, Charles P. & COCKERELL, Perry J.
- 1981 “Excluding Criminal Evidence Texas-Style: Can Private Searches Poison the Fruit?”, *Texas Tech Law Review*, vol. 12, n.^o 3, pp. 611-634.
- CANARIS, Claus-Wilhelm
- 1989 *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (trad. por António Menezes Cordeiro), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital
- 2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, 4.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo
- 1995 *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora.
- COSTA ANDRADE, Manuel da
- 1984 “Sobre a Valoração, como Meio de Prova em Processo Penal, das Gravações Produzidas por Particulares”, in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, vol. I, Número Especial do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Universidade de Coimbra.
- 2006 *Sobre as Proibições de Prova*, 1.^a edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora.
- 2008 “Proibições de Prova em Processo Penal (Conceptos e Princípios Fundamentais)”, *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.^o 13, pp. 143-158.
- 2009 “Bruscamente no Verão passado”, a reforma do código de processo penal: observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente, Coimbra, Coimbra Editora.
- 2012a “Comentário ao artigo 139.^o do Código Penal”, in: Dias, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.^o a 201.^o*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 420-455.

- 2012b “Comentário ao artigo 192.º do Código Penal”, in: DIAS, Jorge de Figueiredo (org.), *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial, Tomo I, Artigos 131.º a 201.º*, 2.ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 1039-1067.
- DAVIES, Sharon L.
- 2007 “Some Reflections on the Implications of Hudson v. Michigan for the Law of Confessions”, *Texas Tech Law Review*, vol. 39, n.º 4, pp. 1207-1237.
- DÍAZ DE LEON, Marco Antonio
- 1988 *Tratado Sobre las Pruebas Penales*, 2.ª edição México, Editorial Porrúa.
- DWORKIN, Ronald
- 1986 *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press.
- EISENBERG, Ulrich
- 1996 *Beweisrecht der StPO, Spezialkommentar*, 2.ª edição, München, C. H. Beck.
- ENGISCH, Karl
- 1988 *Introdução ao Pensamento Jurídico* (trad. por J. Baptista Machado), 6.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.
- European Court of Human Rights,
- 1988 *Publications of the European Court of Human Rights, Series A: Judgments and Decisions, Schenk case: 1. decision of 25 February 1988; 2. Judgment of 12 July 1988*, Vol. 140, Registry of the Court, Strasbourg, Council of Europe.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de
- 1983 “Para uma Reforma Global do Processo Penal Português, da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais”, in: AA.VV., *Para uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, pp 189-242.
- 2004 *Direito Processual Penal*, 1.ª edição (reimpressão), Coimbra, Coimbra Editora.
- 2008 “Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal Português”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, vol. 18, n.ºs 2 e 3, abril-setembro, pp. 367-385.
- GLEK, Sabine
- 2007 Comentário ao §136a do StPO, ERB, Volker, et al. (orgs.), *Löwe-Rosenberg, StPO, Großkommentar*, vol. 4, 26.ª edição, Berlin, De Gruyter Recht.
- GOMES DE SOUSA, João Henrique
- 2010 “Em Busca da Regra Mágica. O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e a Universalização da Regra de Exclusão da Prova – o Caso Gäfgen v. Alemanha”, *Julgat*, n.º 11, maio-agosto, pp. 21-39.
- GONÇALVES, Manuel Lopes Maia
- 2009 *Código de Processo Penal Anotado – Legislação Complementar*, 17.ª edição, Coimbra, Almedina.

- GÖSSEL, Karl Heinz
- 1977 *Strafverfahrensrecht*, Berlin, Kohlhammer.
- 1979 "Die Beweisverbote im Strafverfahren", in: Bemann, Günter, et al. (orgs.), *Festschrift für Paul Bockelmann Zum 70. Geburtstag*, München, C. H. Beck, pp. 801-817.
- 1991 "La Busqueda de la Verdade en el Proceso Penal: Aspectos Jurídico-constitucionales y Político-criminales" (trad. esp. por Miguel Polaino Navarrete), *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 45, pp. 673-694.
- 2007 "La Prueba Ilícita en em Proceso penal" (trad. esp. por Gabrielle Sander); in: Alberto Donna, Edgardo (org.), *El Derecho Procesal Penal en el Estado de Derecho*, Buenos Aires, Rubinzel-Culzoni, pp. 169-259.
- GRÜNWALD, Gerald
- 1966 "Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren" in *JuristenZeitung*, vol. 21, n.º 15/16, agosto, pp. 489-501.
- HAIRABEDIÁN, Maximiliano
- 2001 "La Prueba Obtenida Ilícitamente por Particulares", *Nueva Doctrina Penale*, año 2001/B, pp. 663-674.
- HASSEMER, Winfried
- 2004 "Processo Penal e Direitos Fundamentais", in: PALMA, Maria Fernanda (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, Almedina, pp. 15-25.
- HAUF, Claus-Jürgen
- 1993 "Ist die Rechtskreistheorie noch zu halten? Eine neue Konzeption zur Frage von Verfahrensfehlern und Beweisverwertungsverboten", *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 13, n.º 10, pp. 457-462.
- HÉLIE, Faustin
- 1845 *Traité de L'Instruction Criminelle, ou Théorie du Code d'Instruction Criminelle*, Paris, Charles Hingray – Libraire-Éditeur.
- HERRMANN, Joachim
- 1985 "Aufgaben und Grenzen der Beweisverwertungsverbote. Rechtsvergleichende Überlegungen zum deutschen und amerikanischen Recht", in: Vogler, Theo (org.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck*, Berlin, Duncker & Humblot, pp. 1291-1310.
- JÄGER, Christian
- 2003 *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München, C. H. Beck.

JAHN, Matthias

- 2000 "Ausforschung einer Beschuldigten durch Wahrsagerin in der Untersuchungshaft – BGHSt 44,129", *JuS*, vol. 40, n.º 5, pp. 441-445.
- 2008 "Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote im Spannungsfeld zwischen den Garantien des Rechtsstaates und der effektiven Bekämpfung von Kriminalität und Terrorismus", *Neue Juristische Wochenschrift, Beilage zu NJW Heft 21/2008*, pp. 13-17.

KAMISAR, Yale

- 2003 "In Defense of the Search and Seizure Exclusionary Rule", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 26, n.º 1, janeiro 2003, pp. 119-140.

KASPAR, Johannes

- 2013 "Strafprozessuale Verwertbarkeit nach rechtswidriger privater Beweisbeschaffung – Zugleich ein Beitrag zur Systematisierung der Beweisverbotslehre", *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, vol. 160, n.º 4, abril, pp. 206-225.

KLEINKNECHT, Theodor

- 1966 "Die Beweisverbote im Strafprozeß", *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 19, n.º 34, pp. 1537-1545.

KÜHNE, Hans Heiner

- 2010 *Strafprozessrecht: Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*, 8.ª edição, Heidelberg, Hüthig Jehle Rehm.

LARENZ, Karl

- 2005 *Metodologia da Ciéncia do Direito* (trad. por José Lamego), 4.ª edição, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian.

LEAL-HENRIQUES, Manuel & SANTOS, Manuel Simas

- 2004 *Código de Processo Penal Anotado*, I Volume, 2.ª edição, Lisboa, Rei dos Livros.

LIEBER, Francis

- 1853 *On Civil Liberty and Self-Government*, London, Richard Bentley.

MACHADO, João Baptista

- 2002 *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão, Coimbra, Almedina.

MAGISTRADOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO JUDICIAL DO PORTO

- 2009 *Código de Processo Penal: Comentários e Notas Práticas*, Coimbra, Coimbra Editora.

MARQUES, Francisco Paes

- 2011 *As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares, Contributo para a sua Compreensão Substantiva*, Lisboa, Almedina.

- MARTINS, Milene Viegas
2014 *A Admissibilidade de Valoração de Imagens Captadas por Particulares como Prova no Processo Penal*, Lisboa, AADFL.
- MATTERN, Lisa A.
2007 “Constitutional Law: Knock-and-announce Violations and the Purposeful Enforcement of the Exclusionary Rule”, *Florida Law Review*, vol. 59, n.º 2, abril, pp. 465-474.
- MENDES, Paulo de Sousa
2004 “As proibições de prova no processo penal”, in: Palma, Maria Fernanda (org.), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Lisboa, Almedina, pp. 133-154.
- MEYER-GÖßNER, Lutz
2004 *Strafprozessordnung – Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, München, C. H. Beck.
- MONTEIRO, Fernando Conde
2009 “O Problema da Verdade em Direito Processual Penal (Considerações Epistemológicas)”, in: Monte, Mário Ferreira (org.), *Que Futuro Para o Direito Processual Penal? Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, Por Oasião dos 20 Anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora, pp. 321-331.
- MORÃO, Helena
2002 *O Efeito-à-Distância das Proibições de Prova no Direito Processual Penal Português*, Relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do seminário de Direito Processual Penal no ano letivo 2001/2002, Lisboa.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa
1998 “A Constituição e as Provas Ilicitamente Obtidas”, *Direito e Cidadania*, vol. I (1997/98), n.º 2, pp. 9-23
- MUÑOZ CONDE, Francisco
2000 *La Búsqueda de la Verdad en el Proceso Penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
2007 “Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal”, *Lusíada*, II série, n.ºs 4/5, novembro, pp. 28-76.
2009 “De las Prohibiciones Probatorias al Derecho Procesal Penal del Enemigo”, *Revista Penal*, n.º 23 (janeiro), pp. 73-114.
- NEVES, A. Castanheira
2003 *O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica, I*, Coimbra, Coimbra Editora.

Novaís, Jorge Reis

- 2006 *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a Maioria*, Coimbra, Coimbra Editora.
 OLIVEIRA, Francisco

- 1995 *Da Valoração de Provas Ilícitas em Processo Penal*, Relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa no âmbito do seminário de Direito Processual Penal no ano letivo 1994/96, Lisboa.

PATRONILHO, Sílvia Raquel Ferreira

- 2003 *O Regime de Nulidades das Provas em Processo Penal*, Tese discutida na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa.

PFEIFFER, Gerd,

- 1999 *Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 2.ª edição, München, C. H. Beck

ROBINSON, Benjamin J.

- 2007 “Constitutional Law: Suppressing the Exclusionary Rule”, *Florida Law Review*, vol. 59, n.º 2, abril, pp. 475-485

ROGALL, Klaus

- 1979 “Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen der Lehre von den strafprozessualen Beweisverboten”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 91, n.º 1, pp. 1-44

- 2004 Comentário ao §136a do StPO, in: Rudolphi, Hans-Joachim et al. (org.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, München, Luchterhand, pp. 139-185.

ROXIN, Claus

- 1970 “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht” in Barth, Eberhard, et al. (orgs.), *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag, 3. Januar 1970*, Göttingen, Otto Schwartz & Co, pp. 133-150.

- 1973 “Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten”, in: Lackner, Karl, et al. (orgs.), *Festschrift für Wilhelm Gallus zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973*, Berlin, Walter de Gruyter, pp. 241-259.

- 2000 *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- 2004a “Reflexões sobre a Problemática da Imputação em Direito Penal” (trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz), in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, Vega, pp. 145-168.

- 2004b “Sobre o Fim de Protecção da Norma nos Crimes Negligentes” (trad. por Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz), in: *Problemas Fundamentais de Direito Penal*, Lisboa, Vega, pp. 273-294.,

- 2007 "Autoincriminación Involuntaria y Derecho al Ámbito Privado de la Personalidad en las Actuaciones Penales" (trad. esp. Por Óscar Julián Guerrero Peralta), in: *Pasado, Presente y Futuro del Derecho Penal*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni.
- 2008 *La Prohibición de Autoincriminación y de las Escuchas Domiciliarias*, Buenos Aires, Hammurabi.
- SARDINHA, José Miguel
- 1989 *O Terrorismo e a Restrição dos Direitos Fundamentais em Processo Penal*, Lisboa, Coimbra Editora.
- SILVA, Germano Marques da
- 2007 "Um Olhar Sobre o Projecto e o Acordo Político para a Revisão do Código de Processo Penal", *Julgat*, n.º 1, janeiro-abril, pp. 137-153.
- 2011 *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.ª edição, Lisboa, Verbo.
- SILVA DIAS, Augusto & RAMOS, Vânia Costa
- 2009 *O Direito à Não Auto-inculpação (Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare) No Processo Penal e Contra-ordenacional*, Lisboa, Coimbra Editora.
- TOTTEN, Christopher & COBKIT, Sutham
- 2012 "Knock-and-Announce Rule and Police Searches after Hudson v. Michigan: Can Alternative Deterrents Effectively Replace Exclusion for Rule Violations", *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 15, n.º 3 (Summer), pp. 414-457
- UHOLIK, Brian S.
- 2007 "Who Cares if it's Open?: Hudson v. Michigan and the United States Supreme Court's Evisceration of the Knock and Announce Rule", *Penn State Law Review*, vol. 112, n.º 1, Summer, pp. 261-293.
- VIEIRA DE ANDRADE, João Carlos
- 2012 *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina.
- VOLK, Klaus
- 2005 *Grundkurs StPO*, 4.ª edição, München, C. H. Beck.
- WILKEY, Malcolm
- 1979 "The Exclusionary Rule: Why Suppress Valid Evidence?", *Judicature*, vol. 62, n.º 5, pp. 214-232.

AGENTE INFILTRADO OU PROVOCADOR? UM PROBLEMA DE PROIBIÇÕES DE PROVA À LUZ DO CASO TEIXEIRA DE CASTRO V. PORTUGAL¹

Catarina Abegão Alves

ABSTRACT: This paper analyses the distinction between undercover actions and entrapment and its admissibility as evidence, according to the Case Teixeira de Castro v. Portugal ruled by the ECHR. The American case law, supported by the ECHR, has established that, the main criterion should be the objective analyses of police actions. When these actions interfere with the free will of the suspect, the information gathered should not be used as evidence.

SUMÁRIO: Introdução. I. O caso Teixeira de Castro vs. Portugal no TEDH. II. Uma perspectiva de direito comparado. 1. Direito norte-americano. 2. Direito alemão. III. O agente infiltrado. 1. Princípio da proporcionalidade. 2. Requisitos na ordem jurídica portuguesa. IV. O agente provocador. 1. Critérios da provocação utilizados no caso a) teste subjetivo b) suspeitas fundadas c) teste objetivo. 2. Método proibido de prova. 3. Proibição de utilização de prova. 4. O efeito-à-distância sobre as provas secundárias. Conclusão.

INTRODUÇÃO

O problema que motivou a nossa investigação incide sobre a distinção entre agente infiltrado e agente provocador, e as consequências da mesma para as proibições de prova. Para tal, faremos uma análise a partir do caso Teixeira de Castro v. Portugal, no qual o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos abordou, pela primeira vez, esta questão. Após um enquadramento deste caso, faremos uma perspetiva de Direito comparado, observando o tratamento deste problema no sistema norte-americano e alemão.

Seguidamente analisaremos a figura do agente infiltrado, enquanto método de obtenção admissível de prova. Cremos que o recurso a esta medida de

¹ O texto ora publicado corresponde, no essencial, ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, na disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

investigação pressupõe, desde logo, um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais dos envolvidos e os interesses estaduais no combate à criminalidade. Iremos observar, então, de que forma a medida subentende essa ponderação, verificando alguns dos concretos direitos fundamentais alvo de compressão. Depois, procurando contextualizar a utilização legítima deste método de investigação na ordem jurídica portuguesa, examinaremos os requisitos que o legislador português consagrou para o recurso ao agente infiltrado, enquanto método de investigação criminal.

De seguida, passaremos a uma análise da figura do agente provocador, verificando quais os critérios utilizados pelo Tribunal Europeu dos Direitos Humanos para que este tenha considerado a existência de provação policial, no caso em análise. Resolvido este importante passo metodológico, será importante perceber qual a consequência desta ação de provação no ordenamento jurídico português. Se concluirmos pela existência de uma proibição de prova, deveremos aprofundar as razões para esta categorização, em especial na subespécie de métodos proibidos de prova.

No decorrer das conclusões daqui retiradas, importa discutir se esta possível proibição de prova inviabilizará totalmente a sua valoração no processo em curso, ou se ainda poderemos admitir uma utilização desta prova proibida, mediante certos requisitos e limites.

Para concluir, suscita-se a resolução de uma outra questão levantada pelo caso Teixeira de Castro v. Portugal. Aqui o problema em torno da obtenção de prova não se coloca apenas em relação à prova primária, visto que no âmbito da ação de investigação encoberta os policiais obtiveram também uma prova secundária. Discutiremos então o efeito-à-distância sobre a possível prova proibida imediata sobre esta prova mediata.

I. O CASO TEIXEIRA DE CASTRO V. PORTUGAL NO TEDH

No ano de 1998 o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (doravante TEDH) viria a abordar, pela primeira vez, o problema das ações de provação no caso Teixeira de Castro v. Portugal². Para este efeito, o Tribunal partiu da análise da atuação dos agentes, traçando assim as linhas de fronteira entre as ações de infiltração e as ações de provação³.

2 Acórdão do TEDH, de 9 de junho de 1998, Teixeira de Castro v. Portugal, Aplicação n.º 25829/94.

3 Para mais esclarecimentos sobre este caso, cf. Loureiro, 2007: *passim*.

Em dezembro de 1992, dois agentes da Polícia de Segurança Pública da Esquadra de Famalicão, atuando à paisana e fazendo-se passar por compradores de droga, entraram em contacto com um suspeito de tráfico de estupefáciares (V. S.), demonstrando intenção de adquirirem vários quilos de haxixe, para identificar assim o seu fornecedor. Neste primeiro contacto, o suspeito informou os agentes de que não tinha conhecimento de qualquer fornecedor de droga, apesar da insistência destes.

No dia 30 de dezembro os agentes voltariam a contactar V. S., demonstrando agora a sua intenção de adquirir heroína. Neste momento, V.S. sugeriu aos agentes um fornecedor do qual tinha conhecimento por terceiros, Teixeira de Castro. Contactou então o terceiro F.O., que lhe indicou o nome de um fornecedor. V.S., F.O. e os agentes deslocaram-se então na viatura do primeiro para a residência deste suposto fornecedor, Teixeira de Castro. Quando lá chegaram este dirigiu-se ao automóvel, tomado conhecimento da intenção dos compradores de adquirirem 20 gramas de heroína pelo preço de 200.000\$00 escudos, tendo-lhe sido mostrado um maço de notas do Banco de Portugal. Disponibilizou-se então a dirigir-se à residência de outro indivíduo para adquirir a tal quantidade de droga. Ficou acordado que a transação da droga e do dinheiro seria efetuada no domicílio de V.S. Tal veio a acontecer pelas duas horas da madrugada do dia 31 de dezembro.

Quando o suspeito Teixeira de Castro retirou do bolso a quantidade de droga para a entregar aos supostos compradores, estes identificaram-se como agentes da polícia, detendo todos os suspeitos em flagrante delito. Posteriormente foi realizada uma operação de revista aos suspeitos Teixeira de Castro e V.S. e uma busca ao domicílio deste último, após as quais os agentes encontraram algumas quantidades de droga, de dinheiro e uma pulseira em ouro. Todos estes factos foram confessados pelos suspeitos, posteriormente constituídos arguidos.

Com base nestas informações, as autoridades de investigação criminal portuguesas abriram um inquérito contra Teixeira de Castro, acusando-o do crime de tráfico de estupefacientes. Em primeira instância, o Tribunal Judicial da Comarca de Santo Tirso, num julgamento de 6 de dezembro de 1993, considerou que o recurso a agentes infiltrados, ou mesmo provocadores, era admisível na lei portuguesa⁴, justificando-se um sacrifício da liberdade individual

⁴ Aquando dos factos, este tipo de ações estavam apenas contempladas no art. 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro, que consagrava a não punibilidade dos agentes que no âmbito do inquérito aceitassem diretamente, ou por intermédio de terceiro, a entrega de estupefacientes ou outras substâncias psicotrópicas. O artigo dispunha ainda a necessidade de junção ao processo de um relato desta operação, no prazo de vinte e quatro horas.

em nome de outros interesses dignos de proteção. À data dos factos as ações encobertas não conheciam regulação específica na lei portuguesa, não estando sujeitas a controlo judicial. O tribunal considerou que a conduta dos agentes não foi determinante para a prática da infração. Acabou então por condenar o arguido a uma pena de prisão de seis anos pelo crime do qual este vinha acusado.

Nesta sequência, o arguido interpôs um recurso para o Supremo Tribunal de Justiça (doravante STJ), alegando uma violação do princípio do processo equitativo. Este Tribunal, num Acórdão de 5 de maio de 1994 (Processo n.º 46385, Relator Sá Ferreira)⁵, confirmou a decisão da primeira instância. O STJ alegou que a forte insistência por parte dos polícias, dada como provada, foi justificável, pois estes procuravam desmascarar um traficante. Este acabou por responder favoravelmente às falsas interpelações dos agentes, uma vez que procurava obter lucros. No fim, veio a verificar-se que o suspeito tinha em sua posse uma quantidade considerável de droga. Mais indicou que os agentes policiais atuaram dentro dos poderes que lhe foram atribuídos por lei. Contudo, não ficou provado que o arguido procurava obter uma avultada compensação remuneratória.

Após estas condenações Teixeira de Castro recorreu para o TEDH a 24 de outubro de 1994, alegando uma violação dos seguintes artigos da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante CEDH): art. 3.º (proibição da tortura), art. 6.º § 1 (direito a um processo equitativo), art. 8.º (direito ao respeito da vida privada e familiar) e art. 14.º (proibição de discriminação). Segundo a defesa, ocorreu aqui uma violação ao seu direito a um processo equitativo, pois o arguido foi incitado pelos dois agentes policiais a cometer a infração que resultou na sua condenação. No que concerne à proibição de penas e tratamento cruéis e degradantes do art. 3.º da CEDH, o TEDH considerou não haver razão atendível para esta alegação por parte da defesa. Similar foi a posição do Tribunal no que diz respeito à proteção da vida privada, familiar e correspondência, contemplada no art. 8.º da CEDH.

Todavia o Tribunal considerou haver aqui uma violação do art. 6.º § 1 da Convenção. Concluiu que o crime cometido pelo arguido teve origem direta e exclusiva na atuação dos agentes policiais, visto que estes foram verdadeiros instigadores de um comportamento que nunca se materializaria sem

5 Disponível no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 437, 1994: 362-367.

esta atuação⁶. No caso Teixeira de Castro a atuação dos agentes policiais foi essencial, senão exclusiva, na formação da intenção criminosa, e por isso os agentes atuaram como provocadores de uma ação criminosa, violando assim o direito do arguido a um processo equitativo. O Tribunal reconheceu que os órgãos nacionais de investigação criminal deverão adotar medidas especiais de investigação, em especial em crimes relacionados com o tráfico de estupefacientes. Em algumas situações, o TEDH admitiu ao recurso a ações encobertas para fins de investigação criminal⁷, desde que sejam asseguradas todas as garantias de defesa que permitam o acesso a um processo justo. Todavia, o interesse público não poderá legitimar o recurso a ações de provocação por parte dos órgãos policiais, consubstanciando isto uma violação do art. 6.º da CEDH. O caso Teixeira de Castro viria a influenciar notoriamente a jurisprudência posterior do TEDH, considerando este Tribunal a existência de ações de provocação noutros casos⁸.

II. UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO

1. Direito norte-americano

Nos Estados Unidos da América vigora um sistema de *common law*. Isto significa que o precedente judiciário assume um papel fundamental na construção do Direito ao nível federal e estadual. Por isso mesmo as proibições de prova – *exclusionary rules*⁹ – são um sistema de criação jurisprudencial, com recurso ao precedente. Neste sistema, as regras de exclusão de prova funcionam numa dimensão objetiva, de proteção das garantias individuais face a atuações abusivas do poder estadual. Assim, são encaradas enquanto normas de dissuasão, impedindo os agentes policiais de adotarem condutas

6 “§39. *The necessary inference from these circumstances is that the two police officers did not confine themselves to investigating Mr. Teixeira de Castro's criminal activity in an essentially passive manner, but exercised an influence such as to incite the commission of the offence.*”

7 Veja-se alguns casos nos quais o TEDH considerou legítimas as actuações dos agentes ocultos: caso Lüdi v. Suíça, de 15 de junho de 1992, Aplicação n.º 12433/86; caso Eurofinacom v. França, de 7 de setembro de 2004, Aplicação n.º 58753/00 e caso Sequeira v. Portugal, de 6 de maio de 2003, Aplicação n.º 73557/01.

8 V.g. caso Vanyan v. Rússia, de 15 de dezembro de 2005, Aplicação n.º 53203/99; caso Khudobin v. Rússia, de 26 de outubro de 2006, Aplicação n.º 59696/00; caso Ramanauskas v. Lituânia, de 5 de fevereiro de 2008, Aplicação n.º 74420/01 e caso Malininas v. Lituânia, de 1 de julho de 2008, Aplicação n.º 10071/04.

9 A *exclusionary rule* foi consagrada pela primeira vez no caso *Weeks v. United States*, de 1914 [232 U.S. 383, 34 S.Ct. 341, 58 L.Ed. 652 (1914)]. Aqui a proibição de prova foi estabelecida apenas ao nível federal. Posteriormente o caso *Wolf v. Colorado*, de 1949 [338 U.S. 25, 69 S.Ct. 1359, 93 L.Ed. 1782 (1949)], determinou o precedente de aplicação das *exclusionary rules* também aos tribunais estaduais, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 108-110.

que violem a Quinta e Sexta Emendas constitucionais¹⁰, pois a prova obtida mediante essa conduta será excluída do processo. Esta dimensão funciona, então, a título essencialmente preventivo.

No Direito norte-americano, a realização de ações encobertas – *undercover actions* – é recorrente na investigação criminal. A importância deste método de obtenção de prova levará a que se no âmbito do mesmo ocorrer uma atividade abusiva dos agentes policiais, *v.g.* provocação policial (*entrapment*), não haverá uma exclusão automática da prova. Esta continuará a ser utilizada no processo, mas funcionará como uma *Legal Defense*¹¹, ou seja, como um meio de defesa processual do provocado diante da acusação. Saliente-se que este tipo de defesa só é aplicável quando estamos perante uma atuação de um agente governamental, pois a jurisprudência tem entendido que esta não se aplica aos atos realizados por privados¹².

A *doctrine of entrapment* foi construída sobre dois critérios: um objetivo, no qual o *Supreme Court* analisou os casos com base na influência da atuação policial sobre o crime praticado; e um subjetivo, avaliando o papel dos *undercover agents* para a criação da intenção criminosa, tendo em conta a predisposição prévia do provocado¹³.

O *Supreme Court* abordou, pela primeira vez, este problema no caso *Casey v. United States*¹⁴, no qual a polícia encarregou um detido de fornecer droga a um advogado que se encontrava preso, por suspeitar que este se dedicava ao tráfico de estupefacientes dentro do sistema prisional. Um dissidente do Juiz Conselheiro Brandeis condenou o recurso à provocação policial.

Mas a *doctrine of entrapment* foi consagrada posteriormente em dois casos, nos quais o *Supreme Court* construiu o teste subjetivo: *Sorrels v. United States*¹⁵

10 No caso *Mapp v. Ohio*, de 1961 [367 U.S. 643, 81 S.Ct. 1684, 6 L.Ed.2d 1081 (1961)], foi estabelecido o precedente de que a regra de exclusão passaria a ser obrigatória para todos os estados, fundando-se esta na Quinta e Sexta Emendas constitucionais, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 110-114. A Quinta Emenda, ou *Miranda Rights*, foi depois desenvolvida no caso *Miranda v. Arizona*, de 1966 [384 U.S. 436, 86 S.Ct. 1602, 16 L.Ed.2d 694 (1966)], onde se decidiu que esta visava a proteção dos cidadãos contra abusos por parte das autoridades nos procedimentos legais, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 457 e ss.

11 Para mais esclarecimentos sobre este instrumento processual, cf. Meireis, 1999: 97-101.

12 Meireis, 1999: 98-99.

13 A análise do teste subjetivo assenta em quatro passos: origem da intenção criminosa, implantação da vontade delituosa, existência de incitamento e predisposição para a prática do crime, cf. Scholl, 1989: 813.

14 276 U.S. 413 (1928).

15 287 U.S. 435, 53 S.Ct. 210, 77 L.Ed. 413 (1932).

e *Sherman v. United States*¹⁶. No primeiro caso, o *Supreme Court* considerou que os agentes policiais criaram uma predisposição criminosa, até então inexistente, ao insistirem com o suspeito para que este lhe vendesse uma bebida alcoólica, numa altura em que vigorava a lei de proibição de produção, venda e transporte destas bebidas (*National Prohibition Act*, de 28 de outubro de 1919). Já no caso *Sherman*, após um encontro num consultório médico de desintoxicação por consumo de estupefacientes, seguido de posteriores encontros, um agente do governo solicitou ao suspeito uma dose de estupefacientes. Este começou por recusar, mas depois de fortes insistências dos agentes cedeu às suas tentativas. A compra e venda repetiram-se e os agentes acabaram por prender o suspeito. Num dissidente o Juiz Conselheiro Warren afirmou que “*para determinar a existência de entrapment deverá estabelecer-se uma linha divisória entre a armadilha criada a um inocente imprudente ou a um criminoso imprudente*”¹⁷. Também no caso *United States v. Russell*¹⁸ o *Supreme Court* recorreu ao teste subjetivo nas situações em que estamos perante “*um grau intolerável de participação governamental na conduta criminosa*”¹⁹, considerando que neste caso estávamos perante um criminoso imprudente.

O critério subjetivo começou a ser combinado com outras análises, especialmente a de *reasonable suspicion*, pela primeira vez utilizada no precedente *Jacobson v. United States*, de 1992²⁰. Aqui o *Supreme Court* considerou que a predisposição do suspeito para cometer o crime devia ser analisada previamente, antes da intervenção das autoridades policiais. Neste caso os agentes suspeitavam que o suspeito se dedicava à pornografia infantil, pois este tinha encomendado previamente revistas da especialidade. Fizeram então várias tentativas por correio eletrónico para que o suspeito adquirisse mais material do género. Este acabou por ceder, encomendando as revistas após vinte e seis meses de tentativas por parte dos agentes. Estes vieram a encontrar estas revistas em sua casa, bem como as encomendadas anteriormente²¹.

16 356 U.S. 369, 372, 78 S.Ct. 819, 2 L.Ed.2d 848 (1958).

17 *Apud* Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 393.

18 411 U.S. 423, 93 S.Ct. 1637, 36 L.Ed.2d 366 (1973).

19 *Apud* Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 393.

20 503 U.S. 540, 112 S.Ct. 1535, 118 L.Ed.2d 174 (1992).

21 Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 413-422.

Todavia, a opinião dissidente do Juiz Conselheiro Roberts no caso *Sorrels*, bem como a decisão do Juiz Conselheiro Frankfurter no caso *Sherman*, viriam a dar origem ao teste objetivo, focando-se no contributo da atuação policial para a prática do crime²². Também num dissidente os Juízes Conselheiros Stewart, Brennan e Marshall, no caso *Russell*, utilizaram o teste objetivo, considerando que na *entrapment* deverá comprovar-se se “*a conduta do governo na instigação do crime se situa para além do judicialmente tolerável*”²³. Nesta visão, a *entrapment* introduziria ilegalidade na atuação do poder executivo, ao mesmo tempo que colocava em causa a integridade judicial.

No sistema de *Legal Defense* a prova da *entrapment* situar-se-á no meio caminho entre uma causa de exclusão objetiva, por influências externas (legítima defesa, direito de necessidade, coação, consentimento) ou subjetiva, originada por pressões internas (erro, doença mental ou menoridade)²⁴. Mas as consequências serão distintas consoante o tipo de teste adotado. O teste subjetivo foca-se na proteção dos direitos individuais do acusado e no pressuposto de que um sujeito inocente não deve ser levado à prática de um crime pela polícia²⁵. Por isso será avaliada a sua intenção criminosa prévia, para um possível afastamento da sua responsabilidade. O ónus da prova reparte-se entre a defesa e a acusação. A primeira deverá provar a *entrapment*, cabendo depois à acusação provar que o suspeito tinha já uma predisposição prévia “*beyond a reasonable doubt*”. Vigora aqui a regra da liberdade da prova e a decisão sobre a responsabilidade do provocado caberá ao júri²⁶.

Situação diferente ocorrerá na aplicação do teste objetivo. O fundamento do teste objetivo é o de acautelar eventuais abusos dos agentes do governo. Deste modo a sua consequência será a improcedência da prova, como desincentivo à *entrapment*. Não é necessário provar a culpa do provocado, bastando-se com uma prova da conduta abusiva do provocador. Aqui caberá à defesa o ónus da prova, sendo este todavia limitado pelo *due process of law*. Assim serão excluídos os *hearsay evidence*, bem como as provas indiretas. Mesmo a prova testemunhal

22 Segundo o Juiz Conselheiro Roberts no caso *Sorrels*: “*Entrapment is the conception and planning of an offense by an officer, and his procurement of its commission by one who would not have perpetrated it except for the trickery, persuasion or fraud of the officer*”, apud SCHOLL, 1989: 814.

23 Apud Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 389.

24 Sousa, 2003: 1229.

25 Sobre os diferentes fundamentos do teste subjetivo e objetivo, cf. Whelan, 1985: 1196.

26 Meireis, 1999: 101-105 e Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 402.

só poderá ser utilizada se for solicitada pela defesa. A decisão sobre a existência de *entrapment* será da competência do juiz²⁷.

Estes dois testes são passíveis de crítica. No teste subjetivo, acolhido pela jurisprudência do Tribunal Federal e pela generalidade dos tribunais estaduais, será difícil analisar a intenção criminosa prévia do sujeito²⁸. Já o teste objetivo, acolhido pela doutrina e por alguns tribunais estaduais, recorre a padrões de medianidade e à construção de uma “pessoa hipotética” para verificar se era possível que aquela atuação policial criasse num homem médio a vontade criminosa²⁹.

No sistema norte-americano há ainda outras possibilidades de recorrer à *entrapment defense*. Esta pode fundar-se no *due process of law*, levando a uma exclusão da condenação nos casos em que a conduta dos agentes policiais foi particularmente excessiva ou indigna – *particularly outrageous*³⁰. A figura da *entrapment* encontra-se ainda contemplada no *Model Penal Code*, no § 2.13 (2). Aqui os seus efeitos serão similares aos da aplicação do teste objetivo, servindo para efeitos de defesa nos casos em que a atuação policial criou erroneamente no agente a ideia de que este agia licitamente, ou nas situações onde os agentes utilizam meios que determinem ou induzam um sujeito, que de outra forma não estaria predisposto³¹.

Conclui-se que a relevância das *undercover actions* no sistema norte-americano levou a que se optasse pelo modelo da *entrapment defense*, não existindo aqui uma exclusão da prova. Curiosa é a adoção genérica do teste subjetivo, pois este configura essencialmente uma forma de proteção dos direitos do provocado. Já o teste objetivo é aquele que melhor expressa a similitude com a função das proibições de prova no Direito norte-americano, enquanto dissuadoras de ações governamentais que violem as liberdades individuais. O efeito preventivo aqui só seria conseguido com a utilização do teste objetivo. Os policiais evitariam utilizar a provação se soubessem que a sua conduta,

27 Meireis, 1999: 101-105 e Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 402.

28 Whelan, 1985: 1205 e Robertson, 1994: 814.

29 Whelan, 1985: 1210-1211, Scholl, 1989: 818 e Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 398-399.

30 O primeiro precedente onde se aplicou o modelo do *due process* ocorreu em 1978, no caso *United States v. Twigg* [588 F.2d 373 (3d Cir. 1978)], tendo sido seguido nos casos paradigmáticos *United States v. Kelly*, de 1983 [707 F.2d 1460 (D.C.Cir. 1983)] e *United States v. Simpson*, de 1987 [813 F.2d 1462 (9th Cir. 1987)]. Para mais esclarecimentos, cf. Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 405-412.

31 Meireis, 1999: 109-110.

ao ser invocada pela defesa, iria ser objetivamente avaliada pelo tribunal. A utilização do teste subjetivo poderá levar a que os policiais recorram mais frequentemente à *entrapment*, pois a análise do tribunal cingir-se-á a uma avaliação da predisposição do suspeito. Mas a regra da liberdade de prova no teste subjetivo assemelha-se ao Direito português e poderá representar uma mais-valia para a defesa. No teste objetivo esta não poderá apresentar, por regra, algumas provas que poderão ser fundamentais para provar a conduta abusiva dos agentes policiais.

Ao contrário do que acontece na generalidade dos sistemas continentais, nos Estados Unidos a intervenção de agentes ocultos não está sujeita a controlo judicial. O seu sistema é de aferição judicial *a posteriori*, em julgamento. Nos sistemas de *civil law*, como o alemão ou o português, a existência de regulação legal e de controlo judicial parece evitar, aparentemente, maiores abusos por parte das autoridades policiais.

2. Direito alemão

Nos últimos anos os sistemas processuais europeus sentiram necessidade de introduzir nas suas legislações limites à utilização de métodos ocultos de investigação, afastando desde logo o recurso à figura histórica do *agent provocateur*³². A lei alemã reflete essa preocupação, consagrando limites à utilização de métodos de investigação ocultos no §110 a do Código de Processo Penal alemão – *Strafprozeßordnung* (doravante StPO). Necessário, em primeiro lugar, é que as ações encobertas sejam realizadas por agentes policiais, apesar de alguma doutrina adotar uma categorização ampla, enquadrando as operações encobertas na categoria de *Vertrauen-Mann* – homem de confiança³³. Dentro do âmbito do *V-Mann* podem distinguir-se três grupos: *Verdeckter Ermittler* ou *Polizeibeamter* – funcionário policial que atua sob identidade falsa; *V-Leute* – particular que atua sobre a supervisão das autoridades policiais e *Lockspitzel* – agente provocador. Estes dois últimos grupos ficarão fora do regime legal.

Questiona-se se no sistema alemão as proibições de prova representam um mecanismo de proteção dos cidadãos perante condutas abusivas das autoridades policiais, no decorrer de investigações criminais ocultas.

32 Sobre as origens históricas da figura, cf. Meireis, 1999: 19 e ss.

33 Meyer, 1985: 1312 e ss.

A teoria das proibições de prova no Direito alemão divide as *Beweisverbote*³⁴ em dois grupos: *Beweiserhebungsverbote* – proibições de produção de prova³⁵ – e *Beweisverwertungsverbote* – proibições de utilização de prova. Todavia, podemos falar do princípio da abstração e separação – *Trennungs und Abstraktionsprinzip*³⁶ – entre uma *Beweiserhebungsverbote* e uma *Beweisverwertungsverbote*. Isto leva a que uma proibição de produção de prova não implique necessariamente uma proibição de utilização³⁷. Ao contrário do sistema norte-americano, as proibições de prova no Direito alemão decorrem expressamente da lei. Neste sentido, por exemplo, as proibições de produção de prova fundam-se no § 136 a StPO (métodos proibidos de prova) e no art. 1.º da Constituição da República Federal Alemã – *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (doravante GG) – que consagra o princípio da dignidade da pessoa humana³⁸.

Mas este sistema de *civil law* não funciona na sua forma pura uma vez que a jurisprudência assume um papel determinante e criativo na aplicação do Direito, tal como acontece no sistema norte-americano. Esta importância da atividade jurisprudencial verifica-se também no problema objeto da nossa investigação, pois ao longo dos anos o Supremo Tribunal Federal de Justiça alemão – *Bundesgerichtshof* (doravante BGH) – tem tido um papel importante na determinação de critérios e soluções aplicáveis ao *Lockspitzel*.

Abandonando a solução clássica de tratamento da provocação em sede de exclusão da responsabilidade, que reconduzia o provocador à figura do instigador sem dolo, a partir da década de 80 o BGH começou a recorrer ao critério do obstáculo processual, para afastar a condenação do suspeito provocado. Para este Tribunal, estaríamos perante uma provocação em situações nas quais o suspeito não tinha quaisquer antecedentes e o ilícito tinha resultado apenas de um comportamento fraudulento dos agentes policiais. Haveria aqui uma violação dos princípios do Estado de Direito e um *venire contra factum*

34 A origem das proibições de prova no Direito alemão deve-se a Beling, que formulou as proibições de prova enquanto limites à descoberta da verdade material (Beling, 1903: 3).

35 Estas podem ainda subdividir-se entre proibição de temas de prova (*die Beweisthemaverbote*); proibição de certos meios de prova (*die Beweismittelverbote*); proibição de certos métodos de obtenção de prova (*die Beweismethodenverbote*); e proibição de provas produzidas sem autorização da autoridade competente (*die relative Beweisverbote*), cf., por todos, Roxin & Schünemann, 2012: §24, Rn. 15.

36 Jäger, 2003: 137-138.

37 Sobre a distinção entre proibição de prova e proibição de utilização, cf. Gössel, 1991: 692-693.

38 Roxin & Schünemann, 2012: §24, Rn. 20.

proprium, caducando a necessidade da pena estadual – *Verwirkung*. Esta tese também mereceu acolhimento nalguma doutrina³⁹.

Num segundo momento, a partir de uma decisão de 1984, a jurisprudência passou a adotar uma solução de caráter substantivo. Isto iria depois ter consequências apenas ao nível da medida da pena, afastando quaisquer soluções no âmbito das proibições de prova⁴⁰. Hoje em dia esta posição permanece majoritária na jurisprudência do BGH. Alguns autores criticam esta solução e tratam deste problema também ao nível substantivo, mas já no âmbito de uma causa de dispensa de pena⁴¹.

Similarmente ao Direito norte-americano, no sistema alemão a provocação funcionará como uma prova para a defesa do provocado. Mas o processo penal norte-americano, onde a jurisprudência adotou genericamente o teste subjetivo, é um processo de partes, vigorando um sistema acusatório puro⁴². O ónus da prova reparte-se entre a acusação e a defesa. Já no Direito alemão o ónus da prova cabe à acusação. Mas mesmo que a acusação seja realizada exclusivamente pelo Ministério Público (doravante MP) – *Staatsanwaltschaft* – este, similarmente ao ordenamento jurídico português, não é parte no processo, e por isso tem o dever de investigar objetivamente, podendo aduzir prova favorável à defesa ou à acusação. Quando entender que houve provocação, pode então apresentar prova da mesma em favor da defesa. Mas o processo penal alemão, tal como o português, não é um sistema acusatório puro, sendo integrado por um princípio da investigação. Deste modo também o juiz pode ordenar a produção de mais provas, na busca da verdade material. Tal como acontece no sistema norte-americano, também no Direito alemão o acusado pode apresentar provas para a sua defesa. Mas no processo alemão isto não se cinge à fase de julgamento, podendo este fazê-lo previamente ao requerer, no momento do primeiro interrogatório, a produção de prova que entenda útil para a sua defesa (§163 a II StPO)⁴³.

39 Meyer, 1983: 853.

40 Costa Andrade, 2006: 225-226.

41 Seelmann, 1983: 831, Rudolphi, 1994: §110 c, Rn. 11, Beulke, 2005: §13 II 16, Rn. 288 e Roxin & Schünemann, 2012: §37, Rn. 8.

42 Costa Andrade, 2006: 137-138.

43 AA.VV., *Procédures pénales d'Europe: Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie*, 1995: 103-104.

A jurisprudência alemã nunca chegou a reconhecer o *Lockspitzel* como um método proibido de prova, ao mesmo tempo que exclui a total impunidade do provocado. O BGH tem interpretado restritivamente o §136 a StPO, entendendo genericamente que a provocação não representa um “método enganoso”. No sistema alemão, contrariamente ao ordenamento jurídico português, os métodos proibidos de prova só se aplicam quando estamos perante um interrogatório formal realizado pelas autoridades policiais ao acusado – *Vernehmung des Beschuldigten*⁴⁴. Ora as ações encobertas não possuem essa natureza e por isso ficam fora da proteção do §136 a StPO.

Mas mesmo que a provocação fosse considerada um método proibido de prova, este poderia ainda ser utilizado no processo. No Direito alemão as proibições de prova são encaradas como normas de proteção de direitos subjetivos dos cidadãos. Isto significa que poderá sempre recorrer-se à teoria da ponderação – *Abwägungslebre*⁴⁵ – aferindo, casuisticamente, até que ponto os interesses do Estado de Direito admitem uma valoração daquela prova e assim uma mitigação dos direitos fundamentais⁴⁶. Para a jurisprudência do BGH os direitos fundamentais não são direitos absolutos, considerando-se sempre o fim do processo, a gravidade da violação, a ponderação de interesses em conflito e as necessidades de política criminal⁴⁷. Isto é feito casuisticamente, afastando muitas vezes a esfera de proteção individual dos direitos fundamentais em nome da eficácia da investigação criminal e da segurança pública do Estado de Direito⁴⁸.

Não raras vezes isto reflete-se no sentido do não reconhecimento de uma *Fernwirkung* ou efeito-à-distância. Não havendo consagração expressa desde efeito remoto na lei alemã, tudo assentará numa análise *a posteriori* feita pelo tribunal, tendo em conta a importância que a valoração daquela prova terá para as exigências de política criminal. Paradigmático neste contexto é o caso do

44 Ambos, 2009: 82-83 e Jäger, 2003: 184.

45 Para mais esclarecimentos sobre esta teoria e as suas combinações, cf. Jäger, 2003: 106-110 e Costa Andrade, 2006: 100.

46 Rogall, 1998: 1088-189.

47 Gössel, 1992: 437.

48 Bastante crítico quanto a uma subversão dos direitos fundamentais pelo Estado diz-nos Hassemer: “Os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade e um aspecto importante na dogmática jurídico-constitucional alemã é a invenção de um direito fundamental à segurança” (Hassemer, 2004: 22).

companheiro de cela, de 28 de abril de 1987⁴⁹, no qual o BGH se pronunciou pela consideração, enquanto método de prova proibido, do testemunho de um preso preventivo impelido pela polícia a obter informações sobre o seu companheiro de cela, dado que este que atuou como agente provocador⁵⁰. O Tribunal admitiu a existência de uma proibição de prova, pois estaríamos perante uma coação, não aplicando a categoria de “método enganoso”. Porém, aceitou enquanto provas mediatas as informações prestadas pelo informador a terceiros sobre o seu companheiro de cela, após uma ponderação entre a intensidade da provocação estadual e a gravidade do crime. Este critério da intensidade da provocação estadual, utilizado pelo BGH, tem contornos similares ao teste objetivo da jurisprudência norte-americana.

Conclui-se que a doutrina maioritária e a jurisprudência têm interpretado a expressão “método enganoso” – *Täuschung* – do § 136 a StPO de forma restrita. Isto significa que o recurso ao *Lockspizel* nunca é considerado um método proibido de prova no Direito alemão. Apenas um setor minoritário da doutrina enquadrhou este método de investigação no §136 a StPO, interpretando esta norma como uma proibição do recurso a uma manobra fraudulenta e por isso haveria aqui uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º GG) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 2.º I GG)⁵¹. Em sentido completamente divergente, alguma doutrina considera que a resolução do suspeito continuará sempre livre, mesmo que a sua vontade seja afetada, nunca havendo espaço para uma proibição de prova⁵².

O regime das ações encobertas no Direito alemão parece estabelecer maiores limites à realização de medidas de investigação ocultas⁵³, desde logo porque os indícios da prática do crime estão sujeitos a um controlo prévio da autoridade judicial. Já no Direito norte-americano não existe este controlo, pois os *undercover agents* atuam sem supervisão judicial, competindo depois uma avaliação posterior das *reasonable suspicion* em julgamento, caso seja alegada a *entrapment defense*.

49 BGHSt 34, 362, disponível em *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989: 33.

50 Jäger, 2003: 47-48, Costa Andrade, 2006: 230 e Morão, 2006: 579.

51 Lüderssen, 1974: 362 e ss.

52 Rogall, 2004: §136 a, Rn. 57.

53 A título de exemplo, o catálogo de crimes abrangidos por esta ação de investigação é restrinido a crimes dotados de maior complexidade (§110a StPO). Também no momento de autorização da medida pelo MP (*Staatsanwaltschaft*) deverá ser desde logo estabelecido o período de duração da mesma (§110b StPO).

Mas o sistema alemão acaba por permitir um maior espaço de atuação dos agentes policiais neste tipo de ações, pois os tribunais nunca enquadram o agente provocador num método proibido de prova. Não havendo concretas consequências ao nível das proibições de prova, as linhas de fronteira entre a infiltração e a provocação parecem mais ténues. A questão torna-se ainda mais problemática quando a provocação for realizada por um particular. A generalidade da doutrina e da jurisprudência tende a afastar a aplicação dos limites das ações encobertas ao *V-Leute*⁵⁴. Haverá aqui uma aproximação ao sistema norte-americano, onde o provocado não poderá invocar a *Legal Defense*, caso a *entrapment* resulte de uma ação de obtenção de prova levada a cabo por um particular.

O Estado alemão, tal como outros estados, tem adotado instrumentos cada vez mais repressivos no combate à criminalidade⁵⁵. Em nome da segurança do Estado e dos interesses estaduais na luta contra a criminalidade mais grave, passou a admitir-se uma maior compressão dos direitos fundamentais em algumas situações⁵⁶. Estas circunstâncias refletem-se no modelo de processo penal alemão, nas suas medidas de investigação e nas decisões da sua jurisprudência.

Apesar de no Direito alemão e no Direito norte-americano a provocação não ser reconduzida a uma proibição de prova, cremos que o sistema norte-americano confere mais garantias ao provocado. Não obstante a incerteza do teste subjetivo, utilizado maioritariamente pelo *Supreme Court*, se a *entrapment* for provada afastar-se-á a condenação do provocado. Já no Direito alemão, apesar da análise objetiva da provocação, frequentemente utilizada pelo BGH, reduzir a incerteza na interpretação da mesma, haverá apenas uma diminuição da medida da pena, pois o §136 a StPO é interpretado restritivamente. Ao mesmo tempo, mesmo que a provocação fosse considerada um método de prova proibido, haveria ainda a possibilidade de utilização da prova proibida, ou de um afastamento do seu efeito-à-distância (*Fernwirkung*) sobre as

54 Roxin & Schünemann, 2012: §37, Rn. 9. Mas defendendo uma aplicação com fundamento legal não específico, cf. Ambos, 2009: 131 e Meyer-Goßner, 2004: §110 a, Rn. 4.

55 Zöller refere-se a um aumento das operações encobertas e a uma reconfiguração do StPO, deixando este de funcionar como um sistema de proteção dos direitos individuais, passando a verificar-se cada vez mais uma “policização” do Direito processual penal, com o auxílio das novas tecnologias, no combate à criminalidade (Zöller, 2012: 416).

56 Hassemer pronuncia-se sobre os sacrifícios das tradições do Estado de Direito em nome da eficácia no combate ao crime, muitas vezes em situações nublosas, como no caso de Bad Kleinen onde em 1995 um suposto terrorista da RAF – fação do grupo terrorista Baaden Meinhoff – foi morto, após um confronto com agentes policiais infiltrados. As circunstâncias da infiltração permanecem hoje ainda pouco claras, cf. Hassemer, 1995: 102-103.

provas secundárias. Isto porque seria possível realizar uma ponderação entre os interesses individuais e os interesses estaduais no combate à criminalidade⁵⁷. A provação acaba assim por ser considerada pela jurisprudência uma forma legítima de investigação por parte do Estado, para responder aos desafios da criminalidade mais grave e complexa.

III. O AGENTE INFILTRADO

1. Princípio da proporcionalidade

A realização de medidas de investigação ocultas através de um agente infiltrado pressupõe, desde logo, um juízo de proporcionalidade realizado pelo legislador⁵⁸. Este princípio representa o fundamento deste método de obtenção de prova⁵⁹, pois em nome da eficácia da investigação esta é realizada occultamente, sem revelação da identidade do agente, o que leva à restrição de certos direitos fundamentais. O princípio da proporcionalidade é ainda um limite das ações de investigação realizadas por agentes infiltrados, pois deverá continuar a ser observado na execução deste método de investigação. Os agentes policiais deverão respeitar este princípio aquando da realização da medida, sob pena de se realizarem abusos na atividade investigatória.

No ordenamento jurídico português o art. 18.º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa (doravante CRP) admite uma restrição a direitos fundamentais dos cidadãos, mas apenas para salvaguardar outros direitos e no respeito pelos requisitos da reserva de lei e do princípio da proporcionalidade. Os direitos fundamentais funcionam como garantias dos cidadãos face a intervenções abusivas por parte da administração, *maxime* do Estado. Contudo, estes possuem a natureza de princípios, enquanto mandatos de otimização perante as possibilidades fácticas existentes⁶⁰, podendo ser restringidos mediante uma ponderação com os interesses estaduais na investigação da criminalidade.

O recurso a agentes infiltrados pressupõe, desde logo, a restrição a alguns direitos constitucionais, nomeadamente o direito à reserva da intimidade da

57 Gössel, 1991: 676.

58 Sobre o princípio da proporcionalidade, cf. Canotilho & Moreira, 2007: 392-393.

59 Num sentido similar, para Isabel Oneto este Regime Jurídico encontra o seu fundamento na validação das proposições político-criminais concretizadas, designadamente na sua conformidade com os princípios constitucionais, cf. Oneto, 2005: 159. Também Manuel Meireis se refere à proporcionalidade deste método de investigação, cf. Meireis, 2006: 96-97.

60 Alexy, 1996: 75-76.

vida privada (art. 26.º, n.º 1 CRP). O agente infiltrado realiza uma ingerência na vida privada do sujeito para ganhar a confiança deste e assim obter prova de práticas criminosas. Também o princípio do contraditório (art. 32.º, n.º 1 e n.º 5 CRP) é aqui sujeito a uma restrição, pois para a proteção da integridade física do agente infiltrado, a generalidade das legislações excluem a necessidade de comparência do agente em sede de audiência, como testemunha⁶¹.

Sobre a admissibilidade deste meio de prova, à luz da Lei Fundamental, já se pronunciou o Tribunal Constitucional (doravante TC) no Acórdão n.º 578/98, Processo n.º 835/98, de 14 de outubro de 1998, Relator Conselheiro Messias Bento. Apesar de há altura do citado acórdão ainda não existir um regime específico de regulação destas ações, o Tribunal reconheceu a legitimidade dos agentes infiltrados na ordem jurídica portuguesa, através de um juízo de proporcionalidade. Esta medida deverá ser excepcional, visando fins de prevenção criminal para o combate à criminalidade grave e necessitará de autorização prévia da autoridade judiciária competente. O agente infiltrado deverá limitar-se a ganhar a confiança do sujeito para melhor o observar e obter informações a seu respeito.

Também o TEDH admite a realização de investigações por agentes infiltrados, em face de um juízo de proporcionalidade, segundo os princípios consagrados na CEDH⁶². Este é feito, essencialmente, numa perspetiva processual, entre o art. 6.º da CEDH – princípio do processo justo – e os interesses estatutários na luta contra a criminalidade organizada, especialmente no combate ao tráfico de estupefacientes⁶³.

61 No ordenamento jurídico português os agentes infiltrados, devido à sua reserva de identidade (contemplada no art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 101/2001, que consagra o Regime Jurídico das ações encobertas), encontram-se abrangidos pela Lei n.º 93/99, de 14 de julho de 1999, que estabelece a proteção de testemunhas em processo penal quando a sua vida, integridade física ou psíquica, liberdade ou bens patrimoniais de avultado valor sejam colocados em perigo.

62 Para uma análise da admissibilidade das ações encobertas em função dos princípios da CEDH, cf. Hauck, 2012: *passim*.

63 Veja-se a fundamentação do TEDH no Teixeira de Castro v. Portugal: “§36. *The use of undercover agents must be restricted and safeguards put in place even in cases concerning the fight against drug trafficking. While the rise in organized crime undoubtedly requires that appropriate measures be taken, the right to a fair administration of justice nevertheless holds such a prominent place (...) that it cannot be sacrificed for the sake of expedience. The general requirements of fairness embodied in Article 6 apply to proceedings concerning all types of criminal offence, from the most straightforward to the most complex.*”

2. Requisitos na ordem jurídica portuguesa

Como já fizemos referência, à data do caso Teixeira de Castro v. Portugal o ornamento jurídico português não conhecia regulação expressa das ações encobertas, mas estas estavam contempladas em dois diplomas distintos⁶⁴. Mas, em 2001, a Assembleia da República aprovou um diploma autónomo que regula o Regime Jurídico das Ações Encobertas Para Fins de Prevenção e Investigação Criminal – a Lei n.º 101/2001, de 25 de agosto. A intenção do legislador foi adotar mecanismos mais eficazes para o combate à criminalidade⁶⁵. Mas fê-lo respeitando o princípio da reserva de lei, consagrando requisitos materiais para a realização da medida.

As ações encobertas são admitidas quando realizadas por agentes infiltrados (art. 1.º, n.º 2 da Lei n.º 101/2001). Alguma doutrina tende a defender uma visão mais lata no sentido de distinguir entre as figuras de agente infiltrado e agente encoberto⁶⁶. O agente infiltrado é um funcionário policial, ou terceiro⁶⁷, que atuando sob identidade falsa se infiltra na organização criminosa para ganhar a confiança do suspeito e obter informações. Já o agente encoberto é um órgão de polícia criminal (doravante OPC), ou terceiro, que se limita a atuar de forma passiva, sob reserva de identidade, sem procurar ganhar a confiança do suspeito. Cremos que ambas as figuras cabem no texto da lei. Contudo, o legislador afastou o recurso ao agente provocador⁶⁸.

⁶⁴ A primeira referência legal a este tipo de ações surgiu no art. 52.º do Decreto-Lei n.º 430/83, de 13 de dezembro, consagrando a não punibilidade dos agentes que no âmbito do inquérito aceitassem diretamente, ou por intermédio de terceiro, a entrega de estupefacentes ou outras substâncias psicotrópicas. Esta norma transitou depois para o art. 59.º da Lei de Combate ao Tráfico e Consumo de Estupefacentes Substâncias Psicotrópicas (Decreto-Lei n.º 15/93, 22 de janeiro), que contemplava a exclusão da responsabilidade substantiva dos agentes, caso estes tivessem de realizar atos ilícitos no decorrer da investigação. Este artigo foi entretanto revogado pela Lei n.º 101/2001. A Lei de Combate à Corrupção e Criminalidade Económica e Financeira (Lei n.º 36/94, de 29 de setembro) veio alargar o catálogo de crimes possíveis deste tipo de investigação admitindo, no art. 6.º, a prática de atos de colaboração ou instrumentais para a obtenção de provas dos crimes do catálogo, na fase de inquérito. Este artigo foi igualmente revogado pela Lei n.º 101/2001.

⁶⁵ Para mais esclarecimentos veja-se a Proposta de Lei n.º 79/VIII, *Diário da Assembleia da República*, II série-A, n.º 62, de 31 de maio de 2001; a Discussão da Proposta de Lei n.º 79/VIII, *Diário da Assembleia da República*, I série, n.º 99, de 22 de junho de 2001 e o Relatório e Parecer da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias sobre a Proposta de Lei n.º 79/VIII, *Diário da Assembleia da República*, II série-A, n.º 70, de 22 de junho de 2001.

⁶⁶ Meireis, 2006: 93-97 e Gonçalves, Alves & Valente, 2001: 264-267 e 303-304.

⁶⁷ Alguns autores sustentam a legitimidade duvidosa da realização de ações encobertas por terceiros (Pereira, 2010: 159, Sousa, 2010: 233 e Valente, 2009: 171).

⁶⁸ Minoritária na doutrina portuguesa é a posição de Mário Ferreira Monte. Este admite, excepcionalmente, a atuação de agentes provocadores para fins preventivos, mediante um juízo de necessidade, por razões de política criminal, e respeitando o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cf. Monte, 1997: 202.

Quanto aos crimes nos quais se admite o recurso a estas ações, o legislador incluiu um catálogo taxativo (art. 2.º). No nosso entender este catálogo é muito amplo. Este meio de prova excepcional deveria admitir-se, como sucede na lei alemã, apenas para a criminalidade complexa e altamente organizada⁶⁹, onde as maiores dificuldades da investigação reclamam medidas que exigem um juízo de proporcionalidade das garantias fundamentais⁷⁰.

Tais ações poderão ser realizadas numa fase preventiva ou repressiva da investigação (art. 3.º, n.º 1). Questionamos o recurso a um agente infiltrado apenas para fins repressivos, visando a obtenção de prova para a incriminação efetiva de um indivíduo após a consumação do ilícito material. Todavia, já se poderá admitir este tipo de investigação no quadro de ações de prevenção de certas formas de criminalidade, que exigem a adoção de métodos mais eficazes⁷¹. Este também foi o entendimento do TC no Acórdão n.º 578/98, Processo n.º 835/98, de 14 de outubro de 1998, mencionado previamente.

Esta medida de investigação deverá respeitar o princípio da proporcionalidade e os seus corolários (art. 3.º, n.º 1). Isto justifica a função deste princípio não apenas como fundamento da medida, mas como limite a observar na aplicação da mesma. Contudo, cremos que o escopo de proteção da norma ordinária é deficiente, pois o legislador não consagrou mecanismos rigorosos que garantam a efetividade do princípio da proporcionalidade aquando da aplicação da medida, como poderemos observar de seguida.

Quanto aos requisitos processuais, caso as ações decorram no âmbito do inquérito basta uma autorização do MP, obrigatoriamente comunicada ao Juiz de Instrução Criminal (doravante JIC), prevista no art. 3.º, n.º 3. Esta é presumida tacitamente se não for exarada no prazo de setenta e duas horas.. Cremos que esta autorização tácita retira o efeito útil da norma, pois nestes casos não existe um controlo efetivo da autoridade judicial. Só uma autorização expressa indica que esta realizou um juízo de ponderação para a admissibilidade daquela ação de investigação. Ao mesmo tempo, isto pode impedir que o JIC tome conhecimento da realização desta medida de investigação, retirando-se

⁶⁹ Sobre a definição de criminalidade organizada, cf. Hassemer, 1995: 94-97.

⁷⁰ No mesmo sentido, cf. Costa Andrade, 2009: 535 e Costa Andrade, 2006: 232.

⁷¹ Com a mesma opinião, cf. Pereira, 2005: 21 e Costa Andrade, 2006: 232.

o seu papel de controlo da mesma⁷². Já nas operações encobertas para fins de prevenção criminal, o MP deverá remeter a proposta de investigação para o JIC, para que este autorize a realização da medida (art. 3.º, n.º 4). Neste segundo caso comprehende-se que a lei tenha configurado um mecanismo mais exigente, pois ainda não temos a abertura de um inquérito formal. Este regime permitirá assegurar os artigos 32.º, n.º 4 e 202.º, n.º 2 da CRP, que preveem que seja da competência do JIC a emissão de uma autorização para o recurso a certos meios de prova que contendam com os direitos fundamentais.

Por fim, o art. 3.º, n.º 6 consagra a necessidade de entrega de um relatório, por parte dos agentes policiais, à autoridade judicial competente no prazo de quarenta e oito horas. Entendemos que a lei é vaga ao não estabelecer requisitos para este relatório, deixando uma vez mais espaço para que a ação encoberta se processe sem uma concreta vigilância⁷³. Por forma a haver um maior controlo o legislador deveria exigir a completude deste relatório, para que este integrasse todos os factos e informações da ação de investigação.

Em último lugar, apontamos como crítica o facto do nosso ordenamento jurídico não delimitar um prazo para a realização das ações encobertas⁷⁴. Deveria assim estabelecer-se, aquando da autorização da medida de investigação, um limite de duração para a mesma, podendo este ser prorrogado mediante a apresentação de razões atendíveis. A necessidade de fixação de um limite seria importante para evitar que estas ações se pudessem prolongar durante um longo período temporal, mesmo quando os agentes não tenham obtido as provas necessárias. Não obstante compreendermos que a especificidade da medida carece de tempo para a sua aplicação, é importante definirmos limites máximos, pois encontramo-nos perante uma medida restritiva de direitos fundamentais.

72 Pronunciando-se sobre o controlo a ser realizado pelo juiz, cf. Mata-Mouros, 2001: 114-115. Mais exigente é Costa Andrade. Para o autor, o sucesso do regime jurídico da ação encoberta passará pela reserva de juiz, aliada a um dever de fundamentação da medida, cf. Costa Andrade, 2009: 546-550. Crítico quanto ao atual regime, dado o seu controlo deficiente, Manuel Valente defende a existência de uma inconstitucionalidade material, por violação do art. 32.º, n.º 4 da CRP, cf. Valente, 2009: 172.

73 Na prática, os OPC acabam, por vezes, por apresentar apenas o auto de notícia, cf. Mata-Mouros, 2001: 116-118.

74 Martins, 2007: 48.

IV. O AGENTE PROVOCADOR

1. Critérios da provação utilizados no caso

a) Teste subjetivo

Apesar dos ordenamentos jurídicos nacionais estabelecerem requisitos legais para a realização de ações ocultas, com o intuito de assegurar a sua conformidade com os princípios constitucionais, a fronteira entre a infiltração e provação, neste tipo de ações, continua bastante ténue. Para a delimitação de fronteiras entre a provação e a infiltração importa perceber quais os concretos critérios utilizados pelo TEDH no caso Teixeira de Castro v. Portugal.

Num primeiro momento, o TEDH começa por utilizar o critério subjetivo, procurando analisar se aquele suspeito tinha uma intenção criminosa prévia. Neste caso, também o STJ recorreu à utilização do critério subjetivo, fundando a distinção entre o agente provocador e infiltrado na conformação livre da intenção do arguido⁷⁵. Mas aqui o critério foi utilizado de modo distinto pelo STJ e pelo TEDH, o que comprova as dificuldades do teste subjetivo. Este Tribunal considerou que o agente não tinha uma intenção criminosa prévia, contrariamente à posição do STJ.

A análise das intenções do provocado é feita previamente, isto é, o agente já devia ter intenção de cometer o crime antes de qualquer contacto com os agentes provocadores. Neste caso, tendemos a concordar com o TEDH. Antes da abordagem realizada pelos agentes policiais ao suspeito Teixeira de Castro, não é possível comprovar que este tivesse uma intenção criminosa prévia, sendo a interpelação pelos agentes o motivo para a criação no suspeito da intenção de transacionar os estupefacientes. O teste subjetivo não é o utilizado preferencialmente pelo TEDH, mas observamos que este tem alguma relevância quando combinado com o critério de suspeitas fundadas.

b) Suspeitas fundadas

O TEDH utiliza este critério, considerando que os OPC não tinham suspeitas fundadas de que o agente se dedicava à prática de atos criminosos, pois não tinha havido nenhum inquérito prévio contra o suspeito e este não tinha

⁷⁵ A utilização do critério subjetivo revela-se uma tendência na jurisprudência do STJ: Acórdão de 05 de março de 1997, processo n.º 96P1125, Relator Martins Ramires; Acórdão de 30 de outubro de 2002, processo n.º 02P2118, Relator Pires Salpico e Acórdão de 20 de fevereiro de 2003, processo n.º 02P4510, Relator Simas Santos. Para mais esclarecimentos acerca da jurisprudência portuguesa sobre o tema, cf. Justo, 2006: 503-512, Neves, 2000: 45-56 e Mata- Mouros, 2000: 57-6.

qualquer registo criminal. Refira-se que à data dos factos a lei portuguesa exigia que as ações encobertas de realizassem no decorrer de um inquérito⁷⁶, o que não existiu na ação de investigação no caso Teixeira de Castro. Mas a existência de registo criminal não funciona *per si* como uma suspeita da prática de ilícitos criminais no momento temporal da investigação. As suspeitas devem fundar-se em indícios materiais objetivos, como por exemplo, a interceção de conversações prévias com elementos de uma organização criminosa. Estas suspeitas devem ser aferidas *ex ante*, podendo afastar-se a provação se os agentes tinham informações seguras e prévias de que o agente praticava factos ilícitos⁷⁷.

Todavia este critério pode levar a que afastemos a provação, desde que depois os agentes venham a encontrar provas materiais do crime, que servirão para confirmar as suspeitas. Isto pode observar-se através do entendimento do STJ no caso em análise. Apesar de este Tribunal reconhecer que houve “uma insistência muito forte – no limiar da persistência –, dos agentes da PSP”, considerou que a droga encontrada na operação de revista e busca serviu para justificar esta insistência, ao provar que o agente se dedicava ao tráfico de estupefacientes. O entendimento do TEDH é distinto, já que analisa estas suspeitas fundadas apenas num juízo *ex ante*. Ao mesmo tempo, o Tribunal invoca que o domicílio não pertencia ao suspeito e não existia nenhuma autorização judicial, podendo esta conferir uma maior certeza no controlo destas suspeitas fundadas⁷⁸. A verdade é que na sequência da revista realizada a Teixeira de Castro foram encontradas provas do crime, mas nada pode comprovar que estas não tivessem sido resultado dos contatos inconsistentes feitos previamente pelos agentes para adquirir a droga. Assim, o critério de indícios razoáveis poderá servir como um requisito para a autorização de ações ocultas, pois pressupõe um controlo anterior da autoridade judicial. Todavia, a incerteza da sua comprovação deverá levar a que não possa ser invocado para afastar as situações de provação.

76 Cf. nota 4.

77 O TEDH faz, no caso em análise, uma distinção face ao caso Lüdi v. Suíça, de 15 de junho de 1992 (Aplicação n.º 12433/86), no qual as autoridades tinham informações seguras de que o suspeito se dedicava ao tráfico de estupefaciéntes, através de uma informação das autoridades alemãs.

78 Este requisito tende a ser utilizado pelo TEDH como um mecanismo de controlo nas ações ocultas, constituindo isto uma proteção do princípio do processo equitativo, do art. 6.º da CEDH. A realização destas ações em fase de inquérito, com a autorização da autoridade judicial competente e com base em suspeitas fundadas é, no entendimento da jurisprudência do TEDH, uma forma de garantir que esta medida de investigação respeita a CEDH, cf. Barreto, 2010: 223.

Em suma, este critério levanta dois problemas: a dificuldade de identificar o momento temporal da suspeita e a dúvida quanto à comprovação de que as provas materiais demonstram uma intenção criminosa prévia e autónoma.

c) *Teste objetivo*

Precisamente para dirimir os conflitos que a arbitrariedade do teste subjetivo pode trazer, o TEDH opta por conferir uma maior importância ao teste objetivo. Para este Tribunal, mesmo que se prove que a intenção do suspeito não teve origem autónoma, tendo sido resultado da atuação do agente, esta deverá ser a causa direta, ou mesmo exclusiva, da prática do crime. Aqui o enfoque reside numa análise da atuação objetiva dos agentes, avaliando o seu contributo para a prática do crime.

No caso Teixeira de Castro os agentes contataram V.S., demonstrando a sua intenção de adquirir uma certa quantidade de droga. Depois de este os informar de que não conhecia nenhum fornecedor, e de não ter acedido aos pedidos dos agentes, estes adotaram uma conduta insistente, reiterando a intenção de adquirir material ilícito. Assim, a ação dos agentes, objetivamente considerada, foi causa exclusiva da prática do crime.

Este critério objetivo é criticado pela utilização da figura da pessoa hipotética, observando se a conduta dos agentes seria possível de levar uma pessoa média a praticar o crime. Impõe-se assim um padrão de auto controlo da pessoa média, que não tem em conta a situação de maior fragilidade e suscetibilidade de algumas pessoas, devido ao seu passado ou à sua personalidade⁷⁹. Certas condições poderão conduzir alguém a reagir maisativamente à mínima solicitação dos agentes policiais. Como a influência da atuação é analisada em função do homem médio, isto pode levar a que afastemos recorrentemente a provocação, pois o homem médio tinha o dever se autocontrolar. A conduta dos agentes policiais só influencia a atuação do homem normal através de uma forte insistência. Mas, por outro lado, uma avaliação mais individualizada podia gerar situações de discriminação se supuséssemos, por exemplo, que aquela pessoa, pelo seu perfil de antigo criminoso, iria ceder mais facilmente à interpelação dos agentes. Assim a intervenção dos OPC não teria sido essencial para a prática do crime, pois o suspeito estava mais predisposto, logo afastaríamos a provocação. Deste modo, apesar das falhas do padrão do homem

⁷⁹ Whelan, 1985: 1211.

médio, acreditamos que este será a solução mais segura para evitar incerteza na análise da provocação.

A utilização deste critério será muito relevante nas situações de fronteira, quando inicialmente o agente atuar apenas como infiltrado, e depois iniciar uma atividade de provocação. Primeiro o agente limitou-se a atuar para ganhar a confiança do suspeito, guiando a sua atuação com este propósito, à medida que se vai infiltrando na organização criminosa, sujeitando-se à realidade envolvente. Posteriormente a sua atuação mudou de rumo, passando a praticar ações que objetivamente levaram à prática criminosa. Aqui passará a ser um agente provocador, pois terá uma intervenção direta no desenrolar dos acontecimentos, contribuindoativamente para a formação da realidade envolvente⁸⁰. Se utilizarmos apenas como critério o elemento subjetivo, definindo a existência de intenção criminosa prévia, teríamos que afastar a provocação, pois poder-se-ia afirmar que num primeiro momento o sujeito já tinha intenção prévia. Deveremos então analisar os concretos atos do agente, bem como a influência destes para a formação dos factos e para a prática do crime, sendo relevante aqui delimitar o momento temporal de início destas ações.

Por fim, refira-se que uma análise objetiva da provocação confere uma maior certeza e credibilidade à mesma, pois parte de dados empírico-materiais⁸¹, possíveis de serem demonstrados através de provas concretas. A atuação dos agentes deverá ser a causa exclusiva da prática do crime, pois se concorrer com outras influências o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e a ação criminosa é quebrado, sendo de afastar nestes casos a existência de provocação. Concordamos, por isso, com a recente delimitação do critério objetivo realizada pelo TEDH⁸².

80 Para Germano Marques da Silva a atividade do agente provocador é formativa do ilícito material e por isso deve rejeitar-se à luz do princípio da lealdade num Estado de Direito, cf. Silva, 2011: 191.

81 Isto parece enquadrar-se num dos critérios invocados por Manuel Meireis – o processo ardiloso como veículo do engano. O autor invoca aqui o elemento objetivo de comprovação dos atos materiais passíveis de criar uma ilusão no provocado. Acrescenta ainda o elemento subjetivo, que exige o dolo do provocador, cf. Meireis, 1999: 210-213.

82 No caso Calabrò v. Italy and Germany, de 21 de março de 2003 (Aplicação n.º 59895/00), o TEDH veio restringir as situações de provocação àquelas nas quais o agente infiltrado atua como verdadeiro instigador do crime. Deverá provar-se que o suspeito não tinha qualquer intenção prévia de praticar o delito, o que significa que a vontade criminosa foi causa exclusiva da provocação dos agentes, não se bastando agora apenas com uma causalidade direta.

2. Método proibido de prova

Segundo o entendimento do TEDH no caso Teixeira de Castro, a inadmissibilidade da provocação, enquanto método de investigação, funda-se no princípio do processo justo, protegido pelo art. 6.º da CEDH. Isto apresenta similaridades ao *due process* do sistema norte-americano. Mas será relevante contextualizar as consequências da provocação na ordem jurídica portuguesa, equacionando a aplicação do regime das proibições de prova.

O regime das proibições de prova no Direito português divide-se entre proibições de tema de prova, proibição de meios de prova, proibições de métodos de prova e proibições relativas de prova⁸³. Interessa-nos aqui a terceira categoria. Segundo a generalidade da doutrina portuguesa a atuação do agente provocador é um método proibido de prova, fundado na existência de um método enganoso, de acordo com o art. 126.º, n.º 2 a) do Código de Processo Penal (doravante CPP)⁸⁴.

O problema reside precisamente neste enquadramento da provocação num método enganoso de obtenção de prova, enquanto mecanismo de proteção dos valores constitucionais contemplados no art. 32.º, n.º 8 da CRP⁸⁵, fundamento das proibições de prova no Direito português⁸⁶.

O conceito de método enganoso deve ser sujeito a uma interpretação restritiva⁸⁷, pois o recurso a uma certa astúcia na obtenção de prova decorre da própria natureza da investigação policial. Os métodos ocultos de investigação, em especial, pressupõem que os OPC recorram a técnicas mais engenhosas,

⁸³ Mendes, 2004: 144-147 e Silva, 2011: 143.

⁸⁴ Meireis, 1999: 203, Sousa, 2003: 1223 e Valente, 2012: 490. Invocando uma violação do princípio democrático na utilização do agente provocador, cuja atividade é formativa do ilícito material, Silva, 1994: 28-29. Costa Andrade considera a proibição de prova, invocando um argumento sistemático. Este assenta na desvinculação do art. 126.º do CPP às ações realizadas apenas num interrogatório formal, ao contrário do que acontece no § 136 a do StPO, cf. Costa Andrade, 2006: 231.

⁸⁵ O TC pronunciou-se sobre esta questão num caso no qual um indivíduo foi abordado por um agente infiltrado para que lhe vendesse droga. O sujeito dirigiu-se então ao seu domicílio, trazendo depois esta substância para vender ao agente, sendo nesta sequência detido. Este Tribunal considerou, que do ponto de vista constitucional, não interessava perceber se estávamos perante uma infiltração ou provocação, mas sim “saber se viola ou não o disposto no artigo 32.º, n.º 6 da Constituição a interpretação do artigo 126.º do CPP, no sentido de não subsumir à parte final da alínea a) do seu n.º 2, na parte em que se faz referência à utilização de «meios enganosos», comportamentos do tipo dos descritos nos autos” (Acórdão do TC n.º 102/00, de 22 de fevereiro de 2000, processo n.º 324/97, Relator Conselheiro José de Sousa Brito). O Tribunal acabou por não se pronunciar sobre esta questão devido à existência de um vício processual, pois a questão da constitucionalidade não foi invocada *ab initio*.

⁸⁶ Morão, 2006: 589 e Silva, 2011: 139.

⁸⁷ Costa Andrade, 2006: 234.

com o objetivo de tornar a investigação mais eficaz. Pela própria natureza da medida, os agentes devem atuar de forma oculta, não tendo o dever de total esclarecimento perante o suspeito, pois isto comprometeria a eficácia desta medida de investigação criminal.

Contudo, a linha de fronteira entre esta astúcia e o engano é bastante ténue. Indiscutível parece ser o facto de que o método enganoso deverá partir da criação de um erro sobre o suspeito. Apesar do erro poder funcionar por ação ou omissão⁸⁸, nas ações ocultas apenas funcionará o erro por ação, pois sobre o agente não recaía um concreto dever de agir, como o dever de informação ou o esclarecimento sobre a natureza da investigação. Todavia, no engano ocorre uma superação de um tipo de erro característico de uma certa astúcia na investigação criminal. Deste modo, para que este erro se transforme num engano sobre o suspeito deverá existir uma interferência na sua liberdade de decisão e de vontade⁸⁹.

Na delimitação desta intromissão na liberdade poder-se-á propor o enquadramento na figura da coação, para os casos mais difíceis⁹⁰. Apesar de o ilícito material, contemplado no art. 154.º do Código Penal (doravante CP), prever o exercício de coação pela força ou ameaça, discute-se dogmaticamente a figura da coação moral⁹¹. Não obstante, cremos que será mais adequado recorrer a uma análise hermenêutica do engano, enquanto elemento normativo contemplado no art. 126.º, n.º 2 a) do CPP. Para tal recorremos à teleologia do tipo de ilícito de burla, contemplado no art. 217.º do CP⁹², em especial para a delimitação face à figura do erro. Este tipo objetivo faz referência específica aos elementos normativos erro e engano. O erro surge de uma falsa reprodução da realidade através de concretas palavras ou declarações; de ações objetivas, que de acordo com as regras da experiência e os parâmetros ético-sociais, originam essa falsa representação, ou ainda de um aproveitamento de um erro

88 Costa Andrade, 2006: 236-237.

89 Peters, 1985: 337.

90 Costa Andrade, inspirado nalguma doutrina alemã, propõe o critério da coação para os casos mais duvidosos de enquadramento na categoria de métodos enganosos, pois há aqui uma compressão da liberdade similar à que resulta do emprego de maus tratos ou de outras formas de coação, cf. Costa Andrade, 2006: 234-263.

91 Desenvolvidamente, cf. Meireis, 1999: 215-221.

92 Com a mesma solução, cf. Sousa, 2003: 1219-1120. Especialmente aplicado ao agente provocador, cf. Meireis, 1999: 207.

preexistente⁹³. Mas no engano haverá um aproveitamento dessa falsa representação da realidade pelo agente para inibir a liberdade decisória e volitiva do suspeito. Assim, será através do engano que a conduta dos OPC manipulará a resolução sobre a prática do crime, controlando a ação do sujeito e criando um engano através do erro⁹⁴.

Neste sentido, cremos que a provação consubstancia um constrangimento inadmissível da liberdade do sujeito, e por isso deve ser reconduzida à categoria dos métodos proibidos de prova no art. 126.º, n.º 2 a) do CPP. Este artigo, ao proteger o direito à liberdade dos cidadãos, não prevê que em nome da eficácia da investigação criminal esta seja manipulada ao ponto da decisão do suspeito se formar através da atuação do órgão de investigação criminal. Deparamo-nos aqui com uma ofensa à integridade pessoal do indivíduo, moral e física, protegida pelo art. 25.º, n.º 1 da CRP e cuja violação contempla uma proibiçāo de prova nos termos do art. 32.º, n.º 8 da CRP⁹⁵. Este é um direito indisponível e como tal o legislador ordinário consagrou, no art. 126.º, n.º 2 do CPP, uma proibiçāo de prova absoluta para aqueles métodos que lesem estes direitos, independentemente do consentimento do seu titular.

A preferência pelo critério objetivo na provação, já por nos demonstrada previamente, poderá auxiliar-nos agora na resolução deste problema. Primeiro os agentes realizarão atos materiais suscetíveis de construírem uma falsa representação da realidade no suspeito, por exemplo, fazendo-se passar por adquirentes de estupefacientes. Posteriormente, estes irão procurar tirar partido desse erro para obter prova contra o suspeito e aqui operará o engano. Na provação o erro, característico dos métodos ocultos, será utilizado com fins de perturbação da liberdade de vontade e de decisão. Deverão existir elementos fácticos e objetivos que demonstrem que ocorreu uma interferência do agente na decisão do suspeito, *v.g.* através da sua insistência na aquisição do material

93 Costa, 1999: 301.

94 Neste sentido, Manuel Meireis distingue o erro que não foi criado pelo agente infiltrado ou encoberto, limitando-se este a aproveitá-lo, do engano utilizado pelo agente provocador para obter provas contra o suspeito, cf. Meireis, 1999: 208.

95 O TC também se pronunciou sobre esta questão no Acórdão n.º 578/98, de 14 de outubro de 1998, processo n.º 835/98, Relator Conselheiro Messias Bento, ao qual já fizemos menção, invocando que “na ânsia de dar combate ao crime grave, que mina as bases da sociedade, não podem legitimar-se comportamentos que atinjam intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão das pessoas. E isso, mesmo que tal se faça no propósito de desmascarar o criminoso, de pôr a descoberto a sua atividade delituosa. Quando se afeta intoleravelmente a liberdade de vontade ou de decisão da pessoa, a deslealdade atinge um tal grau de insuportabilidade que é a integridade moral do sujeito que, então, é violada e, com ela, o artigo 25.º, n.º 1, da Constituição.”

ilícito, levando o suspeito à prática do crime. A atuação do agente será verdadeiramente formadora dos factos que levaram à prática do ilícito⁹⁶. Haverá aqui uma superação da mera convicção errónea, pois os atos perpetrados pelo agente provocador visaram finalidades de manipulação da decisão e da vontade, capazes de provocar no homem médio o engano que conduziu à deliberação e, posteriormente, à conduta criminosa. Por isso o agente provocador é reconduzido, na maioria das vezes, à figura do instigador, pois a sua conduta cria no provocado a decisão criminosa, detendo, deste modo, o domínio da decisão⁹⁷.

Alguns autores defendem que a utilização de um método enganoso pressupõe uma violação do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*⁹⁸, pois este engano levou o sujeito colaborarativamente na sua incriminação. Este princípio tem uma natureza positiva, conferindo ao arguido o direito a participarativamente na sua defesa, e uma natureza negativa, enquanto garantia contra intromissões abusivas do Estado para obter uma autoincriminação por meios enganosos ou coação⁹⁹. A proteção do princípio depende da concordância prática com outros interesses dignos de tutela¹⁰⁰. Mas quando o suspeito é alvo de uma provação consideramos que a ponderação acabará por fazer prevalecer o privilégio contra a autoincriminação do indivíduo, em detrimento da eficácia da investigação. A sua liberdade de vontade e decisão é perturbada, pois a sua ação é controlada e manipulada pelos OPC. Estes terão um papel ativo na ação do suspeito, levando-o a praticar atos autoincriminatórios.

Apesar do princípio *nemo tenetur* não encontrar consagração expressa no texto constitucional português, revela-se ao nível processual penal no direito ao silêncio¹⁰¹. A sua natureza constitucional é assim implícita, desde logo através do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º CRP)¹⁰². Este impõe às

96 Silva, 2003: 23-24.

97 Figueiredo Dias, 2012: 799-800.

98 Costa Andrade, 2006: 126-127 e Roxin, 2008: p. 62. Especificamente referindo-se ao agente provocador, cf. Meireis, 1999: 204 e Sousa, 2003: 1234.

99 Costa Andrade, 2006: 120-121.

100 Dias & Ramos, 2009: 23.

101 Dias & Ramos, 2009: 10 e 19-20.

102 A doutrina portuguesa refere ainda como fundamentos os princípios constitucionais da liberdade de ação e presunção de inocência, bem como o art. 32.º, n.º 8 da Lei Fundamental. Também na jurisprudência alemã o entendimento é o de que o *nemo tenetur se ipsum accusare* se funda no art. 1.º, n.º 1 da GG (princípio da dignidade da pessoa humana). Já a doutrina alemã funda o princípio no art. 2.º, n.º 1 da GG (direito ao livre desenvolvimento da personalidade), cf. Costa Andrade, 2006: 125-126.

entidades de investigação que o suspeito não seja tratado enquanto um objeto processual, instrumentalizando-o ao serviço da prossecução penal. Diante do conflito entre o interesse da investigação criminal e o princípio da dignidade humana, prevalecerá o segundo¹⁰³. Neste sentido, entendemos que nas situações em que a ação das autoridades policiais provoca a decisão criminosa do suspeito, esta conduta abusiva dos agentes levá-lo-á a produzir prova contra si próprio, consubstanciando isto uma violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Há uma clara diferenciação entre uma ação infiltrada, admitida pelo legislador mediante uma ponderação, e entre uma ação provocadora, que ultrapassa este juízo de proporcionalidade. Desde logo isto reflete-se na diferente responsabilidade subjetiva dos agentes. O legislador reconheceu uma causa de justificação – estado de necessidade justificante¹⁰⁴ – para a exclusão da ilicitude dos atos praticados pelo agente infiltrado. Já a ação do agente provocador não reúne os pressupostos para a inclusão nesta causa de justificação, pois o legislador excluiu do seu âmbito de aplicação os atos de instigação ou de autoria mediata (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001). Assim, a prática de um ilícito material pelo agente provocador, *v.g.* tráfico de estupefacientes, deverá originar uma proibição de prova no âmbito processual penal.

Entendemos que no ordenamento jurídico português existe um contínuo entre a ilicitude material e a ilicitude processual penal. Apesar de algumas incongruências axiomáticas já reconhecidas¹⁰⁵, cremos existir uma consonância entre as duas realidades, levando a que a violação de uma norma substantiva pelos policiais resulte numa proibição de prova. Tal ocorrerá caso seja violado um bem jurídico-penal e esta violação não tiver sido sujeita a uma ponderação prévia feita pelo legislador ordinário, como seja na admissibilidade de buscas domiciliárias (art. 177.º do CPP), de escutas telefónicas (art. 187.º do CPP) ou na consagração de uma causa de justificação nas ações infiltradas (art. 6.º, n.º 1 da Lei n.º 101/2001).

No caso Teixeira de Castro v. Portugal, visto que ocorreu uma provocação policial, encontramo-nos perante um método de prova proibido, na subcategoria de método enganoso. Os OPC criaram um erro no suspeito, pois ao apresentarem-se como adquirentes de estupefacientes conceberam uma falsa

¹⁰³ Beling, 2009: 52.

¹⁰⁴ Sobre o estado de necessidade justificante, cf., por todos, Figueiredo Dias, 2012: 438-463.

¹⁰⁵ Pronunciando-se sobre a relação e estas incongruências, cf. Costa Andrade, 2006: 40-55.

representação da realidade. Depois acabaram por aproveitar-se desse erro para gerar um engano, manipulando a decisão e a vontade do suspeito e prejudicando a sua liberdade¹⁰⁶. Fizeram-no através da sua insistência na aquisição da droga. O comportamento persistente dos agentes esteve na origem da resolução criminosa e na posterior prática do crime por Teixeira de Castro, que de outra forma não teria ocorrido. Sem esta conduta dos agentes o suspeito V.S. nunca os teria conduzido ao suposto fornecedor de droga (Teixeira de Castro), visto que num primeiro contacto este suspeito revelou não ter conhecimento de nenhum fornecedor. Há então um nexo de causalidade entre a provocação e o engano¹⁰⁷. A conduta persuasiva e insistente dos agentes – provocação – levou a que a ação dos OPC ultrapassasse o mero erro quanto à realidade (fingindo serem adquirentes de droga), lesando a liberdade de decisão e vontade do suspeito, o que veio a gerar um engano que o conduziu à prática do ilícito e à produção de prova contra si próprio.

O recurso à provocação pelas instâncias de investigação criminal configura uma inversão dos princípios do Estado de Direito, e por isso deve ser afastada enquanto método de investigação criminal. A função do Estado é prevenir e combater a criminalidade, mas não ser fonte criadora da mesma. A verdade material e a eficiência da investigação criminal não poderão legitimar métodos de obtenção de prova que coloquem em causa a integridade das instâncias de prossecução penal, ao funcionarem como instigadores da conduta criminosa.

3. Proibição de utilização de prova

Apesar de estarmos perante uma proibição de prova, importa questionar se esta implica uma proibição de valoração posterior, em sede de julgamento. Entendemos que no ordenamento jurídico português as proibições de prova se distinguem conceptualmente das proibições de utilização de prova¹⁰⁸, o que significa que estas duas categorias devem ser analisadas em dois momentos distintos. Neste sentido, mesmo que estejamos perante uma proibição de prova, defendemos que se poderá efetuar um juízo de ponderação com vista à utilização da prova proibida. Isto será realizado em função do princípio da

¹⁰⁶ Segundo Henriques Gaspar será entre a manutenção desta liberdade de determinação e vontade que se analisará a proibição de um meio de prova pessoal, cf. Gaspar, 2004: 47.

¹⁰⁷ Defendendo também este requisito para que a provocação seja reconduzida à categoria de métodos enganosos, cf. Meireis, 1999: 213-215 e Sousa, 2003: 1220 e 1233-1234.

¹⁰⁸ Costa Andrade, 2006: 191.

proporcionalidade¹⁰⁹, entre os interesses individuais e os interesses estaduais no combate à criminalidade mais grave.

Se entendermos que as normas de proibição de prova possuem uma função disciplinar e dissuasora poderá ser mais difícil admitir um juízo de ponderação para a posterior validação das provas proibidas¹¹⁰. Durante a investigação criminal haveria um maior risco de ocorrerem proibições de prova, pois os agentes de investigação saberiam que aquela prova proibida poderia ser valorada posteriormente, mediante um juízo de ponderação. Um certo entendimento sustenta também que a ponderação dos valores constitucionais, fundadores das proibições de prova, se esgota no normativo processual penal¹¹¹, após a ponderação realizada pelo legislador ordinário.

Todavia, cremos que as normas de proibição de prova superam esta dimensão preventiva, apresentando-se como meios processuais de tutela de direitos materiais¹¹², ao protegerem bens jurídicos dos cidadãos face a condutas abusivas dos órgãos estaduais de investigação criminal.

Na génese do próprio processo penal encontra-se uma ponderação entre os vários interesses em conflito, numa tentativa de encontrar o equilíbrio do caso concreto entre os valores da justiça e da segurança¹¹³. As normas processuais penais resultam de uma ponderação de princípios, entre a verdade material e os interesses estaduais no combate à criminalidade, e os direitos individuais de cada cidadão. Não raras vezes é possível observar uma colisão entre estes princípios. Dado que estes não têm uma natureza absoluta, casuisticamente, poderemos optar pela prevalência de um princípio face a outro, sem contudo declarar a invalidade do princípio afastado. Estabelece-se assim uma relação de precedência condicionada aos fins do caso concreto e às possibilidades fácticas, através de uma ponderação¹¹⁴. Importante é respeitar os subprincípios da necessidade, adequação, proibição do excesso e proporcionalidade *stricto sensu*.

O juízo de ponderação transcende a mera atividade legislativa e por isso o julgador poderá ser chamado a ponderar os interesses estaduais na prossecução

109 Alexy, 1996: 100-104.

110 Encarando as proibições de prova sob uma perspetiva disciplinar, cf. Mendes, 2004: 140, Morão, 2006: 612 e Silva, 2011: 138.

111 Morão, 2006: 588-589.

112 Costa Andrade, 2006: 188.

113 Figueiredo Dias, 2004: 45-46.

114 Alexy, 1996: 79-81 e 101.

de determinado crime, em relação aos direitos individuais violados no caso concreto¹¹⁵. Admitimos que em sede de julgamento os direitos fundamentais do arguido possam ser sujeitos a uma reserva geral de ponderação¹¹⁶, sendo comprimidos em função dos interesses estaduais *supra* individuais de proteção e segurança da comunidade. Isto verifica-se nos casos de criminalidade mais grave, como de terrorismo, onde a proteção de valores fundamentais do Estado e da comunidade admitem que possa haver uma manipulação da liberdade do indivíduo ao ponto de provocar a prática de um crime. Aqui a ação do agente provocador, apesar de limitar os direitos fundamentais do suspeito, é admisível mediante um juízo de necessidade. Se tal ação não tivesse sido realizada, isto poderia implicar sérios riscos de lesão de bens jurídicos fundamentais da sociedade. A ponderação justifica-se pela gravidade do crime e pelo seu grau de lesão.

Colocamos então a hipótese deste método proibido de prova ser valorado quando o agente teve de recorrer à manipulação da ação de um membro de uma organização terrorista, atuando como provocador. Influenciou então a decisão e a vontade do suspeito, lesando a sua liberdade e levando-o a praticar atos preparatórios, de tentativa ou de execução, o que possibilitou obter uma prova em flagrante delito. Por exemplo, o agente poderá ter provocado o suspeito para que este praticasse atos de tentativa de crime contra a segurança dos transportes e das comunicações, como o desvio de um avião da sua rota normal (art. 287.º, n.º 1 do CP). Este é um crime de terrorismo, conforme o disposto na Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto), que integra o crime no seu catálogo, no art. 2.º, n.º 1 b), sendo punível nos termos do disposto no art. 4.º, n.º 1 da mesma lei. Esta ação poderá ter levado à descoberta de uma importante célula de uma organização terrorista. Se a prova não for utilizada no processo isto poderá comprometer a condenação dos arguidos pelo crime em causa, o que constituirá um sério perigo para a segurança da comunidade.

Apesar do juízo de proporcionalidade já ter sido realizado pelo legislador ordinário, os direitos fundamentais admitem, pela sua natureza, uma constante ponderação em face dos interesses em conflito casuisticamente. Ora, aquando da consagração das ações ocultas, o legislador efetuou um juízo de ponderação entre os interesses estaduais e os direitos fundamentais, sem conhecer as especificidades com as quais os agentes se poderiam confrontar aquando da

115 Ambos, 2009: 110.

116 Novais, 2006: 49.

realização da medida de investigação. Caso os agentes ultrapassem, no decorrer da investigação, os limites da proporcionalidade feita pelo legislador, estamos perante uma proibição de prova. Uma vez que ocorreu uma violação dos direitos fundamentais contemplados no art. 32.º, n.º 8 da CRP deveremos considerar que este é um método proibido de prova, nos termos do art. 126.º, n.º 2 a) do CPP, para que se possa assegurar a proteção destes direitos indisponíveis. Mas o sentido das proibições de prova, enquanto proteção dos direitos subjetivos, só será conservado se reconhecermos que esses direitos fundamentais continuarão a ser encarados enquanto mandatos de otimização. Por isso, poderão ser alvo de um juízo de proporcionalidade posterior realizado pelo juiz. Este tem agora todos os elementos que lhe permitem realizar uma ponderação adequada às especificidades circunstanciais.

Uma ponderação prévia efetuada pelos OPC no momento da ação de investigação, que os leve a recorrerem à provocação, gera uma utilização da mesma sem provas concretas. Mesmo que isto se funde em indícios razoáveis, no limite pode redundar em práticas discriminatórias¹¹⁷. Isto não acontece quando a ponderação é realizada pelo juiz, pois este possui já provas materiais. O dever do magistrado é agora otimizar os direitos fundamentais envolvidos. Após a provocação os agentes obtiveram provas da prática de crimes de elevada gravidade, por isso em audiência de julgamento o juiz, com todos os elementos fácticos, poderá já observar os direitos individuais violados, ponderando-os com os novos elementos descobertos. Estes pressupõem uma proteção dos interesses *supra* individuais na prossecução da criminalidade mais grave.

Em segundo lugar, admitimos também a valoração daquele método de prova proibido para fins de defesa do arguido provocado, em sede de julgamento. Os agentes provocadores recolheram provas contra o suspeito, logo este será acusado e constituído arguido pela prática de um ilícito material que praticou sem liberdade de decisão e de vontade. Apesar deste método de

117 Para melhor expressar a diferença da ponderação feita pelo juiz, por nós defendida, veja-se o atual contexto nos Estados Unidos, onde o recurso à provocação tem sido utilizado na investigação de crimes de terrorismo. Neste país, a realização de interpelações pelos agentes de prossecução penal – *stings* – não está sujeita a um controlo prévio feito pelo magistrado, ou a uma regulação legal. Mesmo que aqui possamos falar de um juízo de proporcionalidade prévia feita pelos agentes da polícia, nestes casos, a ação de provocação será de legitimidade duvidosa. Esta será baseada em *reasonable suspicions* que se poderão fundar em razões étnicas ou religiosas, correndo o risco de serem discriminatórias. Ainda assim a utilização do teste subjetivo, nestas situações, poderá servir para afastar a possibilidade de discriminações, pois os agentes deverão provar que havia suspeitas razoáveis prévias de que o agente tinha intenção de cometer o crime, não obstante pertencer a um grupo religioso, como o islâmico, conhecido pela prática de atos terroristas, cf. Roach, 2011: 1468-1469 e 1489.

prova ser proibido, e apenas poder ser valorado em julgamento na circunstância que acabámos de mencionar, ainda assim encontramo-nos perante um processo formal, pelo que o provocado deverá responder em julgamento por uma acusação. A utilização da prova da provocação pela defesa poderá ser fundamental para afastar a sua condenação.

Só nestas situações excepcionais se admite que este método de prova seja valorado, pois de outra forma estaríamos a admitir o recurso recorrente à provocação, enquanto método de investigação criminal. Este deve ser estritamente limitado a um juízo de ponderação realizado pelo juiz, mediante as circunstâncias fácticas *supra* referidas, pois esta medida de investigação comprehende uma limitação à liberdade individual do suspeito.

No caso Teixeira de Castro a prova proibida apenas poderia ter sido utilizada para defesa do arguido em julgamento, com vista a provar que tinha sido sujeito a uma provocação. Realizando uma ponderação casuística, concluímos que neste caso os interesses individuais prevalecem sobre os interesses *supra* individuais no combate à criminalidade. A gravidade do crime em questão – tráfico de estupefacientes – e o seu grau de lesão, não nos levam a reconhecer a compressão da liberdade de decisão e de vontade do suspeito, e assim da sua integridade física e moral.

4. O efeito-à-distância sobre as provas secundárias

Uma vez que não reconhecemos a utilização desta proibição de prova no caso Teixeira de Castro, importa perceber qual será a consequência desse vício nas provas mediatas obtidas posteriormente pelos agentes policiais. Neste caso, discute-se a possibilidade de tomar como válidas as provas mediatas obtidas através deste método de prova proibido. Estas são a droga, o dinheiro e a pulseira em ouro, encontradas na sequência da operação de revista e busca realizada após a provocação.

O efeito-à-distância teve a sua origem no Direito norte-americano, tendo sido pela primeira vez aplicado no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United* (1920)¹¹⁸, no qual se decidiu que as provas recolhidas através de uma busca ilegal não poderiam ser aproveitadas no processo em curso. Mas foi no caso *Nardone v. United States*¹¹⁹, de 1939, que a *fruit of the poisonous tree doctrine* foi definitivamente consagrada. Os inúmeros casos que a partir daqui surgiram

118 251 U.S. 385, 40 S.Ct. 182, 64 L.Ed. 319 (1920).

119 308 U.S. 338, 60 S.Ct. 266, 84 L.Ed. 307 (1939).

na jurisprudência norte-americana deram então origem a uma série de precedentes, que reconheceram algumas exceções a esta “doutrina dos frutos da árvore envenenada”¹²⁰: “*independent source*” (*Silverthorne Lumber Co. v. United States*); “*attenuated connection*” (*Nardone v. United States*); “*but for*” (*Wong Sun v. United States*, de 1963)¹²¹; “*inevitable discovery*” (*Brewer v. Williams*, de 1977¹²², e *Nix v. Williams*, de 1984¹²³) e “*good faith*” (*United States v. Leon*, 1984)¹²⁴.

As exceções da “*inevitable discovery*” e da “*independent source*” tendem a apresentar algumas semelhanças. Todavia, no primeiro caso, basta que seja provado que os órgãos de investigação podiam ter obtido a prova mediante uma fonte independente, autónoma e legal, não sendo necessário que o tenham realmente feito¹²⁵.

Na doutrina alemã o equivalente da *fruit of the poisonous tree doctrine* encontra-se na teoria da mácula (*Makel-Theorie*). Mas aqui também tem sido maioritária a aceitação de restrições ao efeito-à-distância (*Fernwirkung*) da prova maculada, através de construções doutrinais similares à “descoberta inevitável” da jurisprudência norte-americana. Estas assentam numa ponderação mediante a teoria dos “percursos hipotéticos de investigação” (*hypothetische Ermittlungsverläufe*)¹²⁶. Aqui a exclusão do efeito-à-distância reside na possibilidade de obtenção da prova mediante um “comportamento lícito alternativo” (*rechtmäßigen Alternativverhalten*) ou através da “teoria do aumento do risco” (*Risikoerhöhungslehre*)¹²⁷.

Mas reconhece-se que estas restrições ao efeito-à-distância deverão ser limitadas. Para tal foram concebidos diferentes juízos de certeza do caminho de investigação hipotético. Por exemplo, no caso do companheiro de cela, o BGH indicou que para afastar o efeito-à-distância basta que não tinha ficado

120 Costa Andrade, 2006: 170-172, Morão, 2006: 577-578, Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 764-780 e Thaman, 2011: 695-696.

121 371 U.S. 471, 83 S.Ct. 407, 9 L.Ed.2d 441 (1963).

122 430 U.S. 387, 97 S.Ct. 1232, 51 L.Ed.2d 424 (1977).

123 467 U.S. 431, 104 S.Ct. 2501, 81 L.Ed.2d 377 (1984).

124 468 U.S. 897, 104 S.Ct. 3405, 82 L.Ed.2d 677 (1984).

125 Tal como foi esclarecido pela jurisprudência norte-americana no caso *State v. Boll*, de 2002 [651 N.W.2d 710 (S.D. 2002)].

126 Grünwald, 1966: 495-497, Wolter, 1984: 277 e Rogall, 1988: 391-393. Na doutrina portuguesa, cf. Costa Andrade, 2006: 316.

127 Wolter, 1984: 277.

provado que sem a violação da lei os polícias não tinham obtido a prova mediata¹²⁸. Na doutrina alguns autores exigem requisitos mais estritos, tais como um grau de convicção similar ao necessário para condenar o arguido¹²⁹.

O efeito-remoto no ordenamento jurídico português foi reconhecido, pela primeira vez, na jurisprudência portuguesa numa sentença do Tribunal Judicial de Oeiras (Sentença do 3.º Juízo, de 5 de março de 1993, Processo n.º 777/91, 2.ª Secção). Este caso apresenta contornos similares ao caso objeto da nossa investigação, pois aqui o tribunal pronunciou-se sobre o efeito-à-distância das provas mediatas recolhidas numa busca domiciliária, após uma ação de provocação. O tribunal reconheceu o efeito-à-distância, fundando-se em dois argumentos: a colisão com o fim de proteção da norma de exclusão e a existência de complementaridade entre a prova mediata e imediata, facto que ficou provado no caso em questão¹³⁰.

Na doutrina portuguesa alguns autores, posicionando-se contra a teoria dos “percursos hipotéticos de investigação”, optam pela teoria da “fonte independente”¹³¹. Mas esta teoria, ao exigir uma quebra da causalidade entre a prova primária e a secundária, e uma efetiva obtenção de prova independente, pode cair no risco de criar uma elevada obstrução ao processo penal. Se a atividade de recolha probatória já se revela, por vezes, bastante difícil, seria ainda mais complicado exigir que os OPC tivessem de realizar um percurso de investigação independente. Isto é bastante mais complexo numa ação oculta. Os policiais já revelaram a sua identidade, logo tornar-se-á complicado obter nova prova independente eficazmente, sem colocar em risco a sua integridade física. Em segundo lugar, mesmo que se recorram a outros métodos de investigação e a outros agentes, os suspeitos já terão conhecimento de que se encontram sob investigação, logo a eficácia da mesma ficará comprometida.

A consagração constitucional da doutrina dos “frutos da árvore envenenada” no ordenamento jurídico português reside no artigo 32.º, n.º 8 da CRP¹³². Neste

128 Cf. BGHSt 34, 362, disponível em *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 1989: 34.

129 Beulke, 1991: 670 e ss. Este entendimento é seguido na doutrina portuguesa, cf. Costa Andrade, 2006: 316.

130 Espírito Santo, 1992: 77-78.

131 Morão, 2006: 612-618 e Albuquerque, 2011: 339.

132 No mesmo sentido, cf. Morão, 2006: 596-601. Paulo Sousa Mendes defende a mesma posição, entendendo, todavia, que o art. 122.º, n.º 1 do CPP poderá ser invocado, mas apenas como argumento *a fortiori*, dada a independência entre o regime das nulidades e das proibições de prova, cf. Mendes, 2013.

sentido, o efeito-à-distância funciona como um mecanismo protetor dos valores constitucionais aí consagrados. No nosso entender, a exceção mais adequada a este entendimento do efeito-remoto é a “*inevitable discovery exception*”, pois através desta é possível continuar a assegurar a natureza das proibições de prova, enquanto protetoras dos direitos individuais. Reconhece-se uma exceção do efeito-à-distância, desde que se prove que a descoberta daquela prova seria inevitável e que poderia ter sido obtida de forma lícita, sem a violação dos direitos individuais dos suspeitos.

Ainda assim esta exceção deve conhecer algumas limitações¹³³, sob pena de admitirmos a prova de qualquer “descoberta inevitável”, sem a comprovação de que seria realmente possível obter aquela prova de forma legal, sem a violação dos direitos subjetivos dos visados.

A jurisprudência norte-americana tem vindo a construir em diversos precedentes algumas exceções à “*inevitable discovery exception*”. Tendemos a acolher estes limites, como por exemplo o elaborado no caso *Nix v. Williams*, onde o *Supreme Court* indicou que a acusação teria de demonstrar, com um grau de probabilidade superior a 50 % (*preponderance of the evidence*), que a informação teria sido inevitavelmente descoberta, e que tal poderia ter sido realizado licitamente¹³⁴.

No caso Teixeira de Castro poderia admitir-se a prova secundária, desde que os policiais conseguissem provar que a descoberta daquela prova mediata, através da revista, era inevitável e que poderia ter sido obtida de forma legal e autónoma, sem o recurso à provocação. Todavia, julgamos que mesmo que a investigação fosse mais morosa não seria possível chegar àquela prova se os agentes se limitassem a atuar licitamente, como agentes infiltrados e não como provocadores.

Neste caso, a operação de revista não carecia de autorização da autoridade judiciária competente, pois encontrávamo-nos perante um flagrante delito por crime ao qual correspondia uma pena de prisão, logo a necessidade desta autorização encontra-se excluída no art. 174.º, n.º 5, c) do CPP. O mesmo é aplicável à busca domiciliária noturna, que neste caso pode ser realizada apenas por OPC, sem necessidade de autorização do juiz, segundo o disposto

133 Paulo de Sousa Mendes defende o recurso refletido à “*inevitable discovery exception*”, através das suas limitações já reconhecidas pela jurisprudência norte-americana, sob pena de se anular o efeito preventivo das proibições de prova, cf. Mendes, 2013.

134 Kamisar, LaFave, Israel & King, 2002: 776.

no art. 177.º, n.º 3, b) do CPP, pois encontramo-nos perante um flagrante delito de um crime com pena de prisão superior a três anos. Não obstante esta operação de recolha de prova poder respeitar os requisitos legais, sendo nesse sentido lícita, isso dependeria inequivocamente da existência de um flagrante delito. Ora provou-se que o suspeito que os conduziu a Teixeira de Castro não acedeu aos contactos com os agentes, enquanto estes atuaram primeiro como infiltrados. Só no momento em que a sua conduta objetiva começou a assumir contornos de provocação, através da insistência na aquisição da droga, é que os agentes conseguiram obter um flagrante delito que os conduziu à revista e à busca domiciliária, recolhendo deste modo a prova mediata. O flagrante delito, que poderia tornar legal a revista e a busca, decorre de uma obtenção de prova ilícita. Assim, não cremos que os policiais conseguissem provar, com um elevado grau de probabilidade, que teriam obtido aquela prova legal e autonomamente, sem a provocação que levou à verificação de um flagrante delito.

CONCLUSÃO

A delimitação de fronteiras entre o agente infiltrado e o agente provocador revela alguma dificuldade, sobretudo devido aos desafios cada vez mais exigentes com os quais os órgãos de investigação criminal se deparam diariamente. Apesar de tudo, será a conduta dos agentes, objetivamente considerada, que deverá ser analisada na aferição de uma possível provocação.

Mas, mais do que almejar uma harmonização dos critérios desta distinção, será fundamental estabelecer as consequências ulteriores que esta poderá trazer para o processo. Como podemos observar no estudo de Direito comparado, um sistema onde a realização de uma ação provocada não represente efetivas consequências ao nível probatório, como o alemão, poderá legitimar o recurso ao agente provocador como uma medida admissível de investigação. Será então fundamental estabelecer consequências para o recurso a este método de investigação.

O TEDH encara a provocação como uma violação do princípio do processo justo, afastando a condenação do provocado. Já na ordem jurídica portuguesa a provocação deverá ser encarada como uma proibição de prova, inserida na subespécie de método enganoso. A ação do agente provocador implica uma interferência na liberdade de decisão e de vontade individual. Apesar do princípio da liberdade de prova, encontramo-nos perante um direito indisponível. Por isso este método de prova deve ser reconduzido à categoria das proibições

de prova, na subespécie de método proibido, nos termos do art. 126.º, n.º 2, alínea a) do CPP. Este é um método enganoso que viola o direito individual à integridade física e moral, contemplado no art. 32.º, n.º 8 da CRP.

Mas os desafios cada vez mais complexos da criminalidade poderão admitir que em situações-limite esta prova proibida possa ser utilizada. A provocação deverá ser primeiro entendida como um método proibido de prova, para proteger os direitos fundamentais violados, mas posteriormente esses direitos fundamentais poderão ser sujeitos a um juízo de proporcionalidade, perante outros interesses dignos de proteção. Quando estejam em causa crimes de maior gravidade, como o terrorismo, que coloquem em causa direitos *supra* individuais, esta prova pode ser valorada em sede de julgamento, mediante um juízo de ponderação realizado pelo juiz. Admite-se ainda esta utilização da prova proibida para efeitos de defesa do provocado.

Ao mesmo tempo, admite-se que a prova derivada da provocação não fique maculada pelo vício da prova proibida primária. Este efeito-à-distância será afastado quando a descoberta da prova mediata tenha sido inevitável, ao mesmo tempo que se deverá provar, com um grau de probabilidade superior a 50%, que era possível ter obtido aquela prova de forma legal e autónoma, sem lesar os direitos individuais do suspeito.

Aceitamos que para responder aos desafios da criminalidade organizada e mais complexa o Estado tenha de recorrer a agentes infiltrados nas ações de investigação criminal, mediante uma ponderação. Mas apesar da importância da consagração de requisitos materiais, como foi realizado pelo legislador português, será necessário que estes requisitos sejam mais exigentes. Como por exemplo, o recurso a agentes infiltrados deve circunscrever-se a ações de prevenção da criminalidade organizada e complexa.

Para evitar que os órgãos de investigação criminal se sintam tentados à criação da decisão e vontade delituosa, levando o suspeito a praticar um ilícito típico e assim obter prova contra si próprio, deverá existir um maior controlo preventivo, no momento da autorização das investigações ocultas e no decorrer das mesmas. Será então fundamental a realização deste controlo pelas autoridades judiciárias para que o princípio da eficácia não tenha primazia sobre a integridade pessoal do suspeito. Caso esta proteção preventiva se revele ineficaz, caberá ao processo penal de um Estado de Direito conceber consequências para os abusos policiais na obtenção de prova, fazendo ceder o princípio da verdade material perante o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à integridade e liberdade individuais.

No caso Teixeira de Castro encontramo-nos perante uma situação de provocação policial. Esta decisão do TEDH foi por isso fundamental, pois pela primeira vez este tribunal reconheceu que este tipo de conduta dos agentes policiais lesa os direitos individuais do suspeito, consagrados na CEDH, devendo por isso implicar consequências para o processo em curso.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV.

- 1995 *Procédures pénales d'Europe: Allemagne, Angleterre et Pays de Galles, Belgique, France, Italie* (ed. lit.: Mireille Delmas-Marty), Paris: Presses Universitaires de France.
- ALBUQUERQUE**, Paulo Pinto de
- 2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.^a ed. at., Lisboa: Universidade Católica Editora.
- ALEXY**, Robert
- 1996 *Theory der Grundrechte*, 3.^a ed., Frankfurt: Suhrkamp.
- AMBOS**, Kai
- 2009 “Las prohibiciones de utilización de pruebas en el processo penal alemán”, in Ernst Beling, Kai Ambos & Óscar Julián Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, pp. 57-149.
- BARRETO**, Ireneu Cabral
- 2010 *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem – Anotada*, 4.^a ed., Coimbra: Coimbra Editora.
- BELING**, Ernst von
- 1903 *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- 2009 “Las prohibiciones de prueba como limite a la averiguación de la verdad en el processo penal”, in Ernst Beling, Kai Ambos & Óscar Julián Guerrero, *Las prohibiciones probatorias*, Bogotá: Temis, pp. 2-56.
- BEULKE**, Werner
- 1991 “Hypothetische Kausalverläufe im Strafverfahren bei rechtswidrigem Vorgehen von Ermittlungsorganen”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 103, pp. 657-680.
- 2005 *Strafprozessrecht*, 8.^a ed., Heidelberg: Müller.
- CANOTILHO**, J.J. Gomes & **MOREIRA**, Vital
- 2007 *Constituição da República Portuguesa Anotada – Volume I – Artigos 1.^º a 107.^º*, 4.^a ed. rev., Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA**, A. M. Almeida
- 1999 Comentário ao artigo 217.^º do Código Penal, in Jorge de Figueiredo Dias (dir.), *Comentário Conimbricense do Código Penal*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 274-310.

COSTA ANDRADE, Manuel da Costa

- 2006 *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*, 1.^a reim., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2009 “Métodos ocultos de investigação (pladoyer para uma teoria geral)”, in Mário Ferreira Monte *et al.* (org.), *Que futuro para o Direito Processual Penal? Simpósio em homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 525-551.

DIAS, Augusto Silva & RAMOS, Vânia Costa

- 2009 *O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*, Coimbra: Coimbra Editora.

ESPÍRITO SANTO, Luís

- 1992 “Agente provocador – Os amigos da Guarda: Tribunal Judicial de Oeiras, 3.^º Juízo, Sentença de 1993.03.05, P. 777/91, 2.^a Sec.”, in *Sub Judice*, n.^º 4, pp. 71-80.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de

- 2004 *Direito Processual Penal*, 1.^a reim., Coimbra: Coimbra Editora.
- 2012 *Direito Penal – Parte Geral – Tomo I – Questões Fundamentais – A Doutrina Geral do Crime*, 2.^a ed., 2.^a reim., Coimbra: Coimbra Editora.

GASPAR, António Henriques

- 2004 “As ações encobertas e o processo penal: questões sobre a prova e o processo equitativo”, in Centro de Estudos Judiciários (org.), *Medidas de combate à criminalidade organizada e económico-financeira*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 43-53.

GONÇALVES, Fernando & ALVES, Manuel João & VALENTE, Manuel Monteiro Guedes

- 2001 *Lei e crime – O agente infiltrado versus o agente provocador – Os princípios do Processo Penal*, Coimbra: Almedina.

GÖSSEL, Karl Heinz

- 1991 “La búsqueda de la verdad en lo Processo Penal: aspectos jurídico-constitucionales y político-criminales” (trad. esp. por Miguel Polaino Navarrete), in *Cuadernos de Política Criminal*, n.^º 45, pp. 673-693.

- 1992 “As proibições de prova no Direito Processual Penal da República Federal da Alemanha” in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 2, pp. 397-441.

GRÜNWALD, Gerald

- 1966 “Beweisverbote und Bewertungsverbote im Strafverfahren”, in *Juristen Zeitung*, vol. 15/16, pp. 489-501.

HASSEMER, Winfried

- 1995 *História das ideias penais na Alemanha do pós-guerra – seguido de A segurança pública no Estado de Direito* (trad. por Carlos Eduardo Vasconcelos do

- original *Strafrechtswissenschaft in der Bundesrepublik Deutschland*, 1994), Lisboa: AAFDL.
- 2004 “Processo penal e direitos fundamentais”, in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa & Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados (org.), Goethe Institut (colab.) & Maria Fernanda Palma (coord. científica), *Jornadas de Direito Processual Penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 15-25.
- HAUCK, Pierre**
- 2012 “Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im Prozessrecht der internationalen Strafgerichtsbarkeit: EU und Völkerstrafrecht”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 124, pp. 473-489.
- JÄGER, Christian**
- 2003 *Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess*, München: Beck.
- JUSTO, Ana Rita de Melo**
- 2006 “Proibição da prova em Processo Penal: o agente provocador: comentários”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 6, pp. 497-512.
- KAMISAR, Yale, LAFAVE, Yale, ISRAEL, Jerold & KING, Nancy**
- 2002 *Modern criminal procedure: cases, comments and questions*, 10.^a ed., St. Paul: West Group.
- LOUREIRO, Joaquim**
- 2007 *Agente infiltrado? Agente provocador! Reflexões sobre o 1.º acórdão do T.E.D. Homem – 9 junho 1998 – Condenação do Estado Português*, Coimbra: Almedina.
- LÜDERSSEN, Karl**
- 1974 “Verbrechensprophylaxe durch Verbrechensprovokation?”, in Jürgen Baumann & Klaus Tiedmann (ed. lit.), *Einheit und Vielfalt des Strafrechts – Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen: Mohr, pp. 349-371.
- MARTINS, A.G. Lourenço**
- 2007 “Luta contra o tráfico de droga: necessidades da investigação e sistema garantístico”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 111, pp. 37-55.
- MATA-MOUROS, Fátima**
- 2000 “Infiltrados fora da lei”, in *Sub Judice*, n.º 18, pp. 57-65.
- 2001 “O agente infiltrado”, in *Revista do Ministério Público*, n.º 85, pp. 105-120.
- MEIREIS, Manuel Augusto Alves**
- 1999 *O regime das provas obtidas pelo agente provocador em Processo Penal*, Coimbra: Almedina.
- 2006 “Homens de confiança: será o caminho?”, in Manuel Monteiro Guedes Valente (org.), *II Congresso de Processo Penal* Coimbra: Almedina, pp. 81-101.

MENDES, Paulo de Sousa

- 2004 “As proibições de prova no processo penal”, in Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa & Conselho Distrital de Lisboa da Ordem dos Advogados (org.), Goethe Institut (colab.) & Maria Fernanda Palma (coord. científica), *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 133-154.
- 2013 “Comparative exclusionary rules – Portuguese and Brazilian perspective”, Comunicação apresentada na *Conferência Internacional Proibições de Prova no Direito Comparado – Comparative Exclusionary Rules* (org.: Instituto de Ciências Jurídico-Criminais), na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em Lisboa, em 5 de junho de 2013.

MEYER, Jürgen

- 1983 “Zur prozeßrechtlichen Problematik des V-Mannes”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, pp. 834-861.
- 1985 “Zur V-Mann-Problematik aus rechtsvergleichender Sicht”, in Theo Vogler (ed. lit.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, vol. II, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 1311-1322.

MEYER-GÖßNER, Lutz

- 2004 *Strafprozessordnung: Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 47.^a ed., München: Beck.

MONTE, Mário Ferreira

- 1997 “A relevância da atuação dos agentes infiltrados ou provocadores no processo penal”, in *Scientia jurídica*, n.º 265-267, t. 46, pp. 183-202.

MORÃO, Helena

- 2006 “O efeito-à-distância das proibições de prova no Direito Processual Penal Português”, in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 16, pp. 575-620.

NEVES, João Ataíde

- 2000 “Infiltrados dentro da lei”, in *Sub Judice*, n.º 18, pp. 45-56.

NOVAIS, Jorge Reis

- 2006 *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, Lisboa: Coimbra Editora.

ONETO, Isabel

- 2005 *O agente infiltrado: contributo para a compreensão do regime jurídico das ações encobertas*, Coimbra: Coimbra Editora.

PEREIRA, Rui

- 2005 “O ‘Agente Encoberto’ na Ordem Jurídica Portuguesa”, in Manuel Monteiro Guedes Valente (coord. científica), *I Congresso de Processo Penal: Memórias* Coimbra: Almedina, pp. 225-255.

PEREIRA, Sandra

- 2010 “A recolha de prova por agente infiltrado”, in Teresa Pizarro Beleza & Frederico da Costa Pinto (coord. científica), *Prova criminal e direito de defesa: estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em Processo Penal*, Coimbra: Almedina, pp. 137-159.

PETERS, Karl

- 1985 *Strafprozeß*, 4.^a ed., Heidelberg: Müller.

ROACH, Kent

- 2011 “Entrapment and equality in terrorism prosecutions: a comparative examination of North American and European approaches”, in *Mississippi Law Journal*, vol. 80, n.º 4, pp. 1455-1490.

ROBERTSON, Geoffrey

- 1994 “Entrapment evidence: manna from heaven, or fruit of the poisoned tree?”, in *The Criminal Law Review*, pp. 805-816.

ROGALL, Klaus

- 1988 “Hypothetische Ermittlungsverläufe im Strafprozeß: Ein Beitrag zur Lehre der Beweiserhebungs und Beweisverwertungsverbote”, in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 9, pp. 385-393.

- 1998 “Questioni fondamentali in tema di divieti probatori”, in *L'indice Penale*, Ano 1, n.º 3 (NS), pp. 1065-1102.

- 2004 Comentário ao §136a do StPO, in Hans-Joachim Rudolphi (org.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, vol. 2, Neuwied: Luchterhand, pp. 137-185.

ROXIN, Claus

- 2008 *La prohibición de autoincriminación y de las escuchas domiciliarias*, Buenos Aires: Hammurabi.

ROXIN, Claus & SCHÜNEMANN, Bernd

- 2012 *Strafverfahrensrecht – Ein Studienbuch*, 27.^a ed., München: Beck.

RUDOLPHI, Hans-Joachim

- 1994 Comentário ao §110 c do StPO, in Hans-Joachim Rudolphi (org.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, vol. 2, Frankfurt am Main: Metzner, pp. 155-158.

SCHOOL, L.

- 1989 “La provocation policière en droit américain”, in *Revue de Droit Penal et Criminologie*, Ano 69, n.º 8-10, pp. 809-825.

SEELMANN, Kurt

- 1983 “Zur materiell-rechtlichen Problematik des V-Mannes”, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 95, pp. 797- 833.

- SILVA, Germano Marques da
- 1994 "Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos: os princípios democráticos e da lealdade em processo penal", in *Direito e Justiça*, vol. 8, t. 2, pp. 27-34.
- 2003 "Meios processuais expeditos no combate ao crime organizado: a democracia em perigo", in *Direito e Justiça*, vol. 17, pp. 17-31.
- 2011 *Curso de Processo Penal*, vol. II, 5.^a ed., Lisboa: Verbo, 2011.
- Sousa, Paulo Pinto de
- 2010 "Ações encobertas: meio enganoso de prova?: o agente infiltrado e agente provocador: outras questões", in *Revista do CEJ*, n.º 14, pp. 231-247.
- Sousa, Susana Aires de
- 2003 "Agent provocateur e meios enganosos de prova: algumas reflexões", in Manuel da Costa Andrade (org.), *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1207-1235.
- THAMAN, Stephen C.
- 2011 "Constitutional rights in the balance: modern exclusionary rules and the toleration of police lawlessness in the search for truth", in *University of Toronto Law Journal*, vol. 61, n.º 4, pp. 691-735.
- VALENTE, Manuel Monteiro Guedes
- 2009 "A investigação do crime organizado: buscas domiciliárias noturnas, o agente infiltrado e intervenção nas comunicações", in Manuel Monteiro Guedes Valente (coord.), *Criminalidade organizada e criminalidade de massa*, Coimbra: Almedina, pp. 159-184.
- 2012 *Teoria geral do Direito Policial*, 3.^a ed., Coimbra: Almedina.
- WHELAN, Maura F.J.
- 1985 "Lead us not into (unwarranted) temptation: a proposal to replace the entrapment defense with a reasonable-suspicion requirement", in *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 133, pp. 1193-1230.
- WOLTER, Jürgen
- 1984 "Anmerkung zu BGH (NStZ 1984, 275)", in *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, vol. 6, pp. 276-278.
- ZÖLLER, Mark A.
- 2012 "Heimliche und verdeckte Ermittlungsmaßnahmen im Strafverfahren", in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 124, pp. 411-439.



LEGISLAÇÃO

Legislação Nacional

LEGISLAÇÃO NACIONAL

LEGISLAÇÃO NACIONAL – OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2013

elaborado Nazaré da Costa Cabral

REGULAÇÃO

GERAL

Decreto-Lei n.º 133/2013, de 3 de outubro

No uso da autorização legislativa concedida pela Lei n.º 18/2013, de 18 de fevereiro, aprova o novo regime jurídico do sector público empresarial.

BANCO DE PORTUGAL

Aviso n.º 6/2013, de 27 de dezembro

Regulamenta o regime transitório previsto no Regulamento (UE) n.º 575/2013, de 26 de junho, em matéria de fundos próprios, e estabelece medidas destinadas à preservação desses fundos.

Aviso n.º 5/2013, de 18 de dezembro

Regulamenta as condições, mecanismos e procedimentos necessários ao efetivo cumprimento dos deveres preventivos do branqueamento de capitais e financiamento do terrorismo, previstos no Capítulo II da Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, no âmbito da prestação de serviços financeiros sujeitos à supervisão do Banco de Portugal.

Aviso n.º 4/2013, de 21 de outubro

Revoga o n.º 2 do ponto 60-A da Parte 2 do Anexo III do Aviso n.º 5/2007, de 27 de abril, e determina que possa ser mantido um nível de fundos próprios adequado à cobertura dos riscos em que incorrem as instituições a quem o supracitado aviso se aplica, decorrente dos compromissos de pagamento irrevergíveis resultantes das contribuições para o Fundo de Garantia de Depósitos.

ANACOM – AUTORIDADE NACIONAL DE COMUNICAÇÕES

Decreto-Lei n.º 160/2013, de 19 de novembro

Primeira alteração da Lei n.º 17/2012, com a republicação das Bases da concessão do serviço postal universal.

Portaria n.º 378-D/2013, de 31 de dezembro

Revoga o n.º 2 do ponto 60-A da Parte 2 do Anexo III do Aviso n.º 5/2007, de 27 de abril, e determina que possa ser mantido um nível de fundos próprios adequado à cobertura dos riscos em que incorrem as instituições a quem o supracitado aviso se aplica, decorrente dos compromissos de pagamento irre- vogáveis resultantes das contribuições para o Fundo de Garantia de Depósitos.

Portaria n.º 296-A/2013, de 2 de outubro

Altera e republica a Portaria n.º 1473-B/2008, de 17 de dezembro.

**IMTT – INSTITUTO DA MOBILIDADE E DOS TRANSPORTES
TERRESTRES**

VEÍCULOS

Decreto-Lei n.º 151/2013, de 30 de outubro

Transpõe a Diretiva 2012/24/UE da Comissão, de 8 de outubro, e procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 53/2013, de 17 de abril, que estabelece os requisitos relativos às tomadas de força e respetiva proteção dos tratores agrícolas e florestais com rodas.

Portaria n.º 378-A/2013, de 31 de dezembro

Estabelece o valor das tarifas devidas pela realização das inspeções técnicas periódicas e reinspeções, inspeções para atribuição de matrícula e inspeções extraordinárias de veículos a motor e seus reboques, bem como pela emissão da segunda via da ficha de inspeção e revoga a Portaria n.º 1036/2009, de 11 de setembro.

Portaria n.º 378-E/2013, de 31 de dezembro

Primeira alteração à Portaria n.º 221/2012, de 20 de julho, que estabelece os requisitos técnicos a que devem obedecer os centros de inspeção técnica de veículos (CITV), no âmbito da Lei n.º 11/2011, de 26 de abril.

ERSAR – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS DE ÁGUAS E RESÍDUOS**Lei n.º 78/2013, de 21 de novembro**

Procede à primeira alteração à Lei n.º 54/2005, de 15 de novembro, que estabelece a titularidade dos recursos hídricos.

Portaria n.º 362/2013, de 19 de dezembro

Primeira alteração à Portaria n.º 221/2012, de 20 de julho, que estabelece os requisitos técnicos a que devem obedecer os centros de inspeção técnica de veículos (CITV), no âmbito da Lei n.º 11/2011, de 26 de abril.

Portaria n.º 361/2013, de 18 de dezembro

Aprova a delimitação do perímetro de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Carregal do Sal.

Portaria n.º 358/2013, de 12 de dezembro

Primeira alteração à Portaria n.º 208/2012, de 6 de julho, que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações das águas subterrâneas localizadas no concelho de Cascais.

Portaria n.º 348/2013, de 29 de novembro

Aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de água subterrânea localizadas no concelho de Ourém.

Portaria n.º 328/2013, de 6 de novembro

Primeira alteração à Portaria n.º 209/2012, de 9 de julho, que aprova a delimitação dos perímetros de proteção de várias captações de águas subterrâneas localizadas nos concelhos de Nisa, Gavião, Marvão, Portalegre, Avis, Ponte de Sor e Chamusca.

Portaria n.º 327/2013, de 4 de novembro

Aprova a delimitação do perímetro de proteção de uma captação de água subterrânea do polo de captação de Casal do Ribeiro, localizada no concelho de Ourém.

**ERSE – ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS
Portaria n.º 366/2013, de 23 de dezembro**

Estabelece o procedimento de atribuição de licenças para a exploração de postos de enchimento de gás natural veicular (GNV), em regime de serviço público ou privativo, nas modalidades de gás natural comprimido (GNC) e de gás natural liquefeito (GNL), determina a regulamentação de segurança aplicável ao projeto, construção, exploração e manutenção de postos de enchimento de GNL e revoga a Portaria n.º 468/2002, de 24 de abril.

Portaria n.º 301-A/2013, de 14 de outubro

Altera a Portaria n.º 96/2004, de 23 de janeiro, alterada pelas Portarias n.os 481/2007, de 19 de abril, e 542/2010, de 21 de julho, na parte em que estabelece a remuneração anual dos terrenos que integram o domínio público hídrico e que estão afetos à entidade concessionária da Rede Nacional de Transporte de eletricidade (RNT), nos termos dos respetivos contratos de concessão de domínio público hídrico, a que se referem os artigos 6.º do Decreto-Lei n.º 198/2003, de 2 de setembro, e 2.º e 5.º do Decreto-Lei n.º 153/2004, de 30 de junho.

ERS – ENTIDADE REGULADORA DA SAÚDE

Decreto-Lei n.º 164/2013, de 6 de dezembro

Procede à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 279/2009, de 6 de outubro, que estabelece o regime jurídico a que ficam sujeitos a abertura, a modificação e o funcionamento das unidades privadas de serviços de saúde.

Decreto-Lei n.º 139/2013, de 9 de outubro

Estabelece o regime jurídico das convenções que tenham por objeto a realização de prestações de saúde aos utentes do Serviço Nacional de Saúde no âmbito da rede nacional de prestação de cuidados de saúde.

Decreto-Lei n.º 137/2013, de 7 de outubro

Procede à quinta alteração ao Decreto-Lei n.º 28/2008, de 22 de fevereiro, que estabelece o regime de criação, estruturação e funcionamento dos agrupamentos de centros de saúde do Serviço Nacional de Saúde, e à primeira alteração ao Decreto-Lei n.º 81/2009, de 2 de abril, que estabelece as regras e princípios de organização dos serviços e funções de natureza operativa de saúde pública, sedeados a nível nacional, regional e local.

Decreto-Lei n.º 135/2013, de 4 de outubro

Procede à 1.ª alteração ao Decreto-Lei n.º 82/2009, de 2 de abril, que estabelece as regras de designação, competência e funcionamento das entidades que exercem o poder de autoridade de saúde.

Portaria n.º 347/2013, de 28 de novembro

Estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento, recursos humanos e instalações técnicas para o exercício da atividade das unidades privadas de diálise que prossigam atividades terapêuticas no âmbito da hemodiálise e outras técnicas de depuração extracorporal afins ou de diálise peritoneal crónica.

Portaria n.º 360/2013, de 16 de dezembro

Fixa os preços dos cuidados de saúde e de apoio social prestados nas unidades de internamento e de ambulatório da Rede Nacional de Cuidados Contínuados Integrados (RNCCI), a praticar no ano de 2013 e revoga a Portaria n.º 41/2013, de 1 de fevereiro.

Portaria n.º 335-A/2013, de 15 de novembro

Primeira alteração à Portaria n.º 4/12, de 2 de janeiro, que estabelece as regras de formação dos preços dos medicamentos, da sua alteração e da sua revisão anual, bem como os respetivos prazos.



JURISPRUDÊNCIA

Comentário de Jurisprudência

Jurisprudência Geral

COMENTÁRIO DE JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de janeiro de 2014 e Decisão Sumária do Tribunal Constitucional de 21 de maio de 2014, *Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas Contra Autoridade da Concorrência – Aplicação das Regras de Concorrência a Ordens Profissionais e Foro Competente*

*Margarida Caldeira*¹

1. Introdução

O Tribunal da Relação de Lisboa (“TRL”), por Acórdão de 7.1.2014², confirmou a Sentença do Tribunal do Comércio de Lisboa (“TCL”)³, no âmbito do recurso de impugnação judicial da Decisão da Autoridade da Concorrência (“AdC”) condenatória da Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas (“OTOC”). O TRL, anteriormente à prolação deste Acórdão, tomou em consideração o Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”), de 28.2.2013⁴, proferido em sede de reenvio prejudicial desencadeado pelo TRL no mesmo processo judicial. Deste Acórdão do TRL foi interposto recurso para o Tribunal Constitucional (“TC”) pela OTOC, o qual incide sobre a alegada violação do artigo 212.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa (“CRP”).

O TC, por Decisão Sumária do Juiz Relator de 21.5.2014⁵, decidiu, fundamentadamente, não conhecer do objeto do recurso interposto. Desta Decisão foi interposta, pela OTOC, reclamação para a Conferência do TC.

1 Advogada no Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência. As opiniões expressas neste artigo são da inteira responsabilidade da autora e não vinculam, de forma alguma, a Autoridade da Concorrência.

2 Proferido pela 5.ª Seção do TRL no processo n.º 938/10.7 TYLSB-L1.

3 Sentença de 29.4.2011, proferida pelo 1.º Juízo do TCL, no processo n.º 938/10.7 TYLSB.

4 Este Acórdão, proferido no processo C-1/12 foi objeto do nosso comentário no n.º 13, Ano IV, desta Revista.

5 Decisão Sumária n.º 424/2014, proferida pela 3.ª seção nos autos de recurso n.º 121/14.

2. Antecedentes

A AdC emitiu uma Decisão condenatória da OTOC⁶ em processo contraordenacional por infração ao artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho⁷ e ao artigo 101.º do TFUE⁸, por esta ter, no exercício do seu poder regulamentar, adotado a decisão, consubstanciada na aprovação e aplicação do “Regulamento de Formação de Créditos”⁹. Através deste Regulamento, a OTOC, segundo a Decisão da AdC, efetuou uma segmentação artificial do mercado da formação obrigatória permanente dos Técnicos Oficiais de Contas (“TOC”), atribuiu a si própria o exclusivo da ministração de um terço da formação obrigatória e estipulou critérios aos quais faltava a necessária transparência, assentes na sua discricionariedade, na equiparação de outras entidades formadoras e na aprovação das suas ações de formação. Na ótica da AdC, a OTOC concorre, também, enquanto entidade formadora, no mercado por ela criado e que ela própria segmentou, de forma artificial, e em que é ela quem decide quais as entidades que com ela podem concorrer e em

⁶ Decisão de 7.5.2010.

⁷ Esta disposição legal estipula o seguinte: “1 – São proibidos os acordos entre empresas, as decisões de associações de empresas e as práticas concertadas entre empresas, qualquer que seja a forma que revistam, que tenham por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional, nomeadamente os que se traduzam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda ou interferir na sua determinação pelo livre jogo do mercado, induzindo, artificialmente, quer a sua alta quer a sua baixa; b) Fixar, de forma direta ou indireta, outras condições de transação efetuadas no mesmo ou em diferentes estádios do processo económico; c) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; d) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; e) Aplicar, de forma sistemática ou ocasional, condições discriminatórias de preço ou outras relativamente a prestações equivalentes; f) Recusar, direta ou indiretamente, a compra ou venda de bens e a prestação de serviços; g) Subordinar a celebração de contratos à aceitação de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou segundo os usos comerciais, não tenham ligação com o objeto desses contratos. 2 – Exceto nos casos em que se considerem justificadas, nos termos do artigo 5.º, as práticas proibidas pelo n.º 1 são nulas”.

⁸ O artigo 101.º do TFUE, que inspirou o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, estabelece o seguinte: “1 – São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2 – São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo.”

⁹ Publicado no Diário da República n.º 133, II Série, de 12.7.2007.

que termos, de acordo com critérios pouco claros, cobrando-lhes taxas quer pelo acesso a esse mercado, quer pelo exercício da sua atividade de formação. O Regulamento de Formação de Créditos foi aprovado e aplicado pela OTOC no âmbito do sistema de formação permanente obrigatória dos TOC, instituído por um anterior Regulamento também aprovado pela OTOC, o “Regulamento do Controlo da Qualidade”¹⁰. Nos termos deste Regulamento, os TOC são obrigados a obter uma média anual de 35 créditos de formação nos últimos dois anos, sob pena de sanções disciplinares¹¹. Os TOC suportam os custos monetários da formação permanente.

O Regulamento de Formação de Créditos¹² impõe as seguintes regras:

- (i) Distingue entre os dois tipos de formação que os TOC são obrigados a obter: (a) a formação denominada “institucional” (iniciativas e alterações legislativas, segundo a letra do Regulamento), que não pode exceder 16 horas por módulo de formação e (b) a formação profissional, cuja duração mínima, por módulo de formação, deve ser superior a 16 horas;
- (ii) A formação “institucional” só pode ser ministrada pela OTOC, enquanto que a formação profissional pode ser ministrada tanto pela OTOC como por outras entidades formadoras, desde que estas¹³ estejam inscritas junto da OTOC e que as respetivas propostas de ações de formação sejam homologadas pela OTOC (que verifica o conteúdo destas propostas);
- (iii) É a OTOC quem define os prazos de apresentação de pedidos de inscrição e de homologação das ações de formação destas outras entidades formadoras, bem como as taxas devidas por estes atos;
- (iv) Um terço da formação anual obrigatória dos TOC deve ser obtido na formação denominada “institucional”, ministrada exclusivamente pela OTOC;
- (v) Não existe limite mínimo de créditos em formação profissional, podendo o TOC completar a parte restante dos 35 créditos apenas

¹⁰ Publicado no Diário da República n.º 175, II Série, de 15.7.2004.

¹¹ Esta imposição consta do Regulamento do Controlo da Qualidade.

¹² Este Regulamento detalhou o Regulamento do Controlo da Qualidade, estabelecendo regras sobre o modo concreto da formação obrigatória permanente dos TOC.

¹³ Salvo se se tratar de instituições de ensino superior ou equiparado.

em horas adicionais de formação “institucional”, exclusivamente ministradas pela OTOC e de duração inferior às ações de formação profissional ministradas por entidades formadoras concorrentes da OTOC.

Segundo a AdC, à decisão da OTOC de aprovação e aplicação do Regulamento de Formação de Créditos aplicam-se as regras da concorrência: os TOC exercem uma atividade económica, qualificando-se, assim, como “empresas”, e a OTOC, enquanto ordem profissional, constitui uma associação de empresas, tanto na aceção do artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, como do artigo 101.º do TFUE. Estas normas aplicam-se ao exercício do poder regulamentar das ordens profissionais, enquanto associações de empresas¹⁴, independentemente de estarem dotadas de prerrogativas públicas. Na perspetiva da AdC, a prática da OTOC teve um objeto e efeito anticoncorrencial, ao limitar a oferta de ações de formação de outras entidades formadoras (quer às entidades já existentes no mercado¹⁵ quer constituindo uma barreira à entrada de novas entidades, nacionais ou estrangeiras).

A OTOC interpôs recurso de impugnação judicial da Decisão da AdC junto do TCL, o qual veio a proferir Sentença condenando a OTOC pela prática de uma contraordenação p. e. p. pelo artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 e artigo 81.º, n.º 1¹⁶, do TFUE, e declarando nulas e de nenhum efeito as disposições do Regulamento de Formação de Créditos, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 e do artigo 81.º, n.º 2, do TFUE.

14 Ao adotar um regulamento como o Regulamento de Formação de Créditos, a ordem profissional deve ser qualificada como uma associação de empresas, na medida em que o regulamento constitui a expressão da vontade de representantes dos membros de uma profissão para que estes adotem um determinado comportamento no quadro da sua atividade económica.

15 Ficando impedida a oferta de formações das outras entidades formadoras com duração igual ou inferior a 16 horas, bem como a “formação institucional”, relativamente à qual a OTOC detém o exclusivo da ministração; e ficando também limitada a oferta de formações na medida em que é a OTOC (concorrente das outras entidades formadoras) que decide autorizar, ou não, a inscrição de entidades que pretendam ministrar formação, bem como autorizar, ou não, cada formação concreta proposta por estas entidades, segundo critérios, estabelecidos pela OTOC, excessivamente discricionários. Para a AdC, não existe nem justificação objetiva, nem disposição legal, que imponha estas restrições, ficando, ademais, limitada a liberdade de escolha dos TOC (consumidores de formação).

16 A Sentença referiu-se ao artigo 81.º (atualmente, artigo 101.º do TFUE), por sua vez correspondente ao original artigo 85.º do Tratado CE.

O TCL considerou que os TOC são operadores económicos, cabendo na definição de empresa prevista no artigo 2.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003¹⁷. O facto de a OTOC ser uma associação pública não impede a sua classificação como associação de empresas, nem a qualificação como pessoa jurídica privada, pública ou cooperativa é relevante para efeito de aplicação do Direito da Concorrência¹⁸. A aprovação, pelo Conselho Diretivo da OTOC, do Regulamento da Formação de Créditos é, nestes termos, uma decisão de uma associação de empresas¹⁹. Para o TCL, esta decisão de associação de empresas viola o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, por ter um objeto e efeito anticoncorrenciais, ao interferir com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura. Deste modo, a OTOC adotou um comportamento que provoca distorções no mercado, em benefício de si própria e em detrimento dos seus concorrentes²⁰. O TCL considerou verificar-se, igualmente, uma violação ao artigo 101.º do TFUE, uma vez que o Regulamento

17 P. 39 da Sentença.

18 P. 40 da Sentença.

19 P. 41 da Sentença.

20 De acordo com a fundamentação da Sentença, “[...] na medida em que a Ordem dos TOC estipula a obrigatoriedade de obtenção por todos os TOC de uma média anual de 35 créditos em formação por ela promovida ou aprovada, sendo 12 créditos anuais em formação exclusivamente por si ministrada e que a própria decide quem são as entidades que podem ministrar a formação, e quais as formações que atribuem créditos está, obviamente, a interferir com o regular funcionamento do mercado, influenciando a formação da oferta e da procura, (sendo que o fator ‘atribuição de créditos’ é decisivo neste binómio oferta/procura), ou seja, está a adotar um comportamento que provoca distorções no mercado. E comprehende-se bem porquê. A definição daqueles que podem, *a priori*, entrar no mercado e em que termos podem nele agir constitui desde logo uma limitação ao funcionamento do mercado, vinculando [p. 45] os agentes económicos a solicitar uma prévia aprovação por parte da Ordem dos TOC, não permitindo o livre jogo da oferta e da procura. A limitação introduzida pelo Regulamento da Formação de Créditos permite que se reforcem os obstáculos à entrada de novos concorrentes no mercado, uma vez que só podem concorrer depois de aprovados pela Ordem dos TOC e nesse mercado apenas podem ministrar formação por ela aprovada e de duração superior a 16h, estando-lhes vedada a parcela do mercado equivalente a formação de duração inferior. Desde logo, a ausência da limitação temporal das ações de formação permitiria que os agentes concorressem com total liberdade, podendo os consumidores escolher o agente que propusesse o produto (ação de formação) mais adequado às suas necessidades em termos de temática, de duração, de preço, etc. [...] Acresce ainda a circunstância de a própria Ordem dos TOC estar no mercado, ao lado das entidades que a própria decidiu estarem aptas a dar formação aos TOC, dando formação de conteúdo idêntico ao daquelas entidades (ver facto provado em 91.) e de duração igual ou inferior (mormente inferior a 16h) e, por essa razão (eventualmente) mais adequado às necessidades e disponibilidades dos TOC e sempre, garantidamente, atributiva dos créditos exigidos por determinação da mesma Ordem [p. 46]. [...] a Ordem dos TOC é a única entidade formadora, a nível nacional que pode ministrar formação profissional e institucional (de duração inferior a 16h) e sem limitação de conteúdos e a única habilitada a conferir os 12 créditos anualmente exigidos a todos os TOC para o exercício da profissão, sendo ainda a entidade competente para certificar as demais que se proponham entrar no mercado e para aprovar as concretas ações de formação por elas propostas. Assim, no mercado de formação dirigida aos TOC, a Ordem dos TOC tem uma posição dominante, posição essa que se verifica em todo o território nacional” [p. 58 da Sentença].

de Formação de Créditos abrange todo o território de um Estado-Membro. Em consequência, o Regulamento é suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros na aceção do artigo 81.º do Tratado, uma vez que dificulta o acesso de outros prestadores ao mercado português de formação de TOC, restringindo o exercício da atividade nesta área. Para o TCL, não ficou demonstrado que as restrições contidas no Regulamento sejam necessárias para a boa prossecução dos interesses dos TOC ou ao bom exercício da sua profissão²¹.

A OTOC interpôs recurso desta Sentença para o TRL, através do qual pediu que fossem dirigidas ao TJUE várias questões prejudiciais sobre a interpretação e aplicação dos artigos 56.º²² e 101.º do TFUE a este caso.

O TRL deferiu o pedido da OTOC e, ao abrigo do artigo 267.º do TFUE²³, formulou ao TJUE as seguintes quatro questões prejudiciais²⁴:

“1.ª Se uma entidade como a OTOC deve ser considerada no seu conjunto, como uma associação de empresas para efeitos da aplicação das normas comunitárias sobre concorrência (mercado da formação)? Nesse caso, há que interpretar o atual artigo 101.º, n.º 2, do TFUE, no sentido de que também está sujeita a essas normas uma entidade que, tal como a OTOC, adota regras vinculativas de aplicação geral e em desenvolvimento de exigências legais, relativas à formação obrigatória dos TOCs, com a finalidade de assegurar aos cidadãos um serviço credível e de qualidade?

2.ª Se uma entidade como a OTOC tiver por imposição legal a necessidade de executar um sistema de formação obrigatória para os seus membros, o atual artigo 101.º, do TFUE, pode ser interpretado no sentido de permitir pôr em causa a criação de um sistema de formação legalmente exigido por parte da OTOC e do Regulamento que o materializou, na parte em que se limita a dar tradução estritamente

21 P. 64 da Sentença.

22 O artigo 56.º do TFUE estipula que as restrições à livre prestação de serviços na União serão proibidas em relação aos nacionais dos Estados-Membros estabelecidos num Estado-Membro que não seja o do destinatário da prestação.

23 Nos termos do artigo 267.º do TFUE, o TJUE é competente para decidir, a título prejudicial, sobre a interpretação dos Tratados e sobre a validade e a interpretação dos atos adotados pelas instituições, órgãos ou organismos da União. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada perante qualquer órgão jurisdicional de um dos Estados-Membros, esse órgão pode, se considerar que uma decisão sobre essa questão é necessária ao julgamento da causa, pedir ao Tribunal que sobre ela se pronuncie. Sempre que uma questão desta natureza seja suscitada em processo pendente perante um órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam suscetíveis de recurso judicial previsto no direito interno, esse órgão é obrigado a submeter uma questão ao Tribunal.

24 A formulação das três primeiras Questões Prejudiciais corresponde à formulação enunciada pela OTOC, tendo o TRL aditado uma quarta Questão Prejudicial.

vinculada à exigência legal? Ou, pelo contrário, tal matéria escapa ao âmbito do artigo 101.º, e deve ser apreciada em sede dos atuais artigos 56.º e sgs. do TFUE?

3.ª Tendo em conta que no acórdão Wouters, bem como em acórdãos semelhantes, estava em causa a regulamentação com influência na atividade económica dos profissionais membros da ordem profissional em questão, os atuais artigos 101.º e 102.º, do TFUE, opõem-se a uma regulamentação em matéria de formação do TOC que não tem influência direta na atividade económica daqueles profissionais?

4.ª Se, à luz do direito da concorrência (no mercado da formação) da União, uma Ordem Profissional pode exigir, para o exercício dessa profissão, determinada formação que só ela ministra?

O TRL reenviou os autos do processo ao TJUE, pedindo a decisão prejudicial sobre as mencionadas Questões. No decurso do processo de decisão prejudicial, a tramitar no TJUE²⁵, foram apresentadas Observações escritas pela Comissão Europeia, Ministério Público português junto do TRL, OTOC, Governo português, Itália, Polónia e Holanda. Realizou-se posteriormente audiência oral de julgamento²⁶, tendo o TJUE, subsequentemente, proferido Acórdão.

Relativamente à Segunda Questão Prejudicial, o TJUE considerou que a interpretação do artigo 56.º do TFUE não tem relação com o objeto do litígio, pelo que as respostas deste Tribunal incidiram sobre a Primeira e Terceira Questão (que o Tribunal entendeu merecerem resposta conjunta) e sobre a Quarta Questão.

À Primeira e Terceira Questões Prejudiciais, respondeu o TJUE o seguinte:

“Um regulamento como o Regulamento da Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a Ordem dos TOC, deve ser considerado uma decisão tomada por uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º, n.º 1, do TFUE. A circunstância de uma ordem profissional como a Ordem dos TOC ser legalmente obrigada a instituir um sistema de formação destinado aos seus membros não é suscetível de subtrair ao âmbito de aplicação do artigo 101.º do TFUE as normas aprovadas por esta ordem profissional, desde que estas sejam imputáveis exclusivamente a esta última. A circunstância de estas normas não terem uma influência direta na atividade económica dos membros da referida ordem profissional não afeta a aplicação do artigo 101.º do TFUE, uma vez que a infração imputada à mesma ordem profissional diz respeito a um mercado no qual ela própria exerce uma atividade económica”.

25 Proc. C-1/12.

26 Com a composição de cinco juízes.

A resposta à Quarta Questão Prejudicial foi a seguinte: “[u]m regulamento que institui um sistema de formação obrigatória dos TOC a fim de garantir a qualidade dos serviços prestados por estes, como o Regulamento de Formação de Créditos, adotado por uma ordem profissional como a Ordem dos TOC, constitui uma restrição da concorrência proibida pelo artigo 101.º do TFUE, na medida em que, o que cabe ao órgão jurisdicional de reenvio verificar, elimine a concorrência numa parte substancial do mercado relevante, em proveito dessa ordem profissional, e imponha na outra parte desse mercado condições discriminatórias em detrimento dos concorrentes da referida ordem profissional”.

Tendo o Acórdão do TJUE sido remetido ao TRL, coube a este Tribunal apreciar o recurso interposto pela OTOC.

3. A fundamentação do Acórdão do TRL

O TRL identificou, como questões a apreciar, as suscitadas pela OTOC no respetivo recurso²⁷. Essas questões eram as seguintes: saber se a OTOC configura uma associação de empresas, estando sujeita ao regime da concorrência; saber se a aprovação do Regulamento de Formação de Créditos configura uma decisão de associação de empresas; qual o mercado relevante; saber se a decisão tomada tem por objeto ou como efeito impedir, falsear ou restringir a concorrência no todo ou em parte do mercado definido e se tal sucede de forma sensível; saber se os artigos 101.º, n.º 3 e 106.º do TFUE são aplicáveis à OTOC; qual a natureza da OTOC e o regime jurídico que lhe é aplicável; a competência do TCL para decidir a impugnação da decisão condenatória da AdC; a medida da coima aplicada pelo TCL.

O TRL tomou em consideração o Acórdão do TJUE, sendo de notar que as decisões sobre questões prejudiciais proferidas pelo TJUE são vinculativas para o órgão nacional de reenvio²⁸. Desta forma, o juiz nacional não pode adotar interpretação do Direito da União diferente à interpretação fixada pelo TJUE na decisão prejudicial²⁹, de modo a alcançar o objetivo da interpretação uniforme do Direito da União.

27 P. 54 do Acórdão.

28 Veja-se, entre outros, o Acórdão do TJUE de 14.12.2000, *Fazenda Pública e Câmara Municipal do Porto*, proc. C-446/98, no qual se afirma que o juiz nacional fica vinculado pela decisão do Tribunal de Justiça quando profere a decisão final no litígio no processo principal (considerando 50).

29 Neste sentido, João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos, *Manual de Direito Comunitário*, Coimbra, Coimbra Editora, 5.ª edição, 2007, p.438.

Como assinala o TRL, o TJUE, ao responder às questões prejudiciais, veio claramente afirmar que o Regulamento de Formação de Créditos deve ser considerado uma decisão tomada por uma associação de empresas na aceção do artigo 101.º do TFUE³⁰, sendo-lhe esta disposição aplicável uma vez que as normas aprovadas por esta ordem profissional são imputáveis exclusivamente a esta última, não decorrendo de nenhuma exigência legal, mas apenas da vontade da OTOC³¹. Segundo o TJUE, o poder regulamentar da OTOC não está sujeito a critérios que a vinculem quando esta adote atos como o Regulamento de Formação de Créditos, como resulta dos estatutos da OTOC³². Desta forma, as regras estabelecidas pela OTOC quanto a este sistema de formação não decorrem impositivamente do Estatuto desta Ordem, mas apenas do Regulamento, adotado pela OTOC sem a intervenção ou poder de decisão, em última instância, do Estado³³.

Por conseguinte, a OTOC tem uma ampla margem de apreciação quanto às modalidades que o sistema de formação obrigatória permanente deve obedecer.

A circunstância de a OTOC, enquanto ordem profissional, não prosseguir fins lucrativos não impede que seja considerada uma empresa³⁴, uma vez que a oferta de serviços correspondentes está em concorrência com a de outros operadores que prosseguem fins lucrativos³⁵. Salienta o TRL que a jurisprudência nacional – Acórdãos do TRL de 5.7.2007, processo n.º 8638/06-9; e de 22.11.2007, processo n.º 5352/07-9, confirmativas das Sentenças da primeira

30 Em sentido concordante com a jurisprudência anterior do TJUE, nomeadamente, Acórdão de 18.6.1998, *Comissão contra Itália*, processo C-35/96M; Acórdão de 23.4.1991, *Höfner e Elser*, processo C-41/90; Acórdão de 16.11.1995, *Fédération française des sociétés d'assurance e outros*, processo C-244/94; Acórdão de 11.12.1997, *Job Centre II*, processo C-55/96; Acórdão de 16.12.1975, *Suiker Unie e outros/Comissão*, processos C-40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73.

31 Também em sentido concordante com os Acórdãos de 19.2.2002, *Wouters*, processo C-309/99; de 30.1.1985, *BNIC-Clair*, processo C-123/83; de 12.9.2000, *Pavlov*, processos C-180/98 a C-184/98.

32 Os Estatutos da OTOC foram aprovados pelo Decreto-Lei n.º 310/2009, de 26.10.

33 Sobre este ponto, têm interesse os Acórdãos de 11.9.2003, *Altair Chimica e ENEL*, processo C-207/01 (no seguimento do Acórdão de 11.11.1997, *Comissão e França/Landbroke Racing*, processo C-359/95 e C-379/95); de 17.11.1993, *Reiff*, processo C-185/91; de 9.6.1994, *Delta Schiffahrts*, processo C-153/93; de 5.10.1995, *Centro Servizi Spediporto*, processo C-96/94; e *Comissão/Itália e Wouters*, acima referenciados.

34 Vejam-se os Acórdãos de 16.11.1995, *Fédération française des sociétés d'assurance*, processo C-244/94; de 21.9.1999, *Albany*, processo C-67/96; de 8.11.1983, *IAZ International Belgium*, processo C-96/82; de 18.12.2008, *Coop. de France bétail et viande (FNCBV)*, processo C-101/07 P; de 28.3.2001, *Instituto dos Mandatários Reconhecidos pelo Instituto Europeu de Patentes/Comissão*, processo T-144/99; de 8.11.1983, *IAZ International Belgium*, processo C-96/82; e Acórdão *Pavlov*, acima referenciado.

35 Repare-se, no entanto, que como indicado na Decisão da AdC, a formação ministrada pela OTOC aos TOC é remunerada por estes.

instância — se havia já pronunciado no sentido de que o regime jurídico da concorrência se aplica ao exercício do poder regulamentar das ordens profissionais enquanto associações de empresas, independentemente de estas estarem dotadas de prerrogativas públicas e de terem por fim estatutário a representação dos interesses dos associados³⁶. O TRL sublinha que o TJUE entendeu que a infração imputada à OTOC diz respeito a um mercado no qual ela própria exerce uma atividade económica³⁷.

Indica o TRL³⁸ que, em consequência, o artigo 50.º da Lei n.º 18/2003³⁹ é diretamente aplicável ao caso em apreço, e não por analogia, uma vez que o caráter de pessoa coletiva de direito público não subtrai a OTOC às regras de concorrência. Desta forma, não se verifica qualquer violação da reserva de competência da jurisdição administrativa, prevista no artigo 212.º, n.º 3, da CRP, sendo o TCL materialmente competente para conhecer do dissídio, enquanto atinente às regras da concorrência⁴⁰. Conclui o TRL que não se verificou qualquer inconstitucionalidade de substância ou decorrente da interpretação do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003 pelo TCL.

Com vista a apreciar o objeto ou efeito restritivo da concorrência do Regulamento de Formação de Créditos, o TRL referiu-se à resposta dada pelo TJUE à Quinta Questão Prejudicial, passando a verificar, como determinado pelo TJUE, se o Regulamento elimina a concorrência numa parte substancial do mercado relevante, em proveito da OTOC, e se impõe, na outra parte desse mercado, condições discriminatórias em detrimento dos concorrentes desta Ordem. O TJUE, para este efeito, mandou atentar na estrutura do mercado

36 Este entendimento encontra-se espelhado nos Acórdãos *Comissão/Itália*, *Wouters, Pavlov e BNIC/Clair*, todos supra referenciados; de 5.10.1995, *Centro Servizi Spediparto*, processo 96/94; de 9.9.2003, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, processo C-198/01 (segundo Acórdãos de 29.10.1980, *Van Landewyck e o./Comissão*, C-209/78 a 215/78 e 218/78; *Comissão/Itália*, supra referenciado, e Acórdão de 10.12.1985, *Stichting Sigarettenindustrie e outros/Comissão*, processos C-240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 e 269/82); de 19.2.2002, *Arduino*, processo C-35/99.

37 Com relevância para este ponto, vejam-se os Acórdãos de 10.1.2006, *Cassa di Risparmio di Firenze e outros*, processo C-222/04; e de 1.7.2008, *MOTOE*, processo C-49/07.

38 P. 73 do Acórdão.

39 O artigo 50.º da Lei n.º 18/2003, com a epígrafe “Tribunal competente e efeitos” estipula, no n.º 1, que “[d]as decisões proferidas pela Autoridade que determinem a aplicação de coimas ou de outras sanções previstas na lei cabe recurso para o Tribunal de Comércio de Lisboa, com efeito suspensivo”. O n.º 2 desta norma estabelece que “[d]as demais decisões, despachos ou outras medidas adotadas pela Autoridade cabe recurso para o mesmo Tribunal, com efeito meramente devolutivo [...]”.

40 Saliente o TRL que tal já havia sido confirmado pelo Acórdão do TRL de 22.11.2007 e pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2009, de 3.12.2009.

de formação obrigatória dos TOC, designadamente, nos tipos de formação contemplados, nos organismos autorizados a ministrá-la e na duração das ações de formação.

O TRL desenvolve o seguinte raciocínio⁴¹:

O Regulamento estipula dois tipos de formação, a institucional e a profissional. Sucedeu que a primeira daquelas é exclusivamente ministrada pela OTOC (com ações de formação de duração inferior a 16 horas), tendo os TOC que alcançar 12 créditos anuais neste tipo de formação. Na formação profissional, é a OTOC quem estabelece as condições de acesso ao mercado, sendo os organismos formadores candidatos sujeitos a inscrição prévia e obrigatória na OTOC (sendo a aceitação ou recusa exclusivamente dependente da OTOC). Estas entidades estão ainda sujeitas a um pedido de homologação das ações de formação (obrigação que não impende sobre a OTOC), informando previamente a OTOC do objeto e conteúdo programáticos, com uma precedência de 3 meses (o que pode impedir a atualidade da formação). Esta informação permite à OTOC tomar previamente conhecimento sobre o que pretendem realizar as outras entidades formadoras, sendo que a situação inversa não se verifica. Acresce que, em regra, as ações de formação profissional têm de ter uma duração superior a 16 horas. Não existe um limite mínimo de créditos a que os TOC estejam obrigados a obter na formação profissional pelo que, atendendo à regra da duração das diferentes formações, e de a formação institucional poder abranger igualmente conteúdos profissionais (*v.g.* desenvolvimentos legislativos), tal pode levar a que os TOC possam obter os 35 créditos necessários exclusivamente em ações de formação institucional. Assim, fica demonstrado que existe permutabilidade entre os dois tipos de formação, pelo que esta distinção não se justifica, até porque o Regulamento destina à OTOC uma parte substancial do mercado de formação obrigatória, onde, para além de concorrer com outras entidades, reserva para si parte substancial da mesma. Deste modo, as restrições de concorrência impostas pelo Regulamento vão além do necessário para garantir o cumprimento da missão estatutariamente confiada à OTOC⁴². O controlo exercido pela OTOC relativamente às entidades candidatas, à formação e às ações por estas propostas, não se encontra organizado com base em critérios claramente definidos, transparentes, não

41 Pp. 74 a 76.

42 No seguimento de orientação fixada, nomeadamente, nos Acordões de 10.12.1991, *Merci convenzionali porto di Genova*, processo C-179/90 e de 19.5.1993, *Corbeau*, processo C-320/91.

discriminatórios, controláveis e suscetíveis de garantir às entidades, candidatas a dar formação, um acesso igual ao mercado em causa. Ou seja, para além de concorrer no mercado formador (onde se autoatribui o exclusivo de cerca de 1/3), a OTOC decide discricionariamente quem com ela pode concorrer, toma conhecimento prévio da oferta alheia e pode impedir a atualidade da formação proposta pelas suas concorrentes ao erigir uma antecedência mínima de 3 meses⁴³, sendo que em regra a duração das ações de formação é diferenciada.

O número de inscrições na OTOC não releva verdadeiramente na situação em apreço, em face da obrigatoriedade daquela. Conclui o TRL que o Regulamento constitui uma violação de concorrência proibida pelo artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e do 101.º do TFUE, na medida em que, pelos motivos acima expostos, elimina a concorrência numa parte substancial do mercado relevante em proveito da OTOC e impõe na outra parte desse mercado condições discriminatórias em detrimento dos concorrentes da referida Ordem profissional.

No que respeita ao mercado relevante, o TRL afirma⁴⁴ que este corresponde a todo o território nacional. O artigo 101.º do TFUE abrange quer os efeitos atuais quer os potenciais do Regulamento, pelo que deve ser considerada não apenas a produção pretérita ou atual de efeitos nefastos do Regulamento, na concorrência no mercado interno, como também a possibilidade de esse risco se verificar no futuro. O TRL salienta ser necessário não olvidar que a contrarordenação ao artigo 4.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, exige apenas o mero perigo concreto e não o resultado.

Também por estes motivos, o TRL entendeu verificar-se uma infração ao artigo 101.º do TFUE⁴⁵, uma vez que aplicando-se ao conjunto do território nacional, o Regulamento é suscetível de afetar o comércio entre Estados-Membros⁴⁶. Acrescenta o TRL que as condições de acesso ao mercado de formação obrigatória dos TOC impostas pelo Regulamento são suscetíveis de ter uma importância não despicienda na escolha das empresas estabelecidas em Estados-Membros diferentes da República Portuguesa de exercer, ou não, as suas atividades neste último Estado-Membro, como indicado pelo TJUE.

43 Para as ações de formação propostas pelas suas concorrentes.

44 Pp. 76 e 77.

45 Pp. 76 e 77.

46 Acórdão *Comissão/Itália*, supra referenciado; Acórdãos de 17.10.1972, *Vereeniging van Cementhandelaren/Comissão*, processo C-8/72; e de 11.7.1985, *Remia/Comissão*, processo C-42/84.

O TRL rejeitou a tese da OTOC⁴⁷ no sentido de que esta pudesse beneficiar da isenção prevista no n.º 3 do artigo 101.º do TFUE⁴⁸ e da aplicabilidade do n.º 2 do artigo 106.º, também do TFUE⁴⁹, como estabelecido pelo TJUE no mencionado Acórdão proferido em sede de reenvio prejudicial. Finalmente, o TRL manteve o montante da coima fixada pelo TCL.

Desta forma, o TRL negou provimento ao recurso interposto pela OTOC, confirmando na totalidade a Sentença do TCL.

Deste Acórdão foi interposto, pela OTOC, recurso para o TC. Na perspectiva da OTOC, estando em causa a decisão de uma pessoa coletiva de Direito Público, não se aplica diretamente a Lei n.º 18/2003, pelo que a competência para a apreciação deste dissídio não pode ser de um tribunal comercial, que tem competência excepcional em relação à competência dos tribunais administrativos. Em consequência, segundo a OTOC, o artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 não é suscetível de aplicação analógica, pelo que interpretação diversa desta norma será inconstitucional por violação da reserva de jurisdição administrativa.

4. A fundamentação da Decisão Sumária do TC

O TC decidiu não conhecer o objeto do recurso interposto pela OTOC por não estarem preenchidos todos os requisitos cumulativos de admissibilidade do recurso⁵⁰ quanto às duas questões enunciadas pela OTOC do seguinte modo: (i) da aplicabilidade do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, e consequente competência dos Tribunais de Comércio, a uma pessoa coletiva pública sem que conste da lei em causa menção expressa dessa aplicação, por violação do

47 Pp. 77 a 79.

48 Segundo esta norma, as disposições do n.º 1 (ou seja, o acima transrito n.º 1 deste artigo do TFUE) podem ser declaradas inaplicáveis a quaisquer acordos, decisões de empresas ou práticas concertadas que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro dali resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

49 Nos termos desta disposição, as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto nos Tratados, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afetado de maneira que contrarie os interesses da União.

50 Previstos nos artigos 70.º e 72.º da Lei do Tribunal Constitucional.

artigo 212.º, n.º 3, da CRP, e da certeza que é necessária quanto às exceções à jurisdição administrativa, matéria de reserva de lei; (ii) da interpretação do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003, no sentido de dele se extrair uma norma que atribua competência aos Tribunais de Comércio mesmo em matéria de anulação/nulidade de atos de administração, *maxime* de regulamentos administrativos, por violação do artigo 212.º, n.º 3, da CRP e desfiguração do modelo típico da jurisdição administrativa.

Relativamente à primeira questão, o TC entendeu que a questão enunciada pela OTOC não corresponde à razão pela qual o TRL não considerou inconstitucional a atribuição de competência ao TCL para o conhecimento do recurso interposto pela OTOC, não obstante estar em causa uma pessoa coletiva pública. Salienta o TC que a aplicação do artigo 50.º, n.º 1, da Lei n.º 18/2003 pelo TRL decorre da prévia subsunção do ato da recorrente (no caso, a aprovação e aplicação do Regulamento de Formação de Créditos) à previsão legal do artigo 2.^o⁵¹ e 3.^o⁵² da mesma lei. Na verdade, para o TRL, a OTOC é considerada uma empresa e a atuação da OTOC, consistente na aprovação e aplicação do Regulamento de Formação de Créditos, situa-se fora do exercício de prerrogativas típicas de poder público. Desta forma, a aplicação da Lei n.º 18/2003 à OTOC decorre, em primeira linha, da subsunção desta entidade e da sua concreta atuação aos mencionados artigos 2.º e 3.º da mesma lei. A aplicação do artigo 50.º da mencionada lei constitui, assim, corolário da operação interpretativa prévia quanto à aplicação dos artigos 2.º e 3.º da lei. Acrescenta o TC que, ainda que se considerasse que a questão da constitucionalidade se pudesse cingir à convocação do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003, seria de concluir que o sentido normativo útil desta questão já foi tratado no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 632/2009, pelo qual foi expressa a orientação de que o TCL é competente para conhecer do recurso

51 Esta norma, que tem como epígrafe “Noção de empresa”, estabelece, no n.º 1, que considera-se empresa, para efeitos da presente lei, qualquer entidade que exerça uma atividade económica que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo de funcionamento.

52 O artigo 3.º, com a epígrafe “Serviços de interesse económico geral”, estipula, no n.º 1, que as empresas públicas e as empresas a quem o Estado tenha concedido direitos especiais ou exclusivos encontram-se abrangidas pelo disposto na presente lei, sem prejuízo do disposto no n.º 2 da mesma norma. O n.º 2 estabelece que as empresas encarregadas por lei da gestão de serviços de interesse económico geral ou que tenham a natureza de monopólio legal ficam submetidas ao disposto na Lei n.º 18/2003, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada.

interposto por uma entidade pública da decisão que a condenou pela prática de uma infração jus-concorrencial.

Relativamente à segunda questão invocada pela OTOC, afirma o TC que a declaração de nulidade das normas controvertidas do Regulamento de Formação de Créditos não resulta do artigo 50.º, da Lei n.º 18/2003 mas sim dos artigos 4.º, n.º 2, da Lei n.º 18/2003 e 81.º, n.º 2, do Tratado. Assim, segundo o TC, o enunciado da questão não coincide com a *ratio decidendi* do Acórdão do TRL, que assenta na interpretação conjugada de vários preceitos e não apenas do artigo 50.º da Lei n.º 18/2003.

5. Conclusão

O Acórdão do TRL veio confirmar a aplicação das regras de concorrência às ordens profissionais, independentemente de estas entidades estarem dotadas de prerrogativas públicas e de prosseguirem o fim, legalmente atribuído, da representação dos interesses dos associados. Mais ainda, no caso em apreço, foi confirmado que a decisão da OTOC, enquanto decisão de associação de empresas, afetava as condições de concorrência na medida em que excluía concorrentes da OTOC, no mercado por esta criado. O TRL aplicou ao caso concreto as orientações fixadas pelo TJUE sobre a interpretação do artigo 101.º do TFUE no mencionado Acórdão, proferido em sede de reenvio prejudicial, pelo qual este Tribunal se pronunciou, pela primeira vez, sobre uma decisão adotada pela AdC, constituindo, assim, um importantíssimo marco de referência na aplicação daquela norma do Tratado. A interpretação desenvolvida pelo TJUE e seguida pelo TRL incidiu não só sobre os termos em que o artigo 101.º do TFUE se aplica a entidades como a OTOC e às atividades concretamente desenvolvidas por estas, como também sobre a densificação dos elementos da infração jusconcorrencial tipificada no artigo 4.º da Lei n.º 18/2003, uma vez que esta norma transpõe, para a ordem jurídica nacional, o disposto no artigo 101.º do TFUE. A Decisão Sumária do TC confirmou a não constitucionalidade da norma (ou interpretação desta) que atribuiu ao TCL, e não a um tribunal administrativo, a competência para apreciar matérias jusconcorrenenciais, independentemente do estatuto de Direito Público das entidades arguidas. As orientações expostas no Acórdão do TRL (que incorporam o entendimento sobre o Direito da União expresso no Acórdão do TJUE) e na Decisão Sumária do TC mantêm a atualidade face ao novo regime jurídico da concorrência, aprovado pela Lei n.º 19/2012. No que respeita à infração jusconcorrencial em análise nestas decisões, não

se verificam diferenças entre o artigo 4.º da Lei n.º 18/2003 e o artigo 9.º da Lei n.º 19/2012. Quanto à competência de outros tribunais, que não os administrativos, para julgar dos recursos interpostos por entidades públicas de decisões condenatórias da AdC por infrações jus-concorrenciais, o artigo 88.º da Lei n.º 19/2012 estabelece (revogando o artigo 50.º da Lei n.º 18/2003) que o Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão conhece dos recursos interpostos das decisões em que tenha sido fixada pela AdC uma coima ou uma sanção pecuniária compulsória. Assim, a competência do TCL foi transferida para aquele tribunal especializado, e não para um tribunal administrativo, motivo pelo qual, em nossa opinião, as razões pelas quais o TC confirmou a competência de um tribunal não administrativo para apreciar a questão controvertida no presente caso mantêm a atualidade à luz da Lei n.º 19/2012.

JURISPRUDÊNCIA GERAL

JURISPRUDÊNCIA NACIONAL DE CONCORRÊNCIA – OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2013

elaborado por André Forte

Sentença do Tribunal Administrativo e Fiscal do Porto (Unidade Orgânica 5) de 05.11.2013, proferida no âmbito do Processo n.º 1297/12.9BEPRT (ação administrativa comum – forma ordinária).

Autor: Lactogal – Produtos Alimentares, S.A.

Sumário: julga o Tribunal materialmente incompetente para apreciar e decidir a pretensão formulada pela Autora e absolve a Ré da instância. Condena a Autora em custas.

Normas relevantes: arts. 53.º e 54.º da LdC; art. 38.º dos Estatutos da AdC, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 10/2003, de 18 de janeiro; art. 1.º do Decreto-Lei n.º 67/2012, de 20 de março; art. 140.º do CPA; arts. 1.º, 13.º, 37.º, 42.º e 192.º do CPTA; arts. 96.º, 99.º, 278.º, 576.º e 577.º do CPC; art. 212.º da CRP.

Sentença do Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão (1.º Juízo) de 25.11.2013, proferida no âmbito do Processo n.º 88/12.1YUSTR (recurso de decisão da Autoridade da Concorrência – contraordenação).

Recorrentes: EUREST (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes, Lda.; GERTAL – Companhia Geral de Restaurantes e Alimentação, S.A.; ICA – Indústria e Comércio Alimentar, S.A.; ITAU – Instituto Técnico de Alimentação Humana, S.A.; NORDIGAL – Indústria de Transformação Alimentar, S.A.; TRIVALOR – Sociedade Gestora de Participações Sociais, S.A.; UNISELF – Gestão e Exploração de Restaurantes de Empresas, Lda.; SODEXO PORTUGAL – Restauração e Serviços, S.A.; José Luís Silvestre Cordeiro; Manuel António Ribeiro Sevinate de Sousa; Carlos Alberto dos Santos Martins Moura; Mateus da Silva Alves; Cecília Maria Andrade Grilo Silva.

Sumário: determina a correção da sentença de 19.07.2013 que, por lapso resultante de processamento informático do texto, é omissa quanto às conclusões constantes da impugnação judicial apresentada por SODEXO PORTUGAL – Restauração e Serviços, S.A. e Cecília Maria Andrade Grilo Silva, transcrevendo as conclusões apresentadas por todos os demais arguidos.

Normas relevantes: art. 41.º do RGIMOS; arts. 374.º e 380.º do CPP.

Decisão Sumária do Tribunal Constitucional (3.ª Secção) de 12.12.2013, proferida no âmbito do Processo n.º 1238/13 (recurso).

Recorrente: ANEPE – Associação Nacional de Empresas de Parques de Estacionamento.

Sumário: decide não conhecer do objeto do recurso, atenta a demonstrada não verificação de um dos pressupostos de admissibilidade do mesmo, já que em nenhum momento foi convocado o entendimento plasmado na questão enunciada pela Recorrente, sendo manifesto que a mesma não integra a ratio decidendi da decisão recorrida. Condena a Recorrente nas custas.

Normas relevantes: arts. 70.º e 78.º-A da LTC.

JURISPRUDÊNCIA DE CONCORRÊNCIA DA UNIÃO EUROPEIA – OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2013

elaborado por Fernando Pereira Ricardo

Abusos de posição dominante

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-327/12.

Partes: *Ministero dello Sviluppo económico e o./SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA*.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.10.2013, proferido no âmbito do Processo T-432/10.

Partes: *Vivendi*/Comissão.

Acordos, decisões de associações de empresas e práticas concertadas

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-586/12 P.

Partes: *Koninklijke Wegenbouw Stevin BV*/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-239/11 P, C489/11 P e C-498/11 P.

Partes: *Siemens AG* e o./Comissão.

Acórdão do Tribunal Geral de 13.12.2013, proferido no âmbito do Processo T-399/09.

Partes: *Holding Slovenske elektrarne d.o.o.* (HSE)/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-327/12.

Partes: *Ministero dello Sviluppo económico e o./SOA Nazionale Costruttori – Organismo di Attestazione SpA.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-455/11 P.

Partes: *Solvay SA/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-449/11 P.

Partes: *Solvay Solexis SpA/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-448/11 P.

Partes: *SNIA SpA/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-447/11 P.

Partes: *Caffaro Srl/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 05.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-446/11 P.

Partes: Comissão/*Edison SpA.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.2013, proferido no âmbito do Processo C-58/12 P.

Partes: *Groupe Gascogne SA./Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.2013, proferido no âmbito do Processo C-50/12 P.

Partes: *Kendrion NV/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26.11.2013, proferido no âmbito do Processo C-40/12 P.

Partes: *Gascogne Sack Deutschland GmbH/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.10.2013, proferido no âmbito do Processo C-510/11 P.

Partes: *Kone Oyj e o./Comissão.*

Auxílios de Estado

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-274/12 P.

Partes: *Telefónica SA/Comissão*.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-262/12.

Partes: *Association Vent De Colère! Fédération nationale e o./Ministre de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement e o.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-411/12.

Partes: Comissão/República Italiana.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-272/12 P.

Partes: Comissão/Irlanda.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-121/10.

Partes: Comissão/Conselho da União Europeia.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-118/10.

Partes: Comissão/Conselho da União Europeia.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-117/10.

Partes: Comissão/Conselho da União Europeia.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 04.12.2013, proferido no âmbito do Processo C-111/10.

Partes: Comissão/Conselho da União Europeia.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21.11.2013, proferido no âmbito do Processo C-284/12.

Partes: *Deutsche Lufthansa AG/Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.11.2013, proferido no âmbito do Processo T-570/08 RENV.

Partes: *Deutsche Post AG/Comissão*.

Acórdão do Tribunal Geral de 12.11.2013, proferido no âmbito do Processo T-499/10.

Partes: *MOL Magyar Olaj- és Gázipari Nyrt./Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 07.11.2013, proferido no âmbito do Processo C-587/12 P.

Partes: República Italiana/Comissão.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 07.11.2013, proferido no âmbito do Processo C-560/12 P.

Partes: *Wam Industriale SpA/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.10.2013, proferido no âmbito do Processo C-214/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P.

Partes: *Land Burgenland/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24.10.2013, proferido no âmbito do Processo C-77/12 P, C-215/12 P e C-223/12 P.

Partes: *Deutsche Post AG/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.10.2013, proferido no âmbito do Processo C-344/12.

Partes: Comissão/República Italiana.

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17.10.2013, proferido no âmbito do Processo C-263/12.

Partes: Comissão/Grécia.

Acórdão do Tribunal Geral de 16.10.2013, proferido no âmbito do Processo T-275/11.

Partes: *Télévision française 1 (TF1)/Comissão.*

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10.10.2013, proferido no âmbito do Processo C-353/12.

Partes: Comissão/República Italiana.

Concentrações de empresas

Acórdão do Tribunal Geral de 11.12.2013, proferido no âmbito do Processo T-79/12.

Partes: *Cisco Systems Inc e o./Comissão.*



BIBLIOGRAFIA

Recensão

Novidades Bibliográficas

RECENSÃO

Catherine Barnard, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 4.^a edição, Oxford University Press, Oxford, 2013 (704 páginas).

elaborado por Teresa Carvalho

O Autor

Catherine Sarah Barnard é Professora de Direito da União Europeia e Direito do Trabalho desde 2008 na Universidade de Cambridge – Trinity College, Cambridge, Reino Unido. Codiretora do CELS (*The Centre for European Legal Studies*) e *Jean Monnet Chair of European Law* (2002-2009), Catherine Barnard pertence à *Society of Legal Scholars* desde 1992; Membro da *Higher Education Academy* desde 2001 e Conselheira da *European Comission* relativamente à implementação de uma série de diretivas desde 1998, nomeadamente sobre temas laborais. Desempenhou também funções de Conselheira da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o trabalho em regime atípico (2006-2007) e Conselheira de projetos da OIT como o “Regularização do trabalho digno” em 2007. A Autora possui vasta experiência de ensino e escrita, sendo autora de múltiplas publicações nas suas áreas de especialidade.

Sinopse da obra e comentário

A obra versa fundamentalmente sobre a livre circulação de mercadorias, pessoas, serviços e capitais, colocando, simultaneamente, diversas e pertinentes questões sobre o papel da livre circulação no contexto das economias atuais, e analisando as questões paralelas sobre a importância do estímulo à livre circulação no seio da União Europeia. Recai, a título principal, sobre as relações comerciais internas da União Europeia e, em menor grau, é feito um exame sobre a entrada de produtores ou pessoas na União Europeia e respetivos impactos a nível económico-legal. Portanto, essencialmente a obra trata das relações internas comerciais entre Estados Membros e, a título complementar, das relações externas da União Europeia.

Ao analisar o objetivo final das políticas de incentivo ao comércio livre, Catherine Barnard elabora um exame detalhado de jurisprudência europeia sobre as questões suscitadas e relembrar obras de referência para este estudo como sejam o clássico *The Wealth of Nations* (A Riqueza das Nações) de Adam Smith.

O estilo de escrita da Autora é extremamente claro e envolvente e a discussão do tema das quatro liberdades é excepcionalmente completa, não deixando de ser cativante. Barnard pretende, através de uma análise crítica dos princípios fundamentais da lei substantiva da União Europeia, estender a visão do leitor em função de regras fundamentais do mercado interno europeu (livre circulação de bens, pessoas, serviços e capitais, informação e harmonização da legislação) e do método de elaboração dessas regras na ordem jurídica interna europeia.

Os pontos centrais em discussão são o funcionamento do mercado e a cooperação interestatal europeia. O exame das regras do mercado interno chama também a atenção do leitor para objetivos de outro tipo, como sejam os sociais, políticos, ambientais e proteção dos consumidores. As medidas “colaterais” que os Estados Membros procuram continuar a tomar e a incluir na legislação nacional são alvo de estudo e crítica.

No que concerne ao método utilizado por Barnard, considerando o papel central do Tribunal de Justiça da União Europeia no sistema jurídico da União Europeia, a Autora aponta ao longo de toda a obra a relevância dos princípios básicos do mercado interno que especificamente serão desvendados por meio da leitura de despachos do Tribunal de Justiça.

The Substantive Law of the EU é o recurso perfeito para obter uma compreensão profunda das quatro liberdades na legislação da União Europeia. Um Capítulo introdutório descreve o plano de fundo para a legislação da União Europeia nesta área: o papel da teoria do livre comércio, a evolução e expansão do mercado interno e os princípios fundamentais subjacentes a este processo, enquanto as secções posteriores fornecem uma análise detalhada das quatro liberdades, que compõem o núcleo do direito da União Europeia. Cada uma das liberdades é, antes, tratada singularmente, cobrindo mercadorias, pessoas, serviços e capitais, passando-se posteriormente para o futuro da harmonização e regulamentação do mercado interno.

A obra encontra-se organizada em cinco Partes, uma primeira Parte introdutória, já mencionada *supra*, onde o leitor consegue obter uma visão geral dos problemas que se colocam e um suporte espacial da matéria; segue-se uma Parte II onde é analisada com detalhe a livre circulação de mercadorias, e se incluem

análises de medidas fiscais e não fiscais, direitos aduaneiros, tributação interna dos Estados Membros e o tema da política comercial comum; uma Parte III agora sobre a livre circulação de pessoas e serviços e, a este propósito, circulação de trabalhadores, liberdade de estabelecimento, onde ainda se inclui o tema da Cidadania da União, que é algo que esta quarta edição acrescenta às edições anteriores; uma Parte IV sobre a livre circulação de capitais e, finalmente uma Parte V onde se pretende versar sobre a conclusão do mercado único.

A força motriz por detrás da União dos países da Europa foi a consolidação de um sistema pós-guerra, de cooperação e integração, que torna inconcebível um conflito armado entre Estados Europeus. Este objetivo foi promovido através de uma forte ênfase sobre o comércio livre interestadual, com todos os benefícios económicos que isso implica.

No que toca à livre circulação de mercadorias, a Comissão Europeia considerou que “é uma história de sucesso do projeto Europeu”¹. O núcleo das regras sobre esta matéria pode ser encontrado nos artigos 28.º e seguintes do TFUE. A partir da análise de Barnard podemos concluir que a livre circulação de mercadorias comporta uma dimensão interna e outra externa: produtos originários no seio da União Europeia gozam dos direitos de livre circulação entre os Estados Membros, enquanto os bens originários de fora da União apenas gozam de livre circulação após o pagamento da pauta aduaneira devida.

Quanto às medidas fiscais (direitos aduaneiros e de tributação interna), a Autora analisa que, nos primeiros dias da União, os entraves fiscais ao comércio dificultavam a criação de um mercado único. No entanto, com a realização do mercado interno, veio a abolição dos controlos aduaneiros e assim oportunidades para que os Estados passassem a exigir taxas, impostos e outros encargos diminuídos. No entanto, o artigo 30.º TFUE ainda mantém a sua importância.

A Autora faz ainda alusão à Política Comercial Comum (no texto, CCP), onde realça novamente o artigo 28.º e seguintes do TFUE e deixa claro que a união aduaneira também inclui o estabelecimento da pauta aduaneira comum, um elemento importante da política comercial comum, e assunto do Capítulo 7 desta obra. Este Capítulo tem como objetivo fornecer uma introdução a esta vasta e complexa área de Direito, com foco nos principais elementos da política comercial externa da União sobre a circulação de mercadorias dentro e fora da União. O Capítulo termina destacando a relação entre a política

¹ European Commission, *Free Movement of Goods: Guide to the application of Treaty provisions governing free movement of goods (Articles 28-30 EC/34-6 TFUE)* (the “Commission guide”) SEC (2009) 673, 7.

externa da União Europeia e outras áreas do direito comercial internacional através de um estudo da famosa “disputa das bananas”. A qual nos diz muito sobre as relações externas da União Europeia, demonstrando essencialmente as dificuldades de colocar em prática os objetivos de liberalização comercial previstos no artigo 206.^º do TFUE. O caso “bananas” demonstra, em termos concretos, que a política comercial comum é baseada em dois princípios: uniformidade e liberalização do comércio, que agora se complementam pelos princípios e objetivos da ação externa da União previstas no Capítulo 1. Estes dois princípios manifestam-se nas duas vertentes da CCP.

No Capítulo sobre a liberdade de circulação de pessoas e serviços, Barnard salienta que o direito das pessoas de circularem livremente de um Estado para outro é uma característica distintiva de um mercado comum. As disposições substantivas do Tratado de Roma original não forneceram, realmente, um direito geral de liberdade de circulação para todas as pessoas e empresas. No respeitante à livre circulação dos trabalhadores, na obra a Autora faz referência ao artigo 45.^º TFUE, que confere aos trabalhadores o direito de circular livremente em toda a União Europeia, procurando e/ou aceitando um emprego noutra Estado Membro nos mesmos termos e condições que os nacionais. A ideia original por trás daquele artigo foi a de permitir que os trabalhadores de Estados com altos níveis de desemprego se pudessem deslocar para outros Estados onde havia uma maior oferta de emprego.

No Capítulo concernente à liberdade de estabelecimento, Catherine Barnard refere que, embora as preocupações do artigo 45.^º TFUE sejam, particularmente, os trabalhadores, o artigo 49.^º do TFUE refere-se aos “trabalhadores independentes e empresas”. Ambos, os indivíduos e as empresas, têm o direito de aceder e exercer atividades noutra Estado Membro, sem discriminação. Neste Capítulo consideram-se as restrições ao acesso e exercício da liberdade de estabelecimento, em particular à luz da Diretiva Serviços 2006/123. São, ainda neste Capítulo, analisados os desenvolvimentos da jurisprudência sobre a liberdade de estabelecimento em relação aos indivíduos e às empresas.

Tal como previsto no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), nomeadamente nos artigos 26.^º (mercado interno), 49.^º a 55.^º (direito de estabelecimento) e artigos 56.^º a 62.^º (liberdade de prestação de serviços), e ainda reforçado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu, a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços garantem a mobilidade de empresas e profissionais na União Europeia. O comércio livre permite a especialização que, por sua vez, leva a economias de escala que maxi-

mizam o bem-estar dos consumidores e asseguram o uso mais eficiente dos recursos mundiais, como esclarece Catherine Barnard logo no Capítulo inicial respeitante à importância do comércio livre. No sentido de aumentar o exercício destas duas liberdades, as expectativas geradas pela Diretiva “Serviços”, adotada em 2006, são elevadas, uma vez que esta Diretiva se reveste de grande importância para a realização do mercado interno.

A obra aqui em análise teve um total de quatro edições, sendo uma primeira edição em 2004, a segunda em 2007, a terceira em 2010 e esta quarta edição em 2013. Importa detalhar que todas elas acrescentaram elementos e análises da maior importância para o tema em relação a edições anteriores e acompanharam a evolução do mesmo ao longo do período de tempo das sucessivas publicações; refira-se inclusive que a primeira edição tem apenas 549 páginas enquanto esta quarta edição tem já 704 páginas, onde, não tanto quantitativamente quanto qualitativamente, o tema foi enriquecido com análises aprofundadas, com complementos do maior interesse para o tema e acréscimos de jurisprudência e direito derivado que tornam ainda mais completo o estudo das quatro liberdades na União Europeia.

Especificamente esta quarta edição inova em relação à anterior em vários pontos, como sejam a análise da crise financeira, uma maior discussão sobre a Diretiva Serviços 2006/123, novos diagramas e representações gráficas ao longo dos Capítulos e um exame detalhado sobre a questão da cidadania europeia, onde se inclui o controverso caso da decisão *Ruiz Zambrano* (concessão de direito de residência ao abrigo do direito da União Europeia a um menor no território do Estado Membro de que é nacional, independentemente do seu exercício anterior do direito de livre circulação no território de qualquer outro Estado Membro).

Esta 4th edition, à semelhança das anteriores, contém ainda, complementarmente, uma extensa e rica tabela de legislação e uma outra de casos concretos, que são referidos ao longo do texto a propósito de temas diversos, às quais por diversas vezes se recorre dada a utilidade de fazer acompanhar esta excelente análise crítica de uma base de conhecimento de casos concretos e legislação. Estes “estudos” de casos concretos ajudam a desbloquear as “subtilezas” do direito da União Europeia, sendo para esse efeito também usados frequentemente diagramas e fluxogramas que ajudam o leitor a melhor compreender as áreas mais complexas de direito material. A presente obra possui ainda uma significativa referência à rápida evolução da jurisprudência sobre a Cidadania Europeia.

Ao longo dos 10 anos decorridos desde a sua primeira edição, a obra de Catherine Barnard rapidamente se estabeleceu como o livro de referência no tema das quatro liberdades. Em Portugal, particularmente, dada a escassez de monografias e de Livros² sobre a matéria das quatro liberdades, torna-se da maior importância recorrer a este manual de estudo e investigação de modo a aprofundar o conhecimento sobre o tema e servir de base a investigações académicas, e não só, sobre este tão importante tema, cada vez mais atual e cada vez mais abrangente.

² Numa análise mais resumida, cfr. as análises aos artigos relevantes do Tratado de Lisboa, em “Tratado de Lisboa anotado e comentado”, coord. Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio, Almedina, 2012.

NOVIDADES BIBLIOGRÁFICAS

– OUTUBRO A DEZEMBRO DE 2013

elaborado por Catarina Anastácio

CONCORRÊNCIA – ESTRANGEIRA

ALBERT A. FOER/RANDY M. STUTZ – *Private Enforcement of Antitrust Law in the United States: A Handbook*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

BERNARDO CORTESE – *EU Competition Law. Between Public and Private Enforcement*, New York: Wolters Kluwer Law & Business, 2013.

DARYL LIM – *Patent Misuse and Antitrust Law: Empirical, Doctrinal and Policy Perspectives*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

DAVID GERBER/CHARBIT NICOLAS/RAMUNDO ELISA – *Competition Law on the Global Stage: David Gerber's Global Competition Law in Perspective*, Institute of Competition Law, 2013.

ELIZABETH M. AVERY/SUSANA CABRERA/ETHAN LITWIN/ET AL. (eds.) – *The Essentials of Merger Review*, American Bar Association, 2013.

GÖTZ DRAUZ/MICHAEL REYNOLDS (eds.) – *EC MERGER CONTROL: A MAJOR REFORM IN PROGRESS*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

IOANNIS LIANOS/DAMIEN GERADIN – *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

IOANNIS LIANOS/DAMIEN GERADIN – *Handbook on European Competition Law: Substantive Aspects*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

MICHAEL FAURE/XINZHU ZHANG – *The Chinese Anti-Monopoly Law: New Developments and Empirical Evidence*, Cheltenham/Northampton: Edward Elgar Publishing, 2013.

T. RAMAPPA – *Competition Law in India: Policy, Issues, and Developments*, Oxford: Oxford University Press, 2013.

WILLIAM HOLMES – *ANTITRUST LAW HANDBOOK, 2013-2014*, New Jersey: Clark Boardman Callaghan, 2013.



EVENTOS

EVENTOS

elaborado por Cristina Camacho e Nazaré da Costa Cabral

AUTORIDADE DA CONCORRÊNCIA

ICN Advocacy Workshop

Roma, 12-13 de dezembro de 2013

O Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, participou no Advocacy Workshop da ICN – International Competition Network, organizado pela Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, a autoridade da concorrência de Itália.

O Presidente da AdC interveio como orador na Sessão Plenária 1 subordinada ao tema “Advocacy as a Driver for Change”, com uma intervenção dedicada à Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas da AdC, recentemente criada.

Mais informação disponível em:

<http://www.concorrencia.pt> e <http://www.agcm.it/convegni-e-seminari/6861-icn-workshop-2013.html>

3.ª Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência

Lisboa, 28-29 de novembro de 2013

O Presidente da Autoridade da Concorrência, António Ferreira Gomes, participou na Conferência Luso-Espanhola de Direito da Concorrência, organizada pelo Círculo dos Advogados Portugueses de Direito da Concorrência em colaboração com a Asociación Española de Defensa de la Competencia, que decorreu a 28 e 29 de novembro em Lisboa.

Além do Presidente da AdC, participaram também como oradores da AdC, Cristina Camacho, Chefe da Unidade de Relações Internacionais, no painel “Descentralização e aplicação uniforme do Direito da Concorrência”, Paulo Sousa Mendes, Diretor do Departamento de Práticas Restritivas, no painel “Processo e sanções”, Mariana Tavares, Chefe de Gabinete do Presidente, no painel “Fusão entre AC e AR: Será esta a solução mais eficiente?” e Miguel Moura e Silva, Diretor da Unidade Especial de Avaliação de Políticas Públicas, na Mesa Redonda “Autoridades de concorrência em tempo de crise”.

Mais informação disponível em:

<http://www.capdc.pt/conferencia-2013/>

Assinatura do Memorando de Entendimento entre a AdC e a SAIC – State Administration for Industry and Commerce da China

Lisboa (AdC), 15 de novembro de 2013

Em 15 de novembro de 2013, a AdC assinou um Memorando de Entendimento com a SAIC – State Administration for Industry and Commerce, uma das três autoridades com competência na área da concorrência da China.

O Memorando de Entendimento tem por objetivo promover e fortalecer a cooperação entre as duas Instituições em matéria de direito e política da concorrência, através do intercâmbio de informação e boas práticas, assim como de atividades de reforço de capacidade institucional.

O Memorando foi assinado em Lisboa pelo Vice-Ministro da SAIC, Sun Hongzhi, e pelo Presidente da AdC, António Ferreira Gomes.

Mais informação disponível em:

<http://www.concorrencia.pt>

INSTITUTO DE DIREITO ECONÓMICO, FINANCEIRO E FISCAL DA FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA (IDEFF)

Conferência “A Nova Lei-Quadro das Autoridades Reguladoras – Primeiras Reflexões e Perspetivas para o Futuro”

13 de Novembro de 2013, Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

Nesta Conferência, onde se analisaram os principais efeitos da aprovação da Lei n.º 67/2013, de 28 de agosto, foi possível contar com as intervenções de especialistas nacionais no domínio da concorrência e regulação, como João Confraria, Carlos Blanco de Moraes, Luís Silva Moraes, Miguel Moura e Silva, Nuno Cunha Rodrigues, Maria do Rosário Ramalho, Fernanda Maçãs, Sérgio Gonçalves do Cabo, Guilherme W. d’Oliveira Martins, Teresa Moreira, Eduardo Cabrita, Luís Menezes Leitão e Gonçalo Anastácio. Os tópicos tratados nos sucessivos painéis foram: Justificação para a adoção de um lei-quadro geral para as entidades reguladoras e conceito de entidade reguladora; Independência e transparência das autoridades reguladoras; Aplicação no tempo da nova Lei Quadro e suas consequências nos domínios funcional e laboral; Gestão financeira e patrimonial; Processo de criação, extinção, cisão ou fusão das Autoridades Reguladoras.

Conferência “Práticas Restritivas do Comércio – Evolução Nacional e Perspetiva Europeia”

17 de Janeiro de 2014, Auditório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

A Conferência abordou as alterações adotadas recentemente neste domínio, e suas consequências para a atividade comercial em Portugal, em geral, e para o sector agroalimentar, em especial. Tratou-se de uma iniciativa conjunta do IDEFF e da Centromarca – Associação Portuguesa de Empresas de Produtos de Marca. Na sessão de abertura estiveram José Diogo Albuquerque, Nuno Cunha Rodrigues e João Paulo Girbal. Depois, como oradores, estiveram António Ferreira Gomes (Presidente da AdC), An Renckens (Direção-Geral da Concorrência da Comissão Europeia) e Christinne Tacon (Reino Unido). Seguiu-se uma mesa redonda com as intervenções de Pedro Portugal Gaspar (Inspetor-Geral da ASAE), Eduardo Diniz (Diretor do GPP do Ministério da Agricultura), Gonçalo Anastácio (Advogado) e Miguel Sousa Ferro (Faculdade de Direito de Lisboa), sob a moderação de Pedro Santos Guerreiro. A Conferência contou ainda com a presença do Ministro da Economia, António Pires de Lima, na sessão de encerramento.

NOTAS CURRICULARES

CATARINA ABEGÃO ALVES

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2012). Mestranda em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com estágio de pesquisa *no Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik – LudwigMaximilians-Universität* (Munique, 2014). Membro do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (desde novembro 2013).

Catarina Abegão Alves graduated in Law from the Faculty of Law at the Nova (New) University of Lisbon (2012). Master Degree student in Criminal Sciences at the University of Lisbon Law School, with research fellowships at the Institut für die gesamten Strafrechtswissenschaften, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik – Ludwig-Maximilians-Universität (Munich, 2014). Member of the Research Center in Criminal Law and Criminal Sciences (since November 2013).

CATIUCE RIBAS BARIN

Graduada em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (2002). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera – UNIDERP (2009). Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal – Área Ciências Jurídico-Criminais (2012-2013). Desde 2004, é Promotora de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Brasil, com atribuições na área criminal.

Catiuce Ribas Barin graduated in Law from the University of Northwest Regional State of Rio Grande do Sul – UNIJUÍ (2002). Specialist in Criminal Science from the University Anhanguera – UNIDERP (2009). Master student at the University of Lisbon Law School, Portugal – Legal and Criminal Science Area (2012-2013). She is since 2004 Prosecutor of Rio Grande do Sul, Brazil, with assignments in the criminal area.

DAVID SILVA RAMALHO

Advogado na Sérvulo & Associados, Fellow no Tech and Law Center de Milão e Investigador no Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências

Criminais, tem como áreas preferenciais de atividade profissional e académica o Direito Penal e das Tecnologias de Informação. Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2010), Pós-Graduado em Direito Intelectual (2010) e em Direito e Cibersegurança (2014) e Mestrando em Ciências Jurídico-Criminais na mesma Faculdade (2012/2014).

David Silva Ramalho is a lawyer at Sérvulo & Associados, a Fellow at the Tech and Law Center, in Milan, and a researcher at the Research Center for Criminal Law and Criminal Sciences. His main areas of professional and academic activity are Criminal Law and Information Technology Law. Graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2010), concluded post-graduation courses in Intellectual Property Law (2010) and in Law and Cybersecurity (2014) and is currently pursuing a Master's degree from the same Law School (since 2012).

ÉRICO FERNANDO BARIN

Licenciado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, Brasil, onde obteve o grau de Bacharel em Direito (1998). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul, Brasil (2006). Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Portugal. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Rio Grande do Sul, Brasil, integrando do Grupo de Atuação Especial no Combate ao Crime Organizado (GAECO).

Érico Fernando Barin graduated in Law from the Federal University of Santa Maria (UFSM), Rio Grande do Sul, Brazil, where he obtained the degree of Bachelor of Laws (1998). Master from the University of Santa Cruz do Sul (UNISC), Rio Grande do Sul, Brazil (2006). Ph.D (law) student at the Legal and Criminal Sciences from the University of Lisbon Law School, Portugal. He is Prosecutor of Rio Grande do Sul, Brazil, integrating the Special Action Group on Combating Organized Crime (GAECO).

JOSÉ DANILO TAVARES LOBATO

Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Penal da EMERJ. Doutor em Direito pela UGF (Brasil), Mestre em Direito – Ciências Penais pela UCAM (Brasil) e Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela UFRJ (Brasil). Autor do livro *Teoria Geral da Participação Criminal e Ações Neutras* e Co-coordenador do livro *Temas de Direito Penal – Parte Geral*.

José Danilo Tavares Lobato is Public Defender of the State of Rio de Janeiro and Professor of Criminal Law of EMERJ. Ph.D from the UGF (Brazil), Master in

Law – Criminal Science from the UCAM (Brazil) and Graduate in Law and Social Sciences from the UFRJ (Brazil). Author of the book General Theory of Crime Participation and Neutral Actions. Co-editor of the book Topics of Criminal Law – General Part.

JOSÉ NEVES DA COSTA

Licenciado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2012), encontra-se atualmente a concluir a dissertação de mestrado, tendo concluído em 2013 a parte curricular do mestrado científico em Ciências Jurídico-Criminais. É atualmente investigador não integrado do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais (CIDPCC) acolhido pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

José Neves da Costa graduated in law from the University of Lisbon Law School (2012), where he is currently concluding his final master's degree thesis, having concluded in 2013 the Curricular Part of the Scientific Master's Degree in Criminal Law. He is currently a non-integrated researcher at the Research Center in Criminal Law and Criminal Sciences, located at the University of Lisbon Law School.

MAFALDA MELIM

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013) e mestrandona do curso de mestrado científico em ciências jurídico-criminais da FDUL.

Mafalda Moura Melim graduated in Law from the University of Lisbon Law Faculty (2013) and attends the Master in Criminal Law from the University of Lisbon Law School.

MARGARIDA CALDEIRA

Licenciada em Direito pela Universidade Católica de Lisboa (1991). Pós-graduada em Direito Comunitário pela Universidade Católica – Centro de Estudos Europeus, Lisboa (1992). Doutoranda em Direito na Universidade Nova de Lisboa. Inscrita na Ordem dos Advogados em 1991 (estágio de advocacia concluído em 1993), exerceu advocacia ininterruptamente, em prática privada até 2006, quer em regime individual, quer sobretudo integrada em diversas sociedades de advogados (advogada associada, sócia de indústria séniore consultora). Aconselhou e patrocinou diversas empresas nacionais e multinacionais, principalmente nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial, Societário (fusões e aquisições), Civil (contratos)

e contencioso. No mesmo período, publicou alguns artigos sobre Direito da Concorrência e da União Europeia, Comercial e Societário, e apresentou diversas comunicações em seminários sobre contratação comercial internacional. Em 2006 ingressou na Autoridade da Concorrência, exercendo, desde então, advocacia em prática exclusiva no Departamento Jurídico e do Contencioso, nas áreas de Direito da Concorrência e da União Europeia, Contraordenacional, Processual (em particular, Processual Penal) e Administrativo.

Margarida Caldeira graduated in Law from the Catholic University of Lisbon (1991). She holds a post-graduate degree in European Union Law from the Center for European Studies of the same University (1992). Ph.D (law) student at the Faculty of Law at the Nova (New) University of Lisbon. Admitted to the Portuguese Bar in 1991 (lawyer training concluded in 1993), she worked as a lawyer continuously in private practice until 2006, both as an individual practitioner or (most of the time) integrated in several law firms (associate lawyer, partner, and of-counsel). Margarida Caldeira advised and represented several national and multinational companies, mainly regarding Competition and EU Law, Commercial Law and Companies Law (M&A), Civil Law (contracts) and litigation. During the same period, she published some articles on Competition and EU Law, Commercial and Companies Law, and was a speaker in seminars on international contracts. She joined the Portuguese Competition Authority in 2006 and since then has practised as a lawyer exclusively for this institution, integrated in the Legal Department focusing on Competition and EU Law, Regulatory Law, Procedural Law (especially Criminal Procedural Law) and Administrative Law.

NUNO SOUSA E SILVA

Mestre em Direito. LLM IP (MIPLC). Assistente da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Advogado.

Master of Laws. LLM IP (MIPLC). Lecturer at the Faculty of Law of the Portuguese Catholic University (Porto). Lawyer.

PAULO DE SOUSA MENDES

Licenciado em Direito (1981), Mestre em Direito (1987) e Doutor em Direito (2006). Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, onde ensina Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Probatório. Atual Diretor do Departamento de Práticas Restritivas (desde outubro de 2013) e anterior Diretor do Departamento Jurídico e do Contencioso da Autoridade da Concorrência (2009-2013). Membro da Direção do Instituto de Direito

Penal e Ciências Criminais e do Centro de Investigação em Direito Penal e Ciências Criminais. Membro do Conselho Científico do Centro de Estudos de Direito Penal e Processual Penal Latino-americano da Universidade de Göttingen. Foi bolseiro do DAAD (Munique 1986, Freiburg i. Br. 1990), Max-Planck-Institut (Freiburg i. Br. 1991, 1995) e Fundação para a Ciência e Tecnologia (Trento, Munique e Bielefeld, 2000-2004). Integrou como avaliador o *GRECO Evaluation Team for Czech Republic* (2010). Foi professor na Academia Militar (2006-2009). Foi membro do Conselho de Fiscalização dos Serviços de Informação da República Portuguesa (1998-1999). Foi membro do Conselho da Unidade de Missão para a Reforma Penal (2005-2007). Foi jurista da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (1998-2006).

Paulo de Sousa Mendes graduated in law (1981), LL.M. (1987) and Ph.D. (2006). Professor at the Law School of Lisbon, where he teaches Criminal Law, Criminal Procedure and Evidence Law. Actual Director of the Antitrust Department and former Director of the Legal Department of the Portuguese Competition Authority (2009-2013). Member of the Board of the Institute for Criminal Law and Criminal Sciences and of the Research Centre in Criminal Law and Criminal Sciences. Member of the Scientific Council of the Research Centre for Latin-American Criminal Law and Criminal Procedure (University of Göttingen). Scholarships from DAAD (Munich 1986, Freiburg 1990), MPI (Freiburg 1991, 1995), and Foundation for Science and Technology (Trento, Munich, Bielefeld, 2000-2004). Former Evaluator of GRECO Evaluation Team for Czech Republic (2010). Former Professor at the Portuguese Military Academy (2006-2009). Former Member of the Supervision Committee for the Portuguese Intelligence Services (1998-1999) and of the Portuguese Committee for the Reformation of the Penal Code and the Penal Procedural Code (2005-2007). Former Jurist of the Portuguese Securities Market Commission (1998-2006).

TERESA CARVALHO

Licenciada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2014). Estágio na Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, RL (2013 e 2014), no Departamento de Direito Europeu e da Concorrência.

Teresa Carvalho graduated in Law from the University of Lisbon Law School (2014). Internship at Sociedade Rebelo de Sousa & Advogados Associados, RL, in the field of EU and Competition Law (2013 and 2014).

Colaboração com a

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

- 1.** A *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) está aberta à colaboração dos seus Leitores, pelo que aceita para publicação artigos, estudos ou comentários de jurisprudência que se enquadrem na temática geral do Direito e Economia da concorrência e regulação e na temática específica de cada número, de acordo com um duplo critério de interesse informativo e qualidade científica.
- 2.** Todos os textos a publicar na C&R são da responsabilidade exclusiva dos seus Autores. A publicação dos textos não significa a concordância da C&R com as posições neles expressas.
- 3.** Os textos a publicar devem ser inéditos e podem ser apresentados em português, espanhol, francês ou inglês, sendo publicados na língua em que foram redigidos. Em casos excepcionais, poderão ser aceites textos não inéditos, devendo então o Autor indicar onde foram publicados anteriormente.
- 4.** Os textos devem estar formatados em *Word* e não exceder, em regra, 70 mil caracteres (incluindo espaços). Devem também ser acompanhados de um resumo (“*abstract*”), com um máximo de 100 (cem) palavras, em inglês.
- 5.** Aos textos, os Autores devem ainda juntar uma breve nota curricular (que não deverá exceder, para cada versão linguística, 950 carateres, incluindo espaços) em português e inglês, morada e endereço eletrónico.
- 6.** A informação sobre as normas formais aplicáveis aos textos a submeter à *Revista de Concorrência e Regulação* deve ser solicitada, antes do envio do texto, através do endereço eletrónico revista@concorrencia.pt.
- 7.** Os trabalhos devem ser remetidos em formato digital para o endereço eletrónico revista@concorrencia.pt ou para a morada: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa, ao cuidado de Catarina Anastácio.
- 8.** As provas tipográficas dos textos aprovados para publicação serão enviadas ao Autor para a morada ou endereço eletrónico por si indicados, para revisão.

Collaboration with

REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

- 1.** *Revista de Concorrência e Regulação* (C&R) welcomes submissions for publication from its readers, including papers, studies or case comments, related to Competition and Regulation Law and Economics and the specific theme of each issue, according to the interest and scientific quality of each contribution.
- 2.** Authors are exclusively responsible for their papers. Publication of papers does not mean that C&R endorses the views expressed therein.
- 3.** Papers must not have been published elsewhere and can be submitted in Portuguese, Spanish, French or English. Papers will be published in the original language. In exceptional cases, papers that have already been published may be accepted. In such circumstances the Author will be required to indicate where the paper has been published previously.
- 4.** Texts must be processed in Word, should not exceed 70,000 characters (including spaces) and must also be accompanied by an abstract, with a maximum of 100 words, in English.
- 5.** Authors must provide a short CV in Portuguese and English, (which should not exceed 950 character, including spaces, for each of the languages) as well as mailing and email addresses.
- 6.** Further information on the formal rules for submission of materials to the C&R must be requested in advance, by contacting revista@concorrencia.pt.
- 7.** Contributions must be sent in digital format to the email address revista@concorrencia.pt or to the address: Autoridade da Concorrência – Avenida de Berna, 19, 1050-037 Lisboa – Portugal, to the attention of Ms. Catarina Anastácio.
- 8.** Prior to publication, proofs will be sent to the Authors, to the mailing address or email address previously indicated.

ÓRGÃOS SOCIAIS

DIREÇÃO

Luís Silva Morais/Paulo de Sousa Mendes

CONSELHO CIENTÍFICO

Presidentes: António Ferreira Gomes/Eduardo Paz Ferreira

Membros:

António Avelãs Nunes	José António Veloso
António Menezes Cordeiro	José Danilo Lobato
Augusto Silva Dias	José Luís da Cruz Vilaça
Barry Hawk	José de Faria Costa
Bernardo Feijóo Sánchez	José de Oliveira Ascensão
Bo Vesterdorf	José Lobo Moutinho
Carlos Pinto Correia	José Manuel Sérvulo Correia
David Gerber	Jürgen Wolters
Diogo Rosenthal Coutinho	Keiichi Yamanaka
Donald Baker	Klaus Rogall
Douglas Rosenthal	Laurence Idot
Eleanor Fox	Luís Cabral
Fernando Borges Araújo	Luís Greco
Fernando Herren Aguillar	Manuel da Costa Andrade
Floriano Marques	Manuel Lopes Porto
François Souty	Marco Bronckers
Frederic Jenny	Maria Fernanda Palma
Geraldo Prado	Mark Zöller
Gerhard Dannecker	Miguel Moura e Silva
Germano Marques da Silva	Miguel Nogueira de Brito
Giorgio Monti	Miguel Poiares Maduro
Harry First	Nicolas Charbit
Heike Schweitzer	Oswald Jansen
Ioannis Kokkoris	Patrick Rey
João Ferreira do Amaral	Paulo Câmara
Jorge Braga de Macedo	Paulo de Pitta e Cunha
Jorge de Figueiredo Dias	Paulo Pinto de Albuquerque

Pedro Pais de Vasconcelos
Pedro Pitta Barros
Peter Freeman CBE, QC
Philip Marsden
Piet Jan Slot
René Smits

Richard Wish
Rosa Greaves
Vasco Pereira da Silva
Vito Tanzi
William Kovacic
Wouter Wils

CONSELHO CONSULTIVO

João E. Gata/Nuno Cunha Rodrigues

CONSELHO REDATORIAL

Presidente: Catarina Anastácio

Comissão Coordenadora:

Ana Perestrelo de Oliveira
André Forte
Cristina Camacho
Fernando Pereira Ricardo
Francisco Costa Cabral

Helena Gaspar Martinho
Nazaré da Costa Cabral
João Cardoso Pereira
José Renato Gonçalves
Sérgio Gonçalves do Cabo

Editores:

Concorrência e regulação – Geral

Fernando Xarepe Silveiro/João Pateira Ferreira/Marco Capitão Ferreira

Direito da concorrência da União Europeia e comparado

Carlos Pinto Correia/Miguel Gorjão-Henriques

Concentrações

Margarida Rosado da Fonseca

Direito contraordenacional e processual penal

João Matos Viana/Vânia Costa Ramos

Regulação e concorrência no setor financeiro

Luís Máximo dos Santos

Regulação e concorrência no setor das comunicações eletrónicas
Ana Amante

Regulação e concorrência no setor energético
Gonçalo Anastácio

Regulação e concorrência no setor dos transportes terrestres
António Mendonça Mendes

Regulação e concorrência no setor da aviação civil
António Moura Portugal

Regulação no setor da proteção ambiental
António Sequeira Ribeiro/Carla Amado Gomes

Setor empresarial público/gestores públicos/privatizações
Tânia Cardoso Simões

Contratos económicos/contratos públicos
Nuno Cunha Rodrigues

Economia
António Pedro Santos/Paulo Gonçalves

Econometria
Jorge Rodrigues

Secretariado Executivo:
Manuela Oliveira
Natália Leite



REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO

DIREÇÃO:
LUÍS SILVA MORAIS
PAULO DE SOUSA MENDES

CUPÃO DE ASSINATURA

4 NÚMEROS AVULSO €100

**ASSINATURA (4 NÚMEROS/ANO) €90 (DESCONTO DE 10%)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS**

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO (4 NÚMEROS) DO ANO 20

ASSINATURA _____ DATA - -

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DE CONCORRÊNCIA E REGULAÇÃO – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
Rua Fernandes Tomás, n.º 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net



AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (ADC)

ENTIDADE NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRECTOS

NOME

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

IBAN/NIB: PT 50 CONTRIBUINTE FISCAL

DATA - -

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A MÊS	INICIA A ANO	TERMINA A MÊS	TERMINA A ANO
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>
<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>	<input type="text"/>

⁽¹⁾ REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
- Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net.
- Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização basta contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)
- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
- Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
- Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

