



## Universidades Lusíada

Nogueira, Sandra de Freitas Moreira da Silva e

### **A valoração e motivação do tribunal no âmbito da livre apreciação da prova**

<http://hdl.handle.net/11067/2681>

#### **Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	2016
<b>Resumo</b>	<p>O presente estudo inicia-se com uma análise à evolução histórica dos poderes do juiz no processo, chamando a atenção para o facto, hoje aceite, de que a actividade jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, concretizando a lei a cada caso concreto. Referindo-nos aos princípios garantias do arguido no tema ora tratado – a prova – apresenta-se as teorias atinentes à relação entre a prova e a busca da verdade: a moderna teoria filosófica alterou a dicotomia verdade formal/material, pela de ...</p> <p>This study begins with an analysis of the historical evolution of the judge's powers in the process, drawing attention to the fact that the judicial activity requires the use of hermeneutics, implementing the law in each particular case. Regarding the principles governing the guarantees of the accused in the domain here discussed - proof - we present the main theories about the relationship between the evidence and the search for truth. Modern philosophical theory has changed the evaluation of ...</p>
<b>Palavras Chave</b>	Direito, Direito penal, Processo penal, Prova
<b>Tipo</b>	masterThesis
<b>Revisão de Pares</b>	Não
<b>Coleções</b>	[ULP-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-12-26T19:36:02Z com informação proveniente do Repositório



**UNIVERSIDADE LUSÍADA DO PORTO**

**A VALORAÇÃO E MOTIVAÇÃO DO TRIBUNAL NO  
ÂMBITO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA**

**Sandra de Freitas Moreira da Silva e Nogueira**

Dissertação para obtenção do Grau de Mestre

Porto, 2016

## **Dedicatória**

Aos meus dois Anjos.

## **Agradecimentos**

Ao Miguel, por ter sempre acreditado em mim, mais do que eu própria conseguiria. Pela sua entrega desde o primeiro momento. Pelo amor que me dedicou até ao fim, e que sabia (tão) recíproco. Pela incomensurável força. Pela enorme generosidade, notável sabedoria e ímpar inteligência, com as quais enriqueceu a minha vida pessoal e profissional e me tornou melhor.

Ao ZéTó e à Sra. D. Li por me terem convencido a entrar nesta jornada, me impulsionarem e recordarem que a inquietude, no que ao conhecimento diz respeito, me é característica.

Ao Miguel Diogo pelo apoio e confiança no resultado da presente caminhada.

Ao Tó, porque incansável, pela permanente disponibilidade, pelas sugestões bibliográficas e preciosos contributos na revisão do texto.

Ao Senhor Professor Doutor Fernando Torrão por ter aceitado a orientação da minha dissertação e pela colaboração prestada.

## Índice

Dedicatória.....	I
Agradecimentos .....	II
Índice .....	III
Resumo .....	V
Abstract.....	VI
Palavras-chave .....	1
Lista de abreviaturas .....	2
1. Introdução.....	3
2. Histórico da actuação do juiz no processo.....	8
3. Prova.....	14
3.1 Conceito .....	14
3.2 Breve referência aos princípios especificamente aplicáveis .....	17
3.2.1 A presunção da inocência e o <i>In dubio pro reo</i> .....	17
3.2.2 Imediação e contrariedade.....	17
3.3 A prova como direito do arguido .....	22
4. Relação entre a prova e a busca da verdade. ....	26
4.1 O que se entende por verdade? .....	26
4.2 O processo civil, o dispositivo e a auto-responsabilidade das partes .....	37
4.3 Processo penal português e o princípio do acusatório .....	43
5. A valoração da prova em si mesma .....	46
5.1 O juízo de facto.....	49
5.2 O juízo de direito .....	53
6. O sistema da prova livre.....	56
6.1 As regras da experiência e as presunções.....	71
6.2 Limitações à livre apreciação .....	73
6.2.1 Prova pericial.....	75
6.2.2 Documentos autênticos e autenticados.....	78
6.2.3 Confissão do arguido.....	80
6.2.4 Caso julgado .....	83
6.2.5 Declarações para memória futura .....	85
6.2.6 Declarações do co-arguido .....	92

6.2.7	Declarações de testemunhas protegidas .....	100
7	Fundamentação da matéria de facto .....	108
7.1	A prova indirecta e a sua especial fundamentação.....	110
7.1.1	A prova do dolo.....	121
7.1.2	A prova indirecta na nova criminalidade .....	133
8	O convencimento e o acto de julgar .....	141
8.1	Motivação, discurso judiciário e fundamentação da sentença .....	144
	Conclusão .....	169
	Bibliografia .....	<b>Erro! Indicador não definido.</b>

## **Resumo**

O presente estudo inicia-se com uma análise à evolução histórica dos poderes do juiz no processo, chamando a atenção para o facto, hoje aceite, de que a actividade jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, concretizando a lei a cada caso concreto.

Referindo-nos aos princípios garantias do arguido no tema ora tratado – a prova – apresenta-se as teorias atinentes à relação entre a prova e a busca da verdade: a moderna teoria filosófica alterou a dicotomia verdade formal/material, pela de verdade e verosimilhança (possibilidade, verosimilhança e probabilidade).

A verdade constrói-se dialecticamente, através da argumentação das partes, pelo que a comunicação (diálogo) terá um papel preponderante, já que se buscará a verdade através de um processo dialéctico.

Analisa-se o sistema de prova livre, num processo acusatório integrado pelo princípio subsidiário da investigação, adoptando-se como critério o da convicção da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável (proof beyond any reasonable doubt), de cariz anglo-americano.

Vemos em que se traduz a actividade do juiz no processo, a sua relação com a prova, a valoração da mesma, os raciocínios a fazer e opções a tomar face aos factos. O juiz tem que depurar e delimitar factos trazidos ao processo. Neste refinamento, a operação valorativa do juízo de facto poderá distinguir-se em fases distintas. Damos, pois, particular atenção à actividade valorativa.

Ainda que o artº 127º CPP estabeleça um sistema de prova livre, existem limites, nomeadamente: o valor a atribuir à prova pericial, aos documentos autênticos e autenticados, à confissão do arguido, ao caso julgado, habitualmente referidos. Mas também outros nos parecem ter grande importância: as declarações para memória futura, declarações do co-arguido e das testemunhas protegidas.

A liberdade de valoração está intimamente relacionada com o exame da prova na sentença, sendo a liberdade de valoração e motivação de facto indissociáveis. Falamos, a propósito, na prova indiciária, especificamente na prova do dolo, e na dificuldade de valoração e fundamentação. E, por fim, exploramos o conceito de motivação: actividade de interpretação e aplicação do direito e a valoração da situação de facto e da prova, e que tem por objectivo demonstrar lógica e coerentemente a obra do julgador.

## **Abstract**

This study begins with an analysis of the historical evolution of the judge's powers in the process, drawing attention to the fact that the judicial activity requires the use of hermeneutics, implementing the law in each particular case.

Regarding the principles governing the guarantees of the accused in the domain here discussed - proof - we present the main theories about the relationship between the evidence and the search for truth. Modern philosophical theory has changed the evaluation of the dichotomy formal/ material truth, in favour of the distinction between truth and verisimilitude (possibility, likelihood and probability).

Truth is constructed dialectically through the arguments of the parties, so that the communication (dialogue) will play an important role, since they seek the truth through a dialectical process.

We analyse the free proof system, in the context of an accusatory process oriented by the subsidiary principle of research. Main criterion is the confident persuasion about the truth of the facts, beyond all reasonable doubt (proof beyond any reasonable doubt, to put it in the Anglo-American way).

We present an analysis of the judge's activity in the process, their relationship to the proof, the evaluation thereof, the reasoning and choices made to come to grip with the facts. The judge has to debug and delimit facts brought to the process. In this refinement, the evaluative operation of that judgement can be distinguished in different phases. Therefore we underline the evaluative activity.

Although the artº 127 CPP establishes a free proof system, there are limits, namely: the value to be given to expert evidence, the authentic and authenticated documents, the defendant's confession, the res judicata, commonly referred to. But others topics have also great importance: the statements for future memory, co-defendant's statements and protected witnesses.

Freedom of evaluation is closely related to the examination of evidence in the sentence, in as much as freedom of evaluation and motivation are really inseparable. We comment, about the circumstantial evidence, specifically in the proof of deceit and the difficulty of valuation and justification. Finally, we explore the concept of motivation: the hermeneutic activity and application of the law and the evaluation of the facts and evidence. All this aims to demonstrate logically and coherently the work of the judge.

## **Palavras-chave**

Processo Penal; Prova; Convicção do Tribunal; Motivação da decisão; Livre apreciação da prova; Regras de experiência; Prova indiciária; Prova do dolo; Juízo de facto; Juízo de direito; Requisitos substanciais da motivação; Argumentação jurídica; Fundamentação da sentença.

## **Lista de abreviaturas**

Artº - Artigo

CC – Código Civil

CEDH – Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CEDLG – Convenção Europeia para a protecção dos Direitos, Liberdades e Garantias

CPC – Código de Processo Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

JIC – Juiz de Instrução Criminal

PIDCP – Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos

TRC – Tribunal da Relação de Coimbra

TRE – Tribunal da Relação de Évora

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

U.E. – União Europeia

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TC – Tribunal Constitucional

## 1. Introdução

O presente estudo tem como objecto a liberdade de apreciação da prova e a motivação do tribunal no âmbito do processo penal. Trata-se de uma matéria de extremo interesse, pouco tratada, uma vez que, relativamente à prova, bastas são as análises aos meios de prova e aos meios de obtenção de prova, mas não ao que se prende com a valoração e a motivação do Magistrado, em que se traduzem estes conceitos, bem como os limites da sua liberdade, fundamentalmente tendo em conta as novas formas de criminalidade.

A matéria em causa tem origem no processo civil, pelo que será aí que vamos encontrar os fundamentos iniciais, e, desde logo, a crítica e as propostas apresentadas por Alberto dos Reis no Código de Processo Civil de 1939.

Interessará, também, fazer uma breve sùmula da actuação do Juiz no processo, fundamentalmente desde o iluminismo até à actualidade por forma a serem compreensíveis as opções legislativas.

No decorrer do último século o juiz metamorfoseou-se: a actividade jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, concretizando a lei a cada caso concreto. São de sublinhar os princípios da independência e da imparcialidade na sua actividade e de notar que imparcialidade não é neutralidade.

Veremos o que se tem entendido por verdade, bem como as suas dimensões jurídicas e filosóficas.

Na tentativa de determinar a verdade prosseguida no processo civil e no processo penal, a doutrina moderna do direito processual tem vindo a contrariar a distinção de verdade(s) formal/material, tendo dado lugar à diferenciação entre verdade e verosimilhança (cabendo aqui os conceitos de possibilidade, verosimilhança e probabilidade).

Na filosofia moderna destaca-se a proposta de JURGEN HABERMAS, que radica na ideia de que a verdade se constrói dialecticamente, através da argumentação das partes, pelo que a comunicação (diálogo) terá um papel preponderante, já que se buscará a verdade através de um processo dialéctico.

Ligado à busca da verdade está o principal instituto do direito processual: a prova. Daí que alguns autores, v.g. ARENHART, vejam a prova como um meio retórico porque se destina a estabelecer o diálogo entre as partes e o juiz, por forma a conseguir o convencimento do juiz da validade ou verosimilhança dos factos.

A amálgama de ideias propostas pela filosofia jurídica moderna abriu caminho à tendência hoje prevalecente, de que no processo civil (caracterizado pelo princípio do dispositivo) o critério seja o da probabilidade prevalecente (preponderance of evidence), e, no processo penal (caracterizado por um princípio de estrutura acusatória integrada pelo princípio subsidiário da investigação) o critério a adoptar seja o da prova além de toda a dúvida razoável (proof beyond any reasonable doubt), de cariz anglo-americano.

Em consequência disso mesmo, veremos que a estrutura da investigação processual na demanda civil é distinta da acção penal, sendo os poderes de actuação do juiz diferentes, até pela forma acusatória ou inquisitória do processo.

Se a prova é uma garantia constitucional do arguido, uma vez que tem direito à defesa, e que a própria investigação deverá obedecer a determinados limites, também é verdade que há um dever do magistrado em tentar descobrir a verdade, já que estão em causa interesses públicos de segurança dos cidadãos que deverão ser observados e respeitados.

Existe um princípio da jurisdicionalidade do processo penal constitucionalmente garantido e deverão respeitar-se os limites à investigação – matéria, aliás, que hodiernamente tem fundamental importância tendo em conta as novas formas de criminalidade que a globalização facilitou e o avanço tecnológico que abre novas possibilidades no âmbito da busca da prova de vários tipos de ilícito, mormente através da prova digital, escutas telefónicas e outras – pois que direitos fundamentais poderão estar a ser beliscados, o que, num estado de direito não poderá aceitar-se.

Verdade é também, que existem formas de crime que graças à sua gravidade impõem uma outra forma de ver este “beliscar”, este eventual ataque aos direitos fundamentais. É o caso do terrorismo, das associações criminosas e de outros crimes que põem em causa a vida em sociedade.

Autores há que falam a propósito, inclusive, de um Direito Penal do Inimigo<sup>1</sup>, o qual sustenta que o arguido não tenha quaisquer direitos no processo, pelo que nesse caso a liberdade de avaliação do Juiz seria total.

Não é, porém, esse o caminho que o nosso ordenamento legislativo escolheu, não é essa a regra, pelo que a liberdade de apreciação da matéria provada ainda tem, efectivamente, limites que terão que ser cumpridos.

Interessa-nos, pois, desenvolver em que se traduz a actividade do juiz no processo, a sua relação com a prova, a valoração da mesma, os raciocínios a fazer e opções que a tomar face ao que lhe é apresentado. Assim, o juiz tem que depurar e delimitar factos trazidos ao processo. Neste refinamento, a operação valorativa do juízo de facto poderá distinguir-se em quatro (4) fases: 1. Factos alegados pelas partes; 2. Factos trazidos ao processo pelos meios probatórios; 3. Determinação dos factos provados (valoração propriamente dita); 4. Fixação dos factos provados (motivação fáctica).

Valorar implica, então, um esforço de comparação de factos. Nessa tarefa o julgador terá que ter em conta três (3) níveis de valoração, a que chamaremos: 1) Elementar; 2) Acessória; 3) Coadjuvante.

O legislador português consagrou o princípio de prova livre, reflectido no artº 607º, n.º 4 e 5 CPC, e no artº 127º CPP. Essa liberdade existe de acordo com o dever de perseguir a verdade, pelo que a apreciação há-de ser reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptíveis de motivação e controlo, sendo a convicção objectivável e motivável. E o critério prático adequado para conseguir tal convicção dá-no-lo FIGUEIREDO DIAS: quando o juiz se convença da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável.

O artº 127º CPP estabelece três (3) tipos de critérios para avaliação da prova: dois (2) objectivos – quando a lei o estabelece e a referência às regras da experiência – e outro subjectivo, na medida em que resulta da livre convicção do julgador.

---

<sup>1</sup> Ver, por exemplo, GÜNTHER JAKOBS. (Jakobs, 2009)

Todavia, à liberdade valorativa são impostos determinados limites. Exógenos e endógenos. Seja o *in dubio pro reo* e a busca da verdade, ou o grau de convicção requerido para a decisão e a proibição dos meios de prova, de que fala PINTO DE ALBUQUERQUE, sejam os limites impostos pelo valor a atribuir à prova pericial, aos documentos autênticos e autenticados, à confissão do arguido em audiência, ao caso julgado.

Mas, a par destes, outros sobressaem, sendo, a nosso ver, de extrema importância: os limites impostos pelas declarações para memória futura, pelas declarações do co-arguido e pelas declarações das testemunhas protegidas, sobre os quais nos debruçaremos.

A liberdade de valoração está intimamente relacionada com o exame da prova na sentença, sendo a liberdade de valoração e motivação de facto indissociáveis.

É necessário demonstrar as razões pelas quais se fez determinadas opções durante o processo valorativo e motivacional e se chegou à conclusão apresentada.

Neste processo reveste especial complexidade a prova indiciária a que subjaz exigências especiais de fundamentação. A prova dos factos que realizam o tipo subjectivo do crime, e, especificamente do dolo, é um exemplo paradigmático de demonstração por prova indirecta. A par do catálogo de «indícios-tipo» criado pela jurisprudência, a doutrina apresenta outros critérios que enriquecem tal catálogo.

As regras da experiência não são já suficientes para a apreciação e avaliação da prova. A lógica que delas resulta não permite uma análise correcta em muitas situações, tendo em conta a inovação até nos métodos de comissão dos crimes.

Descortinar quais deverão ser, actualmente, os indicadores e critérios a observar pelo Juiz na valoração da prova e na motivação, face aos desafios actuais é o que nos propomos.

No estudo sobre a motivação dar-se-á ênfase à proposta de TARUFFO por nos parecer de forma estrutural e lógica a mais defensável, inclusive nas críticas que aponta a outras sistematizações. Salientar-se-á a análise semiológica da motivação e a necessidade de dar relevo a aspectos não jurídicos aquando da análise da motivação do julgador.

Mostrar-se-á que existe uma distinção entre estrutura da motivação e da decisão (aquela é um dos requisitos desta). E que a motivação não é apenas demonstrar o *iter* lógico durante o processo.

Inclusive há uma lógica do juízo e uma lógica da motivação, dependendo se falamos de como o juiz chegou à decisão ou da forma como o juiz justifica a decisão a que chegou, podendo haver algumas conexões ou inter-relações entre ambas.

Dando relevo ao princípio da plenitude do esquema lógico fundamental e do discurso justificativo da decisão, TARUFFO refere-se os requisitos substanciais da motivação e o seu conteúdo mínimo essencial.

Na análise desta problemática referir-se-ão as Teoria do Silogismo Judicial, a Teoria Tópica do Raciocínio Jurídico de THEODOR VIEHWEG e a Teoria Retórica da Argumentação Jurídica de CHAIM PERELMAN.

E referindo a argumentação jurídica não podemos deixar de destacar (também) as teorias de TOULMIN, MACCORMICK e ALEXY, bem como SUMMERS e as críticas de ATIENZA.

Por fim, e face à imposição legal da enumeração das razões de facto e de direito, do exame crítico das provas e da fundamentação da decisão do juiz, faz-se referência ao discurso judiciário, que, segundo VIEIRA DE ANDRADE, é uma “declaração de autoria, explícita e contextual”. (Andrade J. C., 1991: 61)

## 2. Histórico da actuação do juiz no processo

A actividade do julgador, mormente no que diz respeito à apreciação das provas, passou por diferentes fases, adaptando-se às convicções e conveniências de cada época.

Já na Grécia Antiga éramos alertados para a importância da análise e prova dos factos constantes da acusação: na obra *A Apologia de Sócrates*, Platão, referindo-se ao julgamento daquele filósofo, em 339 a.C., pode ler-se que Sócrates terá dito: “Não me parece justo, Atenienses, dirigir súplicas a um juiz nem ser absolvido à custa de pedidos, em vez de expor os factos e tentar persuadi-lo” (Platão, *Apologia* 35c)

Em Roma pode diferenciar-se, conforme as épocas, a actividade do juiz. Inicialmente os juízes eram livres na sua apreciação, pese embora, em caso de confissão do acusado se verificasse a imediata condenação, sem o juiz poder aferir do valor da confissão. Mais tarde os jurisconsultos estabeleceram preceitos sobre a apreciação dos meios de prova, preceitos esses que diziam respeito fundamentalmente à prova testemunhal.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Na época da República, em Roma, era o povo quem, nos comícios por centúrias ou por tribos, pronunciava as decisões, daí que não se colocasse a questão da apreciação jurídica das provas.

E durante o Império os jurisconsultos continuaram a estabelecer regras, acabando os juízes por observá-las fielmente.

Recordando SANTOS JUSTO (Studia Juridica – Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito – 50 [2000] e 76 [2002] ) diremos que no direito romano se podem distinguir 3 períodos: período primitivo; período formulário e fase da *cognitio extraordinaria*.

Na primeira fase, a das *legis actiones*, o procedimento era muito formal e solene. Desenrolava-se oralmente e em duas fases: *in iure* e *in iudicio*. A primeira etapa, *in iure*, decorria perante o magistrado, que podia conceder ou não a acção. A segunda etapa, *in iudicio*, era a da produção de prova e decorria perante um árbitro ou jurados e a sentença era proferida.

O segundo período, formulário (*per formulas*), corresponde à época em que o Império se expandiu de forma mais acentuada. Também aqui o procedimento obedecia a duas fases distintas: *in iure*, que se desenvolvia diante do pretor, que concedia ou não a acção, e *in iudicio*, perante um árbitro ou colégio de juízes, que julgavam e ditavam a sentença.

As provas admitidas eram a testemunhal, documental, confissão e juramento, podendo o juiz valorá-las livremente.

Na medida em que se tratava ainda de juízes particulares, a obrigatoriedade da sentença advinha não da sua autoridade mas da aceitação da sentença, quer pelo autor quer pelo réu.

Com a queda do império romano, em 476 d. C., o desenvolvimento jurídico alcançado sofreu um enorme retrocesso provocado pelo domínio dos povos germânicos.

O processo bárbaro era acusatório, cabendo ao acusado o ónus da prova. Os julgamentos não se realizavam por procedimentos lógicos, mas por rituais e misticismos.

"O juiz dos germanos tinha por função, no campo da prova, tão-somente fiscalizar o desenvolvimento das solenidades e o resultado do experimento" (Santos M. A., 1981: 45)

Vulgarizaram-se as Ordálias<sup>3</sup>, o "juízo de Deus". O juiz limitava-se a declarar o acusado inocente ou culpado, conforme o resultado daquelas. Daí que alguns autores (v.g. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO) defendam que não deixavam de ser um meio de apreciação de provas.

A fusão do direito germânico, do direito canónico e do direito romano formou o direito comum vigente na Europa entre os séculos XI e XVI.

No século XVI ocorre a ruptura do Direito Natural construído a partir de fundamentos ontológico-teleológicos com base no ser e na vontade de Deus, passando-se para um jusnaturalismo baseado na racionalidade e na excessiva confiança no poder da razão.

O Direito Natural caminhou para a construção de um Direito que acentuava o saber científico, universalmente válido, tendo na lei a expressão da vontade do Estado, alicerçado na racionalidade prático-dedutiva, influenciando, assim, a construção do positivismo jurídico.

---

O 3ª período ou fase da *Cognitio Extraordinaria* ou da *cognitio extra ordinem* é marcado pela criação do juiz oficial, um magistrado, funcionário do Estado, que presidia, dirigia o processo e proferia a sentença dando-lhe execução.

A obrigatoriedade das sentenças advinha agora do facto de o juiz ser funcionário do Estado e representante da coação deste.

<sup>3</sup> A Ordália consistia em submeter o acusado a um desafio para que se provasse a sua inocência, pois acreditava-se na intervenção divina durante a provação proposta. As Ordálias variavam de acordo com a região, mas as mais vulgares eram a provação pelo fogo, pela água quente, pela água gelada, provação da cruz e provação pelo duelo.

Já o Código de Hamurabi (aproximadamente 1.700 anos a.C) se lhes referia, todavia a sua prática vulgarizou-se na baixa Idade Média. Foram proibidas pela Igreja no IV Concílio de Latrão, em 1215, com excepção para o crime de heresia.

Mais tarde, o século das luzes propicia o ambiente para que pensadores como MONTESQUIEU, ROUSSEAU, DAVID HUME, ADAM SMITH, IMANUEL KANT, entre outros, possam surgir preparando caminho para uma sociedade fundada na razão<sup>4</sup>. A base das suas teorias é racional e pensada numa sociedade regida pela lei.

Tanto HOBBS como MONTESQUIEU fizeram a apologia da lei por acreditarem ser ela a garantia dos cidadãos.

Todavia, e não obstante ser MONTESQUIEU conhecido por definir o juiz como a *bouche de la loi*, a verdade é que não defendia uma teoria da interpretação literal da lei, uma obediência incondicional ao texto escrito. No que se prende com a hermenêutica jurídica, a obra de Montesquieu não se reduz a essa observação.

Na análise da obra do autor<sup>5</sup>, MONIZ DE ARAGÃO conclui que, para MONTESQUIEU, a “verificação da clareza (...) ao invés de dispensar a exegese, implica-a, pressupõe o uso preliminar da mesma.

Ao afirmar que se a lei é precisa o juiz a segue, Montesquieu atribui ao juiz, a interpretação do texto, a fim de verificar se é clara, se é “precisa” e, portanto, se é caso de segui-la, ou se, ao contrário, não é precisa, não é clara, e cabe, então, buscar-lhe o espírito. Logo, fica afastada a existência daquele ser inanimado (*bouche de la loi*) que pronuncia as palavras da lei.” (Aragão, 2002 :9)

Sendo ou não, MONTESQUIEU, partidário da exegese tão só literal, a verdade é que, na prática, durante o Iluminismo o juiz era submisso às palavras da lei.

CALAMANDREI escrevia que “o juiz é o direito feito homem” (Calamandrei, Eles, os juízes, vistos por um advogado, 2000: 11), o que permite transparecer uma visão quase divina do magistrado, porque infalível e imparcial.

A propósito do papel do julgador no iluminismo, CASTANHEIRA NEVES diz que ao juiz cabia apenas a “estrutura analítica e dedutiva de um juízo puramente lógico” (Neves A. C., A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da

---

<sup>4</sup> Já ARISTÓTELES, na Antiguidade Clássica, se tinha oposto à ideia de poder concentrado apenas numa pessoa, alertando para o perigo social que dele emanava. No século XVIII, JOHN LOCKE e MONTESQUIEU afirmaram e desenvolveram a autonomia dos 3 poderes independentes. Estas teorias influenciaram os textos constitucionais da época, tendo como objectivo a protecção dos direitos individuais dos cidadãos.

<sup>5</sup> Nomeadamente das considerações expostas em *De la Constitution d'Angleterre*, livro XI, capítulo VI e livro VI, capítulo III, de MONTESQUIEU.

Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação, 2003: 110), já que não existia, na aplicação do direito, um verdadeiro problema jurídico que exigisse uma normativa ponderação, mas, em vez disso, um problema meramente lógico, que se bastava com uma simples dedução.

A lei derivava da vontade do soberano, só a este cabendo o poder de distinguir o que era justo. Ora, tal ideia em nada se compatibilizava com a actividade de quem pretendesse emiscuir-se nesse julgamento e no pacto social no qual o homem submetia a sua vontade à do soberano.

O sistema jurídico de então era denominado modelo de “Júpiter”<sup>6</sup>, a que se refere OST, no qual o magistrado estava vinculado a uma pirâmide de normas, sendo alheio à realidade social em que se inseria.

Mas esta noção de juiz supera-se para se substituir pelo «ideal de criador do direito». Veja-se, por exemplo, que na opinião de GADAMER interpretar e aplicar o direito são expressões equivalentes, existindo uma nova interpretação a cada aplicação a um novo caso concreto. (Gadamer, 2003)

De facto, a partir do séc. XIX, os poderes do juiz foram aumentando paulatinamente, passando de espectador, de mero árbitro, a agente activo, podendo mandar realizar provas e conhecendo *ex officio* circunstâncias que até ali de si não dependiam, assumindo a iniciativa com o objectivo de descobrir a verdade e bem instruir a causa.

Foi-se tornando imperativo que os juízes tivessem liberdade para adaptar a lei ao caso concreto, actualizar a interpretação conforme o momento social e a graduar as penas.

Essa liberdade, porém, encontra limites. Desde logo, é-o o espírito da ordem jurídica, o facto de as sentenças poderem ser objecto de recurso por tribunais superiores e a sindicância dos advogados das partes e do Ministério Público.

“Um ordenamento jurídico perfeito e acabado, estático, sem lacunas e sem contradições é mera figura teórica, na prática totalmente utópico. (...) Com tantas normas contraditórias e lacunosas, é mister que o magistrado aplique seu poder criativo”. (Malta, 2002 :2)

---

<sup>6</sup> Sistema que atendia às exigências do Estado Liberal ou do Estado de Direito do Séc. XIX, e que é, mais tarde, substituído no modelo do Welfare State pela figura do juiz “Hércules”, o juiz-assistencialista típico do Estado Social do séc. XX. (Ost, 1993)

É, pois, essencial que se permita tal poder criativo ao juiz pois só assim se efectivará a verdadeira aplicação da justiça. (Azevedo, 2000)

Nas palavras de SCARIOT, “o juiz metamorfoseou-se numa espécie de artista jurídico”, (Scariot, 2010 :1) já que ele passou a criador do direito. A sua actividade não se resume apenas a analisar criativamente a lei, devendo considerar-se todo o direito.

A actividade jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, concretizando a lei a cada caso concreto. Compreender é também estabelecer uma nova interpretação do texto jurídico de acordo com cada situação. A cada nova aplicação há também uma nova interpretação. E, sob este ponto de vista, GADAMER refere a função do juiz como uma actividade hermenêutica que tem como finalidade pacificar os conflitos sociais.

Para a coerente solução do litígio o juiz deve considerar a lógica da norma, mas também a demais legislação, a supremacia constitucional, os tratados, a jurisprudência e a equidade, considerando cada uma dessas partes do sistema jurídico como integrando um todo que cumpre conhecer, já que, no dizer de SCARIOT, influenciada por GADAMER e SCHLEIERMACHER, quem ignora alguma delas não compreende o Direito.

De referir ainda que o aumento dos poderes do juiz está também intimamente ligado à concepção publicista do processo, uma vez que há necessidade do Estado-juiz actuar na defesa do interesse público e na tutela da colectividade.

E, a reforçar esta visão publicista do processo, DINAMARCO escreve: “O carácter público do processo hoje prepondera acentuadamente, favorecido pelo vento dos princípios constitucionais do Estado social intervencionista e pelo apuro técnico das instituições processuais. Chega a ser admirável até que no curto período de apenas um século de ciência tenha sido possível passar do intenso privatismo inerente ao estágio de secretismo tradicional, ao grau de publicismo que agora se vê na disciplina e na ciência do processo.

(...) A descoberta e exame dos princípios e garantias constitucionais do processo, mais a sensibilidade para os graves problemas sociais e económicos que com ele se envolvem têm permitido enquadrar a ciência processual num plano político suficientemente expressivo para destacar através dele que o processo é um instrumento para o exercício do poder e que este deve ser exercido, ainda quando sob o estímulo de interesses individuais, sempre com vistas a elevados objectivos sociais e políticos que transcendem o âmbito finito destes”. (Dinamarco, 2009: 61)

Na contemporaneidade, e tendo em conta que vivemos numa sociedade de risco – ou, de muitos riscos – sendo que muitos deles são os efeitos indesejados do processo de modernização e das novas tecnologias, bem como da própria evolução científica, entende

OST que o juiz terá de ser um juiz “Hermes”<sup>7</sup> : “deus da comunicação e da intermediação, que se articula entre a ordem e a desordem, dando conta dessa realidade paradoxal, sendo que a clausura e o determinismo do discurso são substituídos pelo discurso jurídico hermenêutico e sistemático.” (Vargas, 2013 :3)

Só um juiz assim poderá ser bem sucedido no dirimir de conflitos sociais, pois a tendência é a adoção da dignidade da pessoa humana, “que possui no Direito uma função demarcatória e que precisa de constante afirmação.” (Vargas, 2013 :3)

O juiz deverá, na sequência do entendimento de AMILTON CARVALHO, conhecer-se a si próprio, conhecer a questão em litígio e todo o social, e apartir daí decidir “com um pé na utopia, sentenciando com a perspectiva do amanhã na directiva da utópica vida com dignidade para todos. Deve propor o “ainda não”, mas “que pode vir a ser”. Decidir com os olhos no futuro e não no passado. (...) É fazer parte activa na construção do novo modelo social, se inserindo com parte desse novo modelo, deixando de ser alienado ou conservador, para se tornar criativo e crítico do seu papel na sociedade.” (Vargas, 2013: 3) (Carvalho A. B., 2002 )

---

<sup>7</sup> Opondo-se quer ao juiz Júpiter, quer ao Hércules.

### 3. Prova

#### 3.1 Conceito

Não podemos deixar de chamar à colação as palavras de dois Mestres, que aqui se impõem: os Professores Alberto dos Reis e Germano Marques da Silva. São deles as melhores palavras para nos conceder a real noção do que se trata quando falamos de *prova*.

Prova é “a demonstração da verdade dos factos alegados em juízo. (...) Mas por prova designa-se também a própria actividade que se desenvolve para se conseguir a demonstração da verdade do facto alegado ou da afirmação feita”. Para efeitos processuais interessa definir a função que a prova desempenha no processo. E “é, sem dúvida, convencer o juiz da veracidade das afirmações feitas pelas partes. Por isso se pode definir prova, no aspecto processual, como o conjunto de operações ou actos destinados a formar a convicção do juiz sobre a verdade das afirmações feitas pelas partes.” (Reis, 1985: 238)

E há que distinguir meios de prova, motivos de prova, tema da prova e procedimentos probatórios. ALBERTO DOS REIS é claro na diferenciação:

“Meios de prova são as fontes de que o juiz extrai os motivos de prova: documento, depoimento de parte, testemunha, relatório pericial, inspecção indirecta, etc.

Motivos de prova ou argumentos probatórios são as razões que determinam a convicção do juiz, razões derivadas dos meios de prova.” (Reis, 1985: 239) E é este o objecto primordial do nosso estudo uma vez que nos interessa o que motiva o julgador na formação da sua convicção.

“Tema da prova (*thema probandum*) é o objecto da prova, isto é, as afirmações ou proposições das partes que carecem de demonstração.

Procedimentos probatórios são os esquemas dos actos processuais relativos à utilização dos diversos meios de prova, isto é, os actos que as partes e o juiz têm de

praticar para que determinado meio de prova fique a fazer parte integrante do processo.”<sup>8</sup>  
(Reis, 1985 :239)

Ou,

“O termo *prova* é usado para referir elementos ou aspectos diversos do *iter probatorium*.

O processo probatório representa um *iter* (caminho) que se desenvolve entre o facto a provar (termo *a quo*) e o juízo (termo *ad quem*). (...) O *terminus a quo* é o facto probando que vem a ser (pela prova) objecto de conhecimento por parte da entidade que o há-de conhecer (juiz). Esse conhecimento é gerado no juiz por percepção ou por dedução com base noutros factos (prova indirecta ou indiciária) ou é-lhe transmitido por outrem (prova indirecta ou representativa). (...)

O *terminus ad quem* da fase externa do *iter probatorium* é um estímulo sensitivo de que resulta o *terminus a quo* da fase psicológica (a percepção do juiz). Esses estímulos sensitivos dependem necessariamente de uma realidade externa que lhes serve, por seu turno, de causa ou fonte.” (Silva G. M., 1993: 79/80)

Afirmando que o CPP não consagra distinções doutrinárias entre os planos estáticos ou dinâmicos da prova, distinguindo tão só os meios de prova dos meios de obtenção de prova, conclui, GERMANO MARQUES DA SILVA, pela demonstração do triplice significado do conceito:

1. *Actividade probatória*, que se consubstancia num conjunto de actos que se destinam a formar uma convicção sobre a situação em juízo;
2. *Resultado*, traduzindo-se este na convicção formada pelo julgador;
3. *Meio* ou instrumento utilizado para formar aquela convicção.

O *thema* da prova são os factos. Ele corresponde aos factos a provar, e segundo o artº 124º CPP será constituído pelos factos relevantes para determinar fundamentalmente a existência ou não do crime e da punibilidade do agente. Mas não só esses factos fazem parte da prova. Também o são aqueles factos que permitem inferir a existência de outros,

---

<sup>8</sup> Neste destacam-se os seguintes momentos: proposição de prova; admissão da prova; produção da prova; assunção da prova.

como recorda, e bem, CAVALEIRO FERREIRA. (Ferreira M. C., Curso de Processo Penal (1º Vol), 1986)

Pode fazer-se uma distinção entre factos principais e factos acessórios, “consoante são condicionantes da decisão, pressupostos da aplicação da lei substantiva, ou se referem à força probatória dos meios de prova que constituem objecto do processo.” (Silva G. M., 1993 :86)

Poderão ainda distinguir-se em actos interiores, como o é, por exemplo, o erro ou o dolo, ou factos exteriores, materializados numa acção ou num evento. Os primeiros, em regra, não se conseguem provar através de prova directa, mas sim indirecta, circunstancial ou indiciária, como veremos adiante.

Podemos, então, concluir com que *a prova é o pressuposto da decisão judicial*, no sentido em que esta é o resultado do que se forma no espírito do julgador, a convicção de que determinada alegação é aceitável - justificadamente aceitável - como fundamento da mesma decisão. (Mendes J. d., 1961)

E ainda, que a prova pode ser directa ou indirecta, se confere ao juiz a percepção de um facto principal, ou, em vez disso, o conhecimento do facto resulta de uma proposição e de um silogismo que conduzem a uma conclusão lógica ligada ao *tema probandum*. Aquilo a que CAVALEIRO FERREIRA chamou “tema de prova em segundo grau”. (Ferreira M. C., 1955-1958: 288)

Ou dito de outra forma, prova directa será aquela em que os “enunciados fácticos têm por objectivo o facto principal, o facto juridicamente relevante. (...) A prova “histórico-representativa”, ou plena, pois permite a representação do facto a provar.” (Pereira, 2012: 21)

É aquela cujo valor probatório é mais elevado, e “se creditadas pelo julgador, serão suficientes para determinar que algo seja dado como provado”, enquanto a prova indirecta pode levantar algumas questões de valoração. (Pereira, 2012 :21) <sup>9</sup>

---

<sup>9</sup> Pese embora haja autores defensores da ideia de que a prova indiciária tem o mesmo valor probatório que a afirmação da qual se inferiu a conclusão. Vide, neste sentido, FERRER BALTRAN (Ferrer Beltrán, 2004).

Sobre esta diferenciação, que, segundo TARUFFO (Taruffo, La prueba de los hechos (tradução Jordi Ferrer Beltrán), 2002) é, nos diversos tipos de classificações, a mais importante, socorrer-nos-emos infra dos ensinamentos mais específicos da doutrina.

### **3.2 Breve referência aos princípios especificamente aplicáveis**

#### **3.2.1 A presunção da inocência e o *In dubio pro reo***

É um princípio consagrado no artº 32º, n.º 2 da Constituição da República Portuguesa, é um direito fundamental do cidadão (artº 18º n.º 1 CRP), sendo reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (artº 11º), pela Convenção Europeia para a protecção dos Direitos, Liberdades e Garantias (artº 6º n.º 2) e pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (artº 6º n.º 2).

Traduz-se na exigência de provas admissíveis e válidas para a condenação do arguido e que esta não exista se não houver prova suficiente. O mesmo vale para a dúvida relativa a facto impeditivo ou extintivo da responsabilidade. Ou seja, caso haja dúvida acerca das circunstâncias justificativas ou desculpantes do arguido, ela terá que correr a favor deste, absolvendo-o.

É, pois, um princípio de prova, que vincula todas as autoridades, obrigando a que todos tratem o arguido como inocente até ser condenado.

Obriga ainda a que, caso exista dúvida aquando da sentença, seja tomada decisão favorável ao arguido.

#### **3.2.2 Imediação e contrariedade**

O **princípio da imediação** pode definir-se como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo. Proximidade essa que vai permitir ao juiz ter uma percepção própria do material que haverá de ter como base da sua decisão.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Neste sentido o Acórdão do STJ de 19/12/2007, processo número 07P4203, relator Santos Cabral.

O princípio da imediação é um princípio estruturante do direito português, tendo no processo penal maior acuidade na audiência de discussão e julgamento. É nela que se produz a prova. Esta é a regra.

De tal forma, que é imperativa a proibição de valoração, para convicção do tribunal, de quaisquer provas que não tenham sido produzidas e examinadas em audiência, como estatui o artº 355º Código de Processo Penal, salvo as exceções previstas nos artigos 356º e 357º, deste último, ou seja, reprodução ou leitura permitidas de autos e declarações do arguido ou de outros intervenientes processuais, naqueles termos.

Esta proibição do artº 355 do CPP mantém toda a sua validade mesmo depois do Acórdão do Tribunal Constitucional 87/99 de 9 de Fevereiro<sup>11</sup>, que definiu que os documentos constantes dos autos não são de leitura obrigatória na audiência de julgamento, considerando-se produzidos e examinados, desde que a sua leitura não seja proibida, e bem assim o Acórdãos do STJ de 27/01/1999<sup>12</sup>, no qual se entendeu que não se exige a leitura em audiência dos documentos constantes dos autos, bastando a existência dos mesmos e a possibilidade de relativamente a eles poder exercer-se o contraditório.

Por sua vez, o Tribunal Constitucional no Acórdão 137/2001 de 28 de Março, considerou que “é claramente lesivo do direito de defesa do arguido, consagrado no nº 1 do artigo 32º da Constituição, interpretar o artigo 127º do Código de Processo Penal no sentido de que o princípio da livre apreciação da prova permite valorar, em julgamento, um acto de reconhecimento realizado sem a observância de nenhuma das regras previstas no artigo 147º do mesmo diploma.” Tendo assim, decidido “Julgar inconstitucional, por violação das garantias de defesa do arguido, consagradas no nº 1 do artigo 32º da Constituição, a norma constante do artigo 127º do Código de Processo Penal, quando interpretada no sentido de admitir que o princípio da livre apreciação da prova permite a valoração, em julgamento, de um reconhecimento do arguido realizado sem a observância de nenhuma das regras definidas pelo artigo 147º do Código de Processo Penal”<sup>13</sup>)

---

<sup>11</sup> Processo 444/98, relator Vítor Nunes de Almeida, publicado no DR II série de 01/07/1999.

<sup>12</sup> Referido no Acórdão relativo ao Processo 1202/10.7PILRS.L1.S1, Relator Pires da Graça.

<sup>13</sup> Idem.

Pretende-se, assim, que a prova seja directa, por ser de mais fácil percepção ao julgador. Só na presença de uma testemunha, por exemplo, é possível deslindar muitas sensações, receios, perceber estados de espírito e compreender até a sua linguagem corporal. E a compreensão desse todo é muitas vezes fundamental para aferir da credibilidade do seu testemunho.

O contacto directo com a prova ou com o meio de prova donde aquela emana é, nesta medida, importantíssimo para o julgador. “As testemunhas são, na expressão de Bentham, os olhos e os ouvidos da justiça. É por meio delas que o juiz vê e ouve os factos que aprecia” escreve-se no Acórdão da Relação do Porto de 04/07/2012.<sup>14</sup>

Destaca-se os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 20/03/2006<sup>15</sup>, de 05/07/2010<sup>16</sup>, e de 28/02/2011<sup>17</sup>, e do STJ de 17/02/2005<sup>18</sup> nos quais se parafraseia ALBERTO DOS REIS: “a oralidade, entendida como imediação de relações (contacto directo) entre o juiz que há-de julgar e os elementos de que tem de extrair a sua convicção (pessoas, coisas, lugares), é condição indispensável para a actuação do princípio da livre convicção do juiz, em oposição ao sistema de prova legal”. (pág 5/6; pág 6; pág 4 e pág 12, respectivamente, dos Acórdãos.)

E é tal a importância da imediação na valoração da prova, que o Acórdão do STJ de 19/12/2007<sup>19</sup>, referindo-a como meio pelo qual o tribunal realiza um acto de credibilização sustentada sobre determinados meios de prova em relação a outros e exemplificando com o testemunho, mais ou menos digno de crédito, diz haver uma incomensurável diferença entre a apreciação da prova em 1ª instância e em tribunal de recurso, já que neste se faz com base na transcrição dos depoimentos. E isto com base na sensibilidade à forma como a prova testemunhal se produz e que só o juiz de 1ª instância tem. É ele quem, com contacto imediato e directo com, v.g. as testemunhas, pode traçar os seus perfis.

De facto, é o juiz de 1ª instância que tem contacto com as reacções do arguido e das testemunhas, das suas hesitações e pausas, dos gestos, das expressões, enfim, de diversas

---

<sup>14</sup> Processo n.º 8768/09, relatora Eduarda Lobo.

<sup>15</sup> Processo n.º 245/06-1, relator Fernando Monterroso.

<sup>16</sup> Processo n.º 144/09.PAPTL.G1, relator Fernando Monterroso.

<sup>17</sup> Processo n.º 2765/07.OTABRG.G1, relator Fernando Monterroso.

<sup>18</sup> Processo n.º 04P4324, relator Simas Santos.

<sup>19</sup> Processo n.º 07P4203, relator Santos Cabral.

particularidades que lhe vão permitir valorar distintamente cada uma delas e entender o porquê. Essa é uma vantagem que a 2ª instância, em princípio, não tem<sup>20</sup>, uma vez que a prova está documentada, mormente por gravações da audiência.

Naquele aresto pode ler-se inclusive, que “as consequências concretas da aceitação de tal princípio definem o núcleo essencial do acto de julgar em que emerge o senso; a maturidade e a própria cultura daquele sobre quem recai tal responsabilidade. Estamos em crer que, quando a opção do julgador se centra em elementos directamente interligados com o princípio da imediação (v.g. quando o julgador refere que os depoimentos não foram convincentes num determinado sentido em consequência da forma como foram produzidos), o tribunal de recurso não tem a possibilidade de sindicar a aplicação concreta de tal princípio.” (pág. 16)

Não existindo nenhum preceito que expressamente se refira ao princípio da imediação no nosso CPP, é-nos possível extraí-lo do conteúdo dos artº128º n.º1, 129º, 130º, 140º n.º 2, 145º n.º 3 e 355º.

Num texto interessante e curioso no qual invoca as vantagens e desvantagens da oralidade e imediação na prova, JORDI NIEVA FENOLL diz ser a imediação “una conquista jurídica y social a la que no podemos renunciar (...). Sin embargo, hay que proveer las herramientas necesarias para que la oralidade y la inmediación puedan servir para algo, puesto que, de lo contrario, en algunos casos provocan todavía más arbitrariedades que las muchísimas que se producían y se producen com la práctica escrita de la prueba. No consiste en absoluto, (...) a volver a esse procedimento escrito. Se trata de que aprendamos a utilizar debidamente algo tan complejo como el mecanismo de inmediación. De nada sirve a cualquier profesional, de cualquier oficio, disponer del más moderno instrumental si previamente no se le instruye en el uso de dicho instrumental. ” (Nieva Fenoll, 2011 :37)

Efectivamente, escreve, ainda que seja “mucho más adequando valorar la credibilidad de una persona viéndola que liéndola”, através do contacto do julgador com o material probatório, “cuando figuraba en un escrito lo que realmente había sucedido, el

---

<sup>20</sup> Salvo quando haja repetição da prova ou havendo novos factos, a produção de prova.

margen de discrecionalidad del juez evidentemente se reducía. Y ello era, y es, muy positivo.” (Nieva Fenoll, 2011 :38)

O que aconteceu, em consequência da enorme valorização da oralidade e imediação, foi que as instâncias superiores confiaram desmesuradamente no critério valorativo do juiz de 1ª instância, por ter presenciado a produção de prova.

A principal vantagem da imediação é que, devido à participação activa do juiz durante a produção da prova, a motivação das decisões é perfeitamente explicável, podendo este justificar cabalmente todas as suas inferências.

Todavia, não pode converter-se num mecanismo para evitar o recurso das decisões. Ao contrário “debe ser la clave para favorecer la dicha recurribilidad”. (Nieva Fenoll, 2011 :51)

O que se mostra imprescindível em todo o processo é “mejorar la instrucción de los jueces en materia probatoria, saliendo de lo estrictamente procedimental y avanzando en el camino de las ciencias que suministran las máximas de experiencia que precisa el juzgador, como la psicología del testimonio o la semiótica textual.” (Nieva Fenoll, 2011 :51)

**O princípio do contraditório**, que o Código de Processo Civil prevê no artº 3º <sup>21</sup>, em Processo Penal faz verdadeiramente sentido na audiência de discussão e julgamento <sup>22</sup>, já que é nela que se debate e discute a prova. É nela que o arguido pode intervir e contraditar.

Só quando se garante que o sujeito processual, mormente o arguido, participa no *iter* processual se assegura o contraditório.<sup>23</sup>

De facto, só fazendo a produção de prova na sala de audiências, v.g. contra-interrogando testemunhas, *in loco*, se salvaguarda o “right of confrontation” de inspiração anglo-saxónica, facultando-se uma melhor protecção dos direitos de defesa do arguido,

---

<sup>21</sup> No artº 3º CPC refere-se expressamente “ao longo de todo o processo”.

<sup>22</sup> No inquérito não existe e em sede de Instrução apenas existe na prova produzida no debate instrutório (artº 302º CPP).

<sup>23</sup> Em Processo Civil exige-se uma igualdade de armas (artº 4º CPC): as partes podem oferecer provas e pronunciar-se sobre as apresentadas pela outra parte. Esta igualdade de armas, em Processo Penal, é questionável.

permitindo também obter uma realização da verdade processual mais credível. (Rodrigues A. M., 2002)

Uma das decorrências deste princípio é o facto de impossibilitar que o arguido seja condenado com base em elementos de prova que não tenham sido discutidos nos autos.

Este princípio tem consagração constitucional (artº 32º n.º 5 CRP), e na lei processual penal consta do artº 327º n.º 2, sendo também inferido dos artº 301º n.º 2, 321º n.º 3, 322 n.º 2 e 323 f) CPP.

Uma nota a fazer aqui e que nos parece importante é a seguinte: a lei 20/2013 de 21 de Fevereiro, que alterou o artº 356º CPP, concretamente os n.º 3 e 4, veio admitir a reprodução ou leitura de declarações anteriormente prestadas pelo assistente, as partes civis e pelas testemunhas perante *autoridade judiciária*, e já não apenas perante o juiz, no que disser respeito ao avivamento da memória de quem declarar na audiência que já não se recorda dos factos ou quando houver contradições ou discrepâncias, entre elas e as feitas em audiência, admitindo-se, igualmente a leitura de declarações prestadas perante autoridade judiciária quando, esgotadas as diligências para apurar o seu paradeiro, não tiver sido possível a notificação dos declarantes para comparecimento em audiência.

Assim sendo, acompanhando ISABEL ONETO, poderemos concluir que esta alteração legislativa veio enfraquecer os princípios do contraditório e da imediação. (Oneto, 2013)

### **3.3 A prova como direito do arguido**

Fixado o *thema probandum*, com o despacho de acusação (ou de pronúncia, havendo Instrução) o arguido adquire o direito de defesa na sua plenitude. Com aquele despacho o arguido fica a conhecer os factos que lhe são imputados, bem como os meios de prova que os indiciam, podendo a partir de então exercer o seu direito de defesa cabalmente.<sup>24</sup>

---

<sup>24</sup> Recordando o Acórdão do STJ de 03/09/2008: “a vinculação temática do tribunal constitui pedra angular de um efectivo e consistente direito de defesa do arguido – sem o qual o fim do processo penal é inalcançável – , que assim se vê protegido contra arbitrários alargamentos da actividade cognitiva e decisória

Durante todo o processo o arguido tem direito a requerer produção de prova; não obstante, no Inquérito tal direito é muito limitado.<sup>25</sup> Dir-se-ia que nesta fase o direito de defesa do arguido é um “direito de defesa parcial” (Oneto, 2013 :173). Na Instrução pode já oferecer prova, não estando, porém, o juiz a ela vinculado.

Na fase de julgamento o magistrado só recusa o pedido de produção de prova apresentado pelo arguido nos termos do artº 340º CPP, isto é, se ela for legalmente inadmissível<sup>26</sup>, irrelevante, supérflua<sup>27</sup>, inadequada, inalcançável ou meramente dilatória.

---

do tribunal e assegura os seus direitos de contraditoriedade e audiência.” (Acórdão do processo número 08P2044, relator Santos Cabral, pág. 25)

<sup>25</sup> Pode apresentar exposições, memoriais e requerimentos, nos termos do artº 98º CPP, desde que se contenham dentro do objecto do processo ou se destinem a salvaguardar direitos fundamentais.

<sup>26</sup> No nosso ordenamento são admitidas as provas que não forem proibidas por lei, conforme artº 125º CPP, estabelecendo-se, deste modo, o princípio de liberdade da prova e da sua atipicidade.

A prova obtida ilegalmente ou através de meios proibidos tem como sanção a nulidade e o seu não aproveitamento no processo. (A este propósito distintas posições doutrinárias são preconizadas). Pretende-se assim salvaguardar direitos fundamentais, ainda que, para tal, tenha que se sacrificar, algumas vezes, a descoberta da verdade. Subjaz-lhe a ideia de que a verdade não é um valor absoluto, pelo que não pode ser investigada a «qualquer preço».

Distingue-se aqui as proibições de prova das regras de proibição de prova. As primeiras traduzem-se em verdadeiros limites da descoberta da verdade material, sendo proibidas por estarem em causa valores extraprocessuais, pela força jurídica dos preceitos que consagram (perspectiva de COSTA ANDRADE); as segundas têm a ver com a violação de normas processuais. São, no entender do Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 10/04/2013, “*meras prescrições ordenativas de produção da prova* cuja violação não acarreta a proibição da valoração da prova. (...) A sua inobservância não colide com nenhum direito de defesa do arguido.” (Ac. no processo n.º 269/11.5GAALJ.P1, Relator Melo Lima.)

Atente-se, ainda, ao anterior aresto do STJ, de 02/04/2008: “As proibições de prova são «barreiras colocadas à determinação dos factos que constituem objecto do processo». Mais do que a modalidade do seu enunciado, o que define proibição de prova é a prescrição de um limite à descoberta da verdade. Normalmente formulada como proibição, a proibição de prova pode igualmente ser ditada através de uma imposição, e mesmo de uma permissão. É que toda a regra relativa à averiguação dos factos proíbe ao mesmo tempo as vias não permitidas de averiguação.

VII - A proibição de prova em sentido próprio no sistema processual penal português é somente aquela norma probatória proibitiva cuja violação possa redundar na afectação de um dos direitos pertencentes ao núcleo eleito no art. 32.º, n.º 8, da Lei Fundamental, e que o art. 126.º do CPP manteve, sem alargar.

VIII - Diferentemente, as regras de produção da prova – cf., v.g., o art. 341.º do CPP – visam apenas disciplinar o procedimento exterior da realização da prova na diversidade dos seus meios e métodos, não determinando a sua violação a reafirmação contrafáctica através da proibição de valoração. As regras de produção da prova configuram «*meras prescrições ordenativas de produção da prova, cuja violação não poderia acarretar a proibição de valorar como prova (...)* mas unicamente a eventual responsabilidade (disciplinar, interna) do seu autor». Uma vez pré-ordenadas à maximização da verdade material (como forma de assegurar a solvabilidade técnico-científica do meio de prova em causa), as regras de produção da prova podem igualmente ser ditadas para obviar ao sacrifício desnecessário e desproporcionado de determinados bens jurídicos.” (Ac. Processo 08P578, relator Santos Cabral).

O artº 126º CPP, onde se prevê a nulidade das provas conseguidas através de métodos proibidos de prova, é um desenvolvimento do artº 32º n.º 6 CRP. (O n.º 1 do artº 126º CPP corresponde ao n.º 6, 1ª parte, do artº 32º CRP).

Isto significa que se exige que todas as limitações ao direito de apresentar prova terão que ser proporcionais e não arbitrárias. “Pelo que o direito à prova é o direito à prova relevante.” (Pereira, 2012 :13)

O direito à prova decorre do direito constitucional à tutela efectiva, uma vez que emana dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, que, conforme refere MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, assegura e efectiva o seu direito de acção e de defesa. (Sousa M. T., 1997)

Trata-se, pois, de um direito com a mesma natureza de direito fundamental, estando igualmente consagrado na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, artº 6.3 d), e no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, artº 14º n.º 3 d) e e), sendo também reconhecido noutros ordenamentos jurídicos, v.g. o espanhol e o italiano.

Sendo a prova um direito do arguido, há uma questão que nos parece dever aqui colocar-se: a possibilidade de ser valorada, ou não, em favor do arguido, a prova proibida. Isto é, a prova obtida com violação de direitos fundamentais, a que se referem os artº 32º n.º 8 CRP e 126º CPP.

Sabendo que tais proibições existem, fundamentalmente para protecção do arguido contra intromissões abusivas do poder público, é legítimo que se utilize as provas assim conseguidas, ainda que para demonstrar a inocência, ou, pelo menos, para criar a dúvida no espírito do julgador, impedindo-o de condenar?

---

No n.º 3 daquele preceito estão contidas possibilidades de obtenção de prova em situações excepcionais, desde que estejam previstas na lei, sejam necessárias, proporcionais e não violem o núcleo essencial do direito (artº 18º n.º 2 e 3 CRP) e correspondem ao estabelecido no artº 32º n.º 6, 2ª parte, CRP.

GERMANO MARQUES DA SILVA faz a distinção dos tipos de proibições de prova: proibições do *tema* de prova, ou seja, factos que não podem ser objecto de prova; meios de prova que não podem ser utilizados (e dá como exemplos os artº 134º n.º 2 e 356º CPP); métodos de investigação que não são admissíveis para obtenção de meios de prova (artº 126º n.º 2 CPP) e proibições relativas de prova, isto é, prova passível de ser produzida em determinados casos (v.g artº 177º, 179º, 180º e 187º CPP).

<sup>27</sup> GERMANO MARQUES DA SILVA faz uma nota pertinente: a pretexto da superfluidade por vezes a prova, nomeadamente a testemunhal, é recusada, e, de facto, não o deveria ser, pois não se sabe o que é que a testemunha pode trazer de novo ou de pertinente ao processo. Nesses casos trata-se de uma limitação grave do direito em causa. O mesmo se diga relativamente à relevância da prova. Há nessas situações um juízo *ex ante* do tribunal, que não deverá ser aceitável. De todo o modo, considerar a prova relevante ou irrelevante não é valorar, é aferir da sua necessidade, mas ainda assim (a menos que seja demasiado óbvio que apenas servirá para confirmar factos dos quais po tribunal já tenha conhecimento ou consubstanciem manobras dilatórias) deverão ser aceites no processo.

Como constata FERNANDA PALMA “os interesses gerais da investigação e da prossecução da justiça penal terão de ser sacrificados sempre que contendam com esta reserva absoluta da personalidade”. (Palma, 2007: 663) Mas aqui não falamos desse tipo de interesses, e sim de algo muito mais amplo. O que aqui está em causa é o sacrifício da liberdade e da dignidade da pessoa.

Lançando mão do princípio da proporcionalidade, teríamos que sopesar a ofensa ao núcleo essencial do direito à reserva da intimidade da vida privada e a ofensa ao direito à liberdade. (Novais, 2004) E assim, pese embora haja opiniões distintas, parece ser de acolher a tese de CLÁUDIO LIMA RODRIGUES ao defender que “se for a única forma possível de salvar a condenação de um inocente, parece dever valorar-se essa mesma prova, como forma de evitar o intolerável atentado à dignidade humana em que se traduz a condenação penal.” (Rodrigues C. L., 2013 :43).

Da mesma ideia comungam autores brasileiros como ADA P. GRINOVER, LUIZ F. TORQUATO, JOSÉ C.B. MOREIRA e A. S. FERNANDES, alicerçando-se na obediência ao direito de defesa e ao princípio do *favor rei*<sup>28</sup> (*favor innocentia, favor libertatis* ou *in dubio pro reo*) e argumentando que a “ilicitude é eliminada por causas excludentes de antijuridicidade, tendo em vista o princípio da inocência.” (Silva B. G., 2008: 5)

---

<sup>28</sup> A doutrina e jurisprudência brasileiras, acolhendo a teoria do princípio *favor rei* para favorecer o arguido, distinguem a prova ilícita *pro reo* e a prova ilícita *pro societate*. A prova ilícita a ser aceite sê-lo-á em favor do arguido, portanto, *pro reo*, sendo esta ideia comumente aceite. A aceitação da prova ilícita *pro societate* é claramente minoritária, existindo apenas uma decisão do STJ.

## 4. Relação entre a prova e a busca da verdade.

### 4.1 O que se entende por verdade?

Sustentava MITTERMAIER que a verdade histórica é aquela que procuramos obter sempre que queremos assegurar-nos da realidade de certos acontecimentos que ocorreram em determinado tempo e espaço. (Mittermaier, 1879) Esta perspectiva, tendo sido já superada pela filosofia moderna, continua ainda a ser inspiração para muitos dos processualistas actuais.

É um facto que a busca da verdade substancial ou material, além da participação das partes e da produção da prova, legitima as decisões judiciais, defende ARENHART.

E continua dizendo que “a verdade formal assemelha-se ao conceito de “ficção de verdade”. Obedecidas as regras do ônus da prova e decorrida a fase instrutória da ação, cumpre ao juiz ter a reconstrução histórica promovida no processo como completa, considerando o resultado obtido como verdade.” (Arenhart, 2005: 8)

O processo pode ser concebido como um *procedimento epistémico*, no qual se recolhem e se utilizam conhecimentos com o objectivo de reconstruir a verdade de determinadas situações de facto. Deste ponto de vista não há grandes diferenças entre o processo civil e o processo penal, já que em ambos a decisão só será justa se estiver fundada numa determinação correcta e científica dos factos.

Pese embora seja discutível que Processo Civil e Processo Penal buscam verdades distintas, ainda há na doutrina quem assim o considere. É o caso de ANTÓNIO CINTRA, ADA GRINOVER, C. DINAMARCO, *et alii*, para quem “enquanto no processo civil em princípio o juiz pode satisfazer-se com a verdade formal (ou seja, aquilo que resulta ser verdadeiro em face das provas carreadas aos autos), no processo penal o juiz deve atender à averiguação e ao descobrimento da verdade real (ou verdade material), como fundamento da sentença. [...] No processo penal, porém, o fenómeno é inverso: só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real.” (A. Cintra, 2002: 65)

A verdade formal poderá, então, também designar-se verdade judicial, uma vez que foi produzida em consonância com a prova emergente dos autos e está devidamente fundamentada por tudo o que consta do processo, não representando uma imposição estadual. Trata-se, no processo civil, maioritariamente, de conflitos atinentes a direitos

disponíveis, razão pela qual se consagra a adopção da verdade formal em preceitos como o que estabelece os efeitos da revelia (artº 567º CPC) como considerando-se confessados os factos alegados pelo autor.

Distintamente, no processo penal, predomina a indisponibilidade de interesses, motivo pelo qual aquilo que se investiga deverá corresponder à sua plenitude, sem presunções ou ficções, aproximando-se o mais possível à retratação da realidade.

Todavia, há também quem entenda (v.g. Conselheiro QUIRINO SOARES<sup>29</sup>) que, de acordo com o princípio da averiguação da verdade material ou da investigação, os poderes do juiz deverão estar direccionados para a descoberta da verdade histórica e não ao serviço de qualquer realidade fictícia, resultante de condicionantes de índole procedimental ou formal.<sup>30</sup>

Apesar de a verdade material nem sempre ser alcançável graças às dificuldades de reconstrução dos acontecimentos tal como ocorreram, não deve o juiz contentar-se “com o acervo probatório produzido pelas partes quando este não for suficiente para formar sua convicção acerca da existência ou não dos factos. Segundo a visão publicista do processo<sup>31</sup>, tem o juiz interesse no resultado do processo e, sendo assim, imperioso que, quando necessário, o juiz se valha dos seus poderes instrutórios para que possa julgar a causa apoiado num conjunto probatório que acredite retratar o que melhor se aproxime da verdade dos factos.” (Silva, 2014 :25)

A verdade é um factor de legitimação do direito processual. Ligado à busca da verdade está o principal instituto do direito processual: a prova.

---

<sup>29</sup> Apontamentos Processo Penal das aulas leccionadas por MIGUEZ GARCIA, Curso de Preparação para o CEJ, Universidade Portucalense, 2007.

<sup>30</sup> E não se pense que a adopção de algumas soluções de consenso em processo penal, como a confissão livre e integral, que em alguns casos dispensa demais prova, os institutos da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo (artº 344º, 281º e 392º, CPP, respectivamente), que incidem directamente na fixação da culpa, ofusca o traço marcado pelo princípio em análise, pois as sanções penais, penas e medidas de segurança, são aplicadas aos verdadeiros agentes dos crimes, na medida em que a realização do direito penal e a própria existência do processo penal, só são constitucionalmente legítimas se aquele princípio for respeitado. Desde logo o princípio da culpa tem uma base ontológica: só quem verdadeiramente for culpado pode ser punido, e sê-lo-á sempre na medida da sua culpa.

<sup>31</sup> No sentido de que esta sustenta que o interesse público existente em qualquer processo deve prevalecer relativamente ao interesse das partes. O incremento dos poderes decisórios do juiz decorre desta concepção, na qual o juiz não é já um mero espectador das partes, ante a necessidade de o Estado – juiz actuar na defesa do interesse público.

Naturalmente, seria difícil legitimar as decisões judiciais se não houvesse a pretensão da reconstrução dos factos. Essa é a raiz da relevância da verdade substancial. “Eis a função primordial do processo: conhecer (*cognoscere*); e esta é a matriz legitimante de toda a actividade jurisdicional.” (Arenhart, 2005: 6)

Ultimamente a doutrina moderna do direito processual tem vindo a contrariar a distinção verdade formal/substancial, considerando que os interesses objecto da relação jurídica processual penal não têm qualquer particularidade que permita a inferência de que se deva aplicar métodos distintos dos utilizados no processo civil. E, neste sentido, o argumento base é que se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, no processo civil existem também interesses fundamentais da pessoa humana, como sejam a família, a capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais.

Também CARNELUTTI critica aquela distinção, sustentando que aceitar uma verdade formal em contraposição à substancial, implica reconhecer que a decisão judicial se baseia numa não-verdade. (Carnelutti, Verità, dubbio, certezza, 1965) Recordando MICHEL VILLEY, uma verdade parcial, imperfeita ou meramente formal, por uma questão de lógica, não pode ser verdade. (Villey, 1995)

Não obstante toda a teoria processual esteja alicerçada no ideal de verdade como único caminho que pode conduzir à justiça, por ser o pressuposto para a aplicação da lei ao caso concreto, sabemos ser utópico, como já aqui se disse, alcançar a verdade real. Como referia VOLTAIRE, a verdade histórica não é mais que probabilidade. (Voltaire, 1877) Assim, crê-se, a essência da verdade é inatingível.

Até porque quando se tenta reconstruir um facto há uma dose de subjectividade que não se pode olvidar. Desde logo, os aspectos subjectivos das testemunhas, mas também o do próprio juiz, que vai valorar a evidência concreta. O juiz é um ser humano sujeito a valorações subjectivas da sua realidade. Na verdade, o que se lhe poderá exigir é que na valoração das provas carreadas ao processo não divirja da opinião comum média.

A este propósito expõe RUI PORTANOVA, na sua obra “Motivações Ideológicas da Sentença”, três ordens de motivações para a sentença judicial: probatória, pessoal e ideológica. E como exemplo de motivações pessoais refere as interferências psicológicas, sociais, culturais, personalidade, preparação jurídica, valores, sentimento de justiça, percepção da função, ideologia, stress, remorsos e intelectualização. (Portanova, 1994)

GIOVANNI VERDE sublinha, e bem, que as regras da prova não regulam apenas os meios mas também a própria actividade do juiz, traçando-lhe limites. (Verde, 1988) Não

só porque em alguns casos impõem determinada valoração das provas mas também porque estabelecem como inadmissíveis certas fontes de conhecimento.

A distinção entre verdade formal e material foi, então, substituída pela diferenciação entre verdade e verossimilhança.

CARNELUTTI havia substituído a verdade pela certeza, operando uma mudança de paradigma. Abandonando o do objecto, fixa-se no paradigma do sujeito, centrando-se na procura da certeza, conceito subjectivo e relativo ao sujeito cognoscente.

De acordo com esta perspectiva a verdade possui três dimensões, dependendo do ângulo visual de que é vista: as das partes e a do juiz.

Dizer que determinado facto é verdadeiro significa que “quem emitiu o juízo atingiu o grau máximo de verossimilhança, respeitados os meios disponíveis e limitados da cognição de que dispõe o sujeito, dando-lhe certeza subjectiva de que tal facto assim ocorreu” (Valle, 2007: 4), sustenta PIERO CALAMANDREI. (Calamandrei, 1955: 165) Assim, “tem-se que a decisão judicial não reflecte a verdade. O que ocorre é a imposição de certos fatos – pressupostos da decisão – como verdadeiros. [...] Por mais perfeita que seja a autuação do juiz, seu juízo não passará de um juízo de verossimilhança.” (Valle, 2007 :4)

O que é, então, a verossimilhança?

É, na opinião de BAPTISTA DA SILVA, e na senda de CALAMANDREI “a verdade contextual e possível que preside à actividade processual” (Silva O. A., 2009: 8),

Por mais atento e escrupuloso que seja o julgador, existe sempre o limite da relatividade, inerente à natureza humana, daí que “o que se vê é aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade.” (Arenhart, 2005: 17).

Para atingir o conceito de verossimilhança VALLE lança mão da ideia de experiência, daquilo que normalmente acontece. Assim: “a verossimilhança tem uma forte ligação com as máximas da experiência, ou seja, tem-se algo por verossímil quando, presente um dado antecedente, acredita-se possivelmente verdadeiro aquele alegado conseqüente, tudo com base na experiência anteriormente adquirida por meio de observação. [...] A ideia de se algo é verossímil ou não é revestida de um grau de subjectividade bastante elevado.” (Valle, 2007: 4)

Esta verosimilhança depende de critérios subjectivos, variáveis de acordo com o sujeito cognoscente. O facto de, com a evolução da ciência, factos que não eram tidos como verídicos passam a aceitar-se enquanto tal, ou, nas palavras de ARENHART, a ter “ares de possíveis ou mesmo verossimilhantes.” (Arenhart, 2005: 18)

A verdade aproximada, factível, que o conceito de verosimilhança permite parece, contudo, insuficiente, uma vez que o grau de aproximação à realidade é ainda indeterminado.

O conceito em causa implica uma conexão com a ideia de possibilidade e probabilidade. Necessário se torna, então, procurar um referencial que consubstancie tais distinções e que possa ser observado pelo julgador no decorrer do processo, capaz de se adequar às necessidades da ciência <sup>32</sup> e às possibilidades de cognição humana.

A filosofia moderna, pela mão de JURGEN HABERMAS apresenta uma proposta com base na seguinte concepção: a verdade sobre determinado facto não se descobre, ao invés, se constrói dialecticamente através da argumentação das partes, pelo que o processo é o espaço utilizado para a “construção” da verdade.

A razão deixa de estar no mundo (paradigma do ser) ou no sujeito individual (paradigma do sujeito), passando a estar “naquilo que os sujeitos produzem a partir de certos elementos comuns (a linguagem).” (Arenhart, 2005: 17)

Não é a subjectividade que interessa mas a intersubjectividade. Preponderante passa a ser o diálogo (comunicação). Há, de certa forma, um retorno à ideia aristotélica da tópica e da retórica.

A busca do conhecimento verdadeiro dar-se-á, então, através da dialéctica<sup>33</sup>. O objecto do conhecimento deve ser debatido, tendo em conta a parcela de conhecimento de cada sujeito relativamente ao objecto, a fim de aperfeiçoar a verdade sobre o mesmo.

Busca-se um consenso que permita o conhecimento e não já um conhecimento de consenso. Esse consenso implica aceitação prévia<sup>34</sup> de critérios necessários para a comunicação.

---

<sup>32</sup> Aí se incluindo o processo.

<sup>33</sup> A dialéctica aristotélica era, assim, uma tentativa de aproximação da verdade.

<sup>34</sup> *A priori*, no sentido dos apriorismos kantianos.

A filosofia moderna designa a técnica probatória baseada na dialéctica e no debate acerca dos argumentos de prova de *ordem isonómica*. Significando a existência de uma prévia isonomia quer entre partes quer entre estas e o julgador.

Partindo-se deste método consegue-se construir a verdade, legitimada pela argumentação em colaboração e não em conflitualidade. O papel activo do julgador adicionar-se-á às versões parciais de cada parte, construindo-se uma verdade possível.<sup>35</sup>

Será aqui relevante o papel do contraditório. “É este elemento a válvula reguladora que permitirá estabelecer o nível de argumentação dialéctica e, conseqüentemente, da legitimação da construção da verdade.” (Arenhart, 2005: 29)

É, assim, a interacção entre os sujeitos que permite o conhecimento. A verdade é o que o consenso do grupo, alicerçado na premissa da argumentação com base no contraditório (ou seja, com base em *posições de verosimilhança* e no *diálogo argumentativo*), determina HABERMAS.<sup>36</sup>

É a “verdade factível”, aquilo que se consegue pelo consenso habermasiano, à qual estão indelevelmente associadas a argumentação e a persuasão.

E é neste contexto que se impõe a distinção das noções de possibilidade, verosimilhança e probabilidade, como se referiu supra, na medida em que é a intensidade do contraditório que a permite.

Assim, a possibilidade será a aparência da verdade, conseguida apenas com a argumentação de uma das partes, sem contraditório.

A verosimilhança implicará um contraditório, mas incipiente.

A probabilidade é o mais próximo da verdade possível para o conhecimento humano e que é conseguida através do debate e do contraditório pleno, no qual há interacção entre os sujeitos – a argumentação dialéctica.

---

<sup>35</sup> “O juiz, para proferir a decisão, elabora a própria [verdade] – que pode ser a versão inteira ou parcial de uma das partes. A convicção do juiz se faz a partir da argumentação e das provas trazidas ao processo, inclusive as determinadas de ofício, o que gera uma verdade construída no processo. O que legitima a decisão jurisdicional é a devida participação das partes e do juiz, ou melhor, as próprias regras que criam balizas para a construção da verdade processual.” (MARINONI, 2005: 457)

<sup>36</sup> A teoria de HABERMAS foi, todavia, alvo de críticas, nomeadamente de MIGUEL REALE, que assegura que aquela teoria não determina como é que as normas adquirem o mínimo de certeza e segurança necessário e exigível pela ordem jurídica (Reale, 1994)

Nestes termos a “prova assume, então, um papel de argumento retórico, elemento de argumentação, dirigido a convencer o magistrado de que a afirmação feita pela parte, no sentido de que alguma coisa efectivamente ocorreu, merece crédito.

(...) A prova (...) assume a condição de um *meio retórico, regulado pela lei, e dirigido a, dentro dos parâmetros fixados pelo Direito e de critérios racionais, convencer o Estado-juiz da validade das proposições, objecto de impugnação, feitas no processo.*” (Arenhart, 2005: 34)

Meio retórico porque, antes de mais, se destina a estabelecer o diálogo entre as partes e o juiz, por forma a conseguir o convencimento do juiz da validade ou verosimilhança dos factos, das pretensões ou excepções objecto desse diálogo.

E deve enquadrar-se nas prescrições legais que serão os critérios prévios que determinam a possibilidade do diálogo e o modo de produção da prova no processo.

Importa ainda sublinhar que o convencimento do julgador merece especial atenção, pois, conforme já se referiu, não deixa de ser influenciado por critérios políticos, sociais, económicos e históricos.<sup>37</sup> É, assim, fundamental que o juiz esteja no centro da actividade probatória, já que é ele que deve estar convencido, ou não, da validade das proposições formuladas.<sup>38</sup>

Esta nova ótica de encarar o fenómeno probatório é muito mais rica e mais condicente com a realidade, entende ARENHART. “Deixando os paradigmas do objecto e do sujeito, pode-se observar o fenómeno do conhecimento através de outra luz, e, com isso, talvez, seja viável encontrar novos horizontes para o direito processual e para as possibilidades de tutela estatal.” (Arenhart, 2005: 37)

---

<sup>37</sup> Neste sentido também MICHEL FOUCAULT: essas condições não têm necessariamente que ser um obstáculo para o sujeito do conhecimento. É através delas que se formam as relações de verdade. (Foucault, 1996)

<sup>38</sup> A. F. CÂMARA e FREDIE D. JR. (*et alii*) referem a este propósito dois tipos de destinatários da prova: um directo, o Estado-juiz e outro indirecto, as partes. Estas também precisam ser convencidas para que lhes seja possível acolher a decisão. (Câmara, 2006) (Jr, Braga, Oliveira, 2010)

Entre nós o a jurisprudência tem afirmado bastas vezes o «princípio da verdade material» como princípio constitucional e referido a justiça material baseada na verdade dos factos como valor indisponível.

O acórdão do STJ de 06/10/2010 já expressa: “a verdade processual, na reconstituição possível, não é nem pode ser uma verdade ontológica.” E, no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13/02/2013 pode ler-se que “o cerne da prova penal assenta em juízos de probabilidade e a obtenção da verdade é, em rigor, um objectivo inalcançável, não tendo por isso o juiz fundamento racional para afirmar a certeza das suas convicções sobre os factos. A decisão de considerar provado um facto depende do grau de confirmação que esses juízos de probabilidade propiciem.

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

ANA M. BARATA DE BRITO, cremos influenciada por CASTANHEIRA NEVES, fala numa verdade prático-jurídica, através das provas livremente apreciadas, já que este Professor entende não ser outra a verdade que interessa ao processo penal senão a que traduza uma “determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela pois uma verdade teórico-prática.” (Neves A. C., 1968: 48/9)

E acompanhamos os autores, porque, de facto nos parece que assim é, já que o que acontece em tribunal é uma reconstituição do que é verosímil ter acontecido. A reconstituição judicial dos factos não escapa à subjectividade não só do juiz mas também dos demais intervenientes no processo, v.g. testemunhas e peritos, pelo que não pode ser captado na sua plenitude. A este propósito, também, LAURA MIRAUT (“La sentencia judicial entre la recreación y la substitución de los hechos”, 2001).

E JOAQUIM MALAFAIA esclarece: cada indivíduo apreende apenas a parte de um todo, do que realmente sucedeu. Não é, inclusivé, por se estar perante o acontecimento que se apreende a totalidade do que acontece, e isto porque “somos, ou podemos ser, atraídos pelos nossos sentidos e ainda devemos contar com o factor ilusão que outrem possa provocar.” (Malafaia, 2010: 566)

Isto porque se trata de perceber o acontecimento, o que é feito recorrendo aos sentidos.

E é tanto mais verdade quanto estejamos perante a «prova rainha»: a prova testemunhal. Efectivamente, independentemente da evolução da tecnologia e da ciência, a

prova testemunhal continua a ser o meio de prova mais valorado. Falamos aqui das contingências do testemunho e da forma como é prestado.

Assim, há que ter em conta que uma coisa é o que na realidade aconteceu, outra o que a pessoa apreendeu ou como viu os acontecimentos, e outra ainda é a memória, sendo que esta corresponde à capacidade de reter, no cérebro, os acontecimentos.

Estas contingências são, assim, de extrema importância e serão de considerar quando se discute o que se deve entender por verdade.

Concluiremos este ponto, dizendo que numerosas vezes, nomeadamente CASTANHEIRA NEVES, FIGUEIREDO DIAS, M. CLARA CALHEIROS e JOAQUIM MALAFAIA, vão no sentido do que escreve JOANA AGUIAR E SILVA: “Encontra-se hoje em crise, no domínio do processo penal, a ideia da procura e determinação da verdade material – aquela que subjectivamente corresponderia aos factos. É necessário que se diga que estamos perante um mito. – o processo judicial não contém os factos, mas apenas a narração deles, de muitas origens e com múltiplas intenções, de que a sentença judicial ficará inexoravelmente contaminada, sendo que ela própria não deixa de ser uma narração mais uma vez.” (Silva J. A., 2001: 37) A verdade é, assim, o que for verosímil, mais plausível, tendo em conta as provas carreadas nos autos.

Esta afirmação e a ideia a ela subjacente não nos parece contradizer a proposta apresentada por HABERMAS e seguida por ARENHART.

De facto, ao nível da doutrina jurídica verificamos que actualmente parte dela, que subscrevemos, refere que o problema da verdade processual poderá ser mais correctamente formulado em termos de grau de confirmação de probabilidade que as provas podem fornecer aos enunciados dos factos.

A tendência que hoje prevalece “es la que lleva a formular criterios distintos en el proceso civil y en el proceso penal: en el proceso civil el criterio es el de la *probabilidad prevalente*, o sea de lo *más probable que no* o de la *preponderance of evidence*. En el proceso penal, por el contrario, el criterio típico es el de la prueba *más alla de toda duda razonable o proof beyond any reasonable doubt*.” (Taruffo, 2008 :102)

O standard da probabilidade prevalecente funda-se, segundo TARUFFO, em quatro premissas. A saber: 1) que a decisão do juiz se conceba como o resultado final de uma escolha entre várias hipóteses possíveis relativas à construção de cada facto; 2) que essas escolhas tivessem sido conduzidas por critérios de racionalidade; 3) que seja considerada

racional a escolha que se reputa verdadeira por estar melhor justificada pelas provas relativamente a qualquer outra hipótese, e, 4) que se utilize, na valoração das provas, não um conceito genérico de probabilidade como mera incerteza, mas um conceito específico de probabilidade como grau de confirmação da verdade de um enunciado sobre a base dos elementos de confirmação disponíveis.

O que nos conduz ao seguinte: relativamente à primeira premissa, e uma vez que cada enunciado hipotético pode ser verdadeiro ou falso, as provas servem como elementos de conhecimento em função dos quais o juiz vai determinar qual das hipóteses crê ser verdadeira, tendo, assim uma base racional da decisão entre verdadeiro e falso.

Relativamente à segunda premissa, trata-se de escolher a opção com utilização de critérios racionais e não apenas na sua própria convicção pessoal (do juiz).

A terceira premissa implica que apenas se pode reputar verdadeiro o que foi possível dar como provado e apenas e só na medida em que o foi.

A quarta exige que adoptemos uma perspectiva metodológica precisa no que se prende com o conceito de probabilidade, recorrendo a graus, de forma a que seja possível identificar probabilidades baixas, médias ou elevadas, conforme os casos.

Basicamente trata-se de, entre as diversas hipóteses possíveis relativamente a um facto se prefira aquele que conta com um grau mais elevado de probabilidade.<sup>39</sup>

Fundamental será, nesta medida, a correcta interpretação da regra da probabilidade prevalecente, que pode definir-se como o standard de “grado *mínimo necesario* de confirmación probatoria necesaria para que un enunciado pueda ser considerado “verdadero”.” (Taruffo, 2008: 106)

O standard da probabilidade prevalecente não é apenas um critério de racionalidade da valoração judicial da prova. É, também, objecto de uma opção legislativa, partilhada, actualmente, por grande parte dos ordenamentos jurídicos.

---

<sup>39</sup> TARUFFO alerta para aquelas situações em que há duas probabilidades, v.g. facto A com 40% e facto B com 30%. A regra da probabilidade prevalecente indicaria a opção A, todavia não será assim já que a “regla del más probable que no” nos dice que es más probable (60%) que el enunciado A sea falso y no verdadero; mientras que el enunciado B es falso con una probabilidad del 70%. Ninguna de las dos hipótesis cuenta con una probabilidad prevalente”. (Taruffo, *La Prueba, Artículos y Conferencias*, 2008: 106)

É possível que seja o próprio legislador a definir se em determinados casos é necessário certos graus de confirmação diferentes (superiores ou inferiores) para justificar as decisões judiciais. O “mínimo necessário” pode variar por opção legislativa. É o que acontece, por exemplo, no processo penal, que exige um grau particularmente elevado.

Em nesses casos será não apenas o critério mais racional mas também o mais justo.

No processo penal o standard de prova é a prova além de qualquer dúvida razoável, justificado por razões de natureza ética ou ético-política. “Se trata de lograr que el juez penal pueda condenar al imputado solamente cuando haya alcanzado (al menos en tendencia) la “certeza” de su culpabilidad; mientras que el imputado deberá quedar absuelto todas las veces en las que existan dudas razonables, a pesar de las pruebas en su contra, de que sea inocente. El estándar probatorio en cuestión es por lo mismo particularmente elevado – y es mucho más elevado que el de la probabilidad prevalente – porque en el proceso penal entran en juego las garantías a favor de los acusados, que no tienen equivalente en el caso del proceso civil. Se trata, por lo tanto, de la elección de una *policy* lo que explica la adopción del criterio de la prueba razonable: la *policy* es la de limitar las condenas penales únicamente a los casos en los que el juez haya establecido con certeza o casi-certeza (o sea sin que exista, con base en las pruebas, ninguna probabilidad razonable de duda) que el imputado es culpable.” (Taruffo, 2008: 113) Esta justificação ética não exclui justificações jurídicas: “es posible conectar este estandar de prueba con principios fundamentales del proceso penal moderno que se refieren a las garantías procesales del imputado y al deber de racionalidad de la decisión, y de su justificación, que corresponde al juez penal.” (Taruffo, 2008: 113)

Se assim é, e assumindo esta noção de “verdade”, podemos também defini-la como a conformidade da noção ideológica com a realidade. E a crença na percepção desta conformidade é a certeza.<sup>40</sup>

---

<sup>40</sup> Sobre a certeza faz MALATESTA, em “A lógica das provas em matéria criminal”, 1927, uma dissertação interessantíssima, da qual decorrem as seguintes conclusões: pode distinguir-se 3 tipos de certeza: a certeza puramente lógica, relativa às verdades puramente inteligíveis; a certeza física, relativa a verdades sensíveis, que é a que se obtém a partir dos sentidos; e uma terceira, a certeza mista, que combina as anteriores e que é a mais frequente em matéria criminal. (Vide, fundamentalmente, as páginas 26 a 29 da

## 4.2 O processo civil, o dispositivo e a auto-responsabilidade das partes

Creemos ser importante, desde já, referir a classificação das provas quanto à relação entre o sujeito e o objecto. E, sob este ponto de vista, as provas distinguem-se entre provas *directas* e *indirectas*.

Prova directa é, como já vimos supra, aquela em que entre o juiz e o facto a apurar nada se interpõe.<sup>41</sup>

A prova indirecta é aquela em que entre o juiz e o facto se interpõe uma pessoa ou uma coisa.<sup>42</sup>

Enquanto na primeira o juiz utiliza a sua própria percepção, de forma directa, na segunda a percepção não é imediata, tendo também que ser utilizados outros instrumentos, além da percepção. E são eles o raciocínio e as regras da experiência.

Em ambos os tipos de prova o juiz terá que utilizar a percepção e o raciocínio, todavia, o grau de percepção e de raciocínio é que irá variar.

No grupo das provas indirectas podemos ainda subsumir as provas históricas ou representativas, por um lado, e as provas críticas ou lógicas, por outro.

Nas provas históricas ou representativas<sup>43</sup>, o conhecimento advém ao juiz daquilo que alguém (v.g. testemunhas) ou algo (v.g. documento) lhe representa.

As provas críticas (ou lógicas) conferem um conhecimento do facto a partir de operações lógicas. “O juiz parte de um facto que não é o facto a observar nem o representa; esse facto permite-lhe chegar ao facto a apurar mediante raciocínio e ilações.” (Reis, 1985: 242)

A percepção do juiz recai sobre um índice do facto a que se pretende chegar. O raciocínio desempenha, aí, uma função primacial.

---

obra) Portanto, a certeza é, assim, para MALATESTA, um estado subjectivo do espirito, que pode corresponder, ou não, à verdade objectiva.

Esta distinção, pese embora date de 1927, poderá, eventualmente, ainda, fazer sentido no que diz respeito à valoração da prova indirecta.

<sup>41</sup> É o caso da inspecção judicial

<sup>42</sup> Cabem aqui os depoimentos de parte, as testemunhas, a prova documental.

<sup>43</sup> Nestas podem ainda distinguir-se as provas de 1º grau, 2º e ulterior, refere ALBERTO DOS REIS, e, numa outra classificação, as provas preconstituídas e as provas a constituir (constituendas), dependendo se existem já antes da propositura da acção ou se se colhem no decurso do processo; e, ainda, as provas pessoais e as provas reais.

Paradigma deste tipo de prova são as presunções.

As presunções define-as o Código Civil, no artº 349º, como “as ilações que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido.”<sup>44</sup>

As presunções podem ser *legais* ou *judiciais*, consoante seja a lei que a estabelece ou o julgador que a admite. As primeiras podem também designar-se presunções de direito (*presumptiones juris*) e estão previstas no artº 350º CC; as segundas, presunções naturais ou de facto (*presumptiones facti* ou *hominis*) e estão previstas no artº 351º CC.

As presunções judiciais ou naturais sustentam-se em regras de experiência e de vida. “O juiz no seu prudente arbítrio deduz de certo facto conhecido um desconhecido, porque a sua experiência da vida lhe ensina que aquele facto é normalmente indício deste.” (Reis, 1985: 249)

O sistema legal da instrução do processo pode optar por obedecer a estilos distintos ou revelar ser influenciado por princípios diferentes.

Assim, interessa saber a posição das partes e do juiz no processo. Qual o seu grau de participação na acção é o que se pretende definir.

Apontam-se dois sistemas: o **dispositivo** e o **inquisitório**.

No dispositivo o impulso processual pertence às partes. Os poderes do juiz só se manifestam aquando da valoração das provas apresentadas exclusivamente pelas partes, e, mesmo aí, a actividade é exercida em moldes apertados, já que o sistema dispositivo, em sentido puro, conduz ao princípio da prova legal.

No sistema inquisitório, o juiz inerte é substituído pelo juiz activo. A relação processual passa a ter cariz público. As partes continuam a ter a disponibilidade da relação

---

<sup>44</sup> Tendo em conta a eficácia probatória, classificam-se em duas categorias: as presunções *juris et de jure* e as presunções *iuris tantum*.

As presunções *juris et de jure* não admitem prova em contrário. O facto que se deduz tem que ser aceite como certo. As presunções *iuris tantum*, ao invés, admitem prova em contrário, e são a regra no processo civil, enquanto as primeiras são a excepção.

Relativamente à força probatória é de referir que as presunções *juris tantum* só cedem mediante prova do facto em contrário. Já a presunção judicial, cede perante contraprova.

Uma nota apenas para sublinhar a diferença entre a presunção *juris et de jure* e a *ficção legal*. Enquanto a presunção existe porque traduz uma lição de experiência, na medida e que normalmente o facto conhecido está associado o facto desconhecido, passando-se, portanto, de um facto conhecido para um desconhecido, na ficção legal atribui-se a um facto as consequências jurídicas de outro, ainda que esses factos não estejam em conexão.

jurídica material, no entanto, a partir do momento em que a questão passa para o órgão jurisdicional, é este quem a decide enquanto representante do Estado. E a este interessa que o litígio seja julgado de acordo com os critérios da verdade e da justiça e não já de acordo com a vontade das partes. Assim, o juiz vai ter poderes muito mais latos.

Nenhum dos conceitos é, todavia, escolhido na sua versão mais pura pelos ordenamentos jurídicos. E o português não foge à regra. O Código de 1939, influenciado pelas ideias alemãs, austríacas e italianas assumiu um princípio do dispositivo limitado pelo inquisitório, fazendo uma “larga concessão ao princípio do inquisitório, ao princípio da actividade e autoridade do juiz” (Reis, 1985: 252), em muito se reduzindo a concepção do juiz observador do Código de 1876.<sup>45</sup>

Quanto ao momento da proposição da prova passou a existir uma iniciativa principal das partes e uma iniciativa complementar e subsidiária do juiz. O juiz deve aguardar a iniciativa das partes e, caso entenda que estas não requereram alguma diligência que lhe pareça necessária para a descoberta da verdade, poderá, por sua própria iniciativa ordená-la(s) oficiosamente.

Não obstante, e apesar do que foi dito, no código de 1939 a actuação do juiz era ainda muito passiva, “porquanto a decisão a proferir, apenas se baseava nos factos alegados pelas partes. (...) Às partes competia a iniciativa da prova dos factos alegados, cabendo ao juiz um mero papel de fiscalização relativamente à actividade instrutória, finda a qual é, então, proferida decisão sobre os factos provados e não provados.” (Pimenta, Os temas da prova, 2013: 2)

Isto porque pelo facto de a actividade do juiz estar balizada pela importância que (em ambos os códigos: 1939 e 1961)<sup>46</sup> era conferida à especificação e, fundamentalmente, ao questionário, tal actividade tinha ainda “uma natureza essencialmente burocrática, assevera PAULO PIMENTA. “Por muito viva e rica, por muito reveladora que fosse a instrução, o limite seria sempre o dos quesitos.” (Pimenta, Os temas da prova, 2013: 7)

---

<sup>45</sup> O Decreto 12.353 introduziu as reformas essenciais nas quais se havia de basear o CPC de 39.

<sup>46</sup> Artº 515º CPC 1939 e 511º CPC 1961.

Com a Reforma de 1995/96 e o Decreto-Lei 329-A/95, de 12 de Dezembro e o Decreto-Lei 180/96, de 25 de Setembro, e mantendo-se a matriz do dispositivo<sup>47</sup>, “deixou de poder sustentar-se que, na decisão da causa, o juiz português continuava limitado aos factos originalmente alegados pelas partes, porquanto os seus poderes de cognição foram significativamente alargados.

(...) Se é verdade que o ónus de alegação continuou a impender sobre as partes, cabendo introduzir nos autos os factos que sustentam as respectivas pretensões, não é menos verdade que a decisão passou a ser consubstanciada em mais factos do que os alegados pelas partes.” (Pimenta, Os temas da prova, 2013: 13)

Há, nesta Reforma, um corte com o passado. E o suporte deste novo quadro conceptual advém, também, da consagração de um princípio novo: do princípio da cooperação.<sup>48</sup>

Altera-se essencialmente os quesitos, passando a distinguir-se factos essenciais e instrumentais e verifica-se um reforço das exigências da fundamentação da decisão de facto. Mas, na prática da vida forense nada se alterou.<sup>49</sup>

O Código de 2013<sup>50</sup>, porém, restringindo o princípio do dispositivo e ampliando os poderes cognitivos do tribunal, “na medida em que não faz depender da vontade das partes a consideração de factos [essenciais] complementares ou concretizadores dos inicialmente alegados” (Pimenta, Os temas da prova, 2013: 23) altera, efectivamente, o modo de ver o processo e de apreciar a prova produzida.

Pretende-se agora evitar que a decisão do juiz seja condicionada a critérios formais injustificados. A sentença, “além da solução jurídica do pleito, contém a fundamentação relativa ao *quadro fáctico dos autos* (...) analisando criticamente as provas, indicando as

---

<sup>47</sup> A consagração inequívoca do princípio do dispositivo, apesar de estar reflectido em diversas normas por todo o código, está expressamente patente no artº 3º, segundo o qual o juiz/tribunal não pode resolver o conflito de interesses em que a acção se baseia sem que tal resolução lhe seja pedida por uma das partes.

Relativamente à matéria de facto que fundamenta a pretensão do autor e aos meios de defesa invocados pelo réu, refiram-se os artº 264º n.º 1, 660º e 664º CPC. Quanto à aplicação do direito o juiz é soberano, já que não está limitado às alegações das partes, limitando-se, neste ponto, o princípio do dispositivo.

<sup>48</sup> Princípio fundamental do processo civil, actualmente consagrado no artº 7 CPC (2013).

<sup>49</sup> Escreve PAULO PIMENTA: “Se o questionário era um espartilho, a base instrutória um espartilho é.” (Pimenta, Os temas da prova, 2013: 21)

<sup>50</sup> Aprovado pela Lei 41/2013, de 26 de Junho.

ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção. Mais deve o juiz tomar em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas por lei ou por regras da experiência” (Pimenta, Os temas da prova: 25), estabelece o artº 607º n.º 4 CPC.

Pretende-se, desta feita, que “a sentença a proferir nas acções cíveis realize a justa composição do litígio, por via da adequação da decisão à realidade extraprocessual (...) visando-se agora uma verdadeira alteração de paradigma: a realização da justiça material.”(Pimenta, Os temas da prova, 2013: 31)

Não obstante este novo modelo, e porque no processo civil tratamos fundamentalmente de direitos disponíveis, cujo impulso processual cabe às partes, como se viu, tratar-se-á sempre de realidades distintas quando falamos de estruturas processuais civil e penal, como veremos.

Apenas uma nota sobre um aspecto já referido no que se prende com o processo civil, e que nos parece ser importante na distinção da estrutura dos processos civil e penal é a existência do **ónus da prova** aplicável ao primeiro.

O artº 342º CC é o preceito no qual se estabelece como regra geral que compete a quem invoca um direito fazer a prova dos factos constitutivos do mesmo, cabendo a prova dos factos impeditivos, modificativos e extintivos do direito invocado àquele contra quem a invocação é feita.

O ónus é um encargo atribuído a uma das partes. Aquele que detiver o ónus tem interesse em cumpri-lo, na medida em que se não o fizer terá que arcar com as consequências de um julgamento que não lhe seja favorável no caso de o julgador não se convencer da questão de facto.

Assim, e partindo do princípio que toda a proposição deverá ter uma sustentação, atribui-se esse dever a uma ou outra parte.

Não nos alongaremos quanto a este ponto por extrapolar o objectivo do nosso estudo; dir-se-á, porém, ainda, que se existe ónus da prova em processo civil, o mesmo não acontece em processo penal.

Enquanto no processo civil existe a auto-responsabilidade probatória das partes, no processo penal tal não se verifica.

Como bem se refere no Acórdão da Relação do Porto de 09/01/2013,<sup>51</sup> “em processo penal não há ónus de prova”<sup>52</sup>: o princípio da investigação “obriga o tribunal a reunir as provas *necessárias* à decisão”. (pág. 5)

O Ministério Público não tem um ónus de provar os factos pelos quais acusa, pois não tem interesse na condenação. Ele tem sim, algo que o orienta, que é o dever de se esforçar para que se faça justiça. Não se pode, pois, dizer que em processo penal exista ónus da prova. (Graça, Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal, 2015)

E o arguido tem como direito constitucionalmente garantido<sup>53</sup>, a possibilidade de se remeter ao silêncio, não podendo ser prejudicado se nada disser, e, se prestar declarações, o aproveitamento de tais declarações pressupõe que a valoração não contenda com o princípio da não auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*).<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Processo 499/11.0GBVNG.P1, relator: Melo Lima.

<sup>52</sup> Distintamente, autores há que defendem que esse ónus no processo penal existe e pertence ao MP, já que ele tem de constituir a prova que permita ao magistrado elementos suficientes para a prolação de uma sentença condenatória (Sapalo, 2012)

<sup>53</sup> Artº 61º, nº1, al. d), 132º, nº 2, 141º, nº 4, a), e 343º, n. 1º CPP e artº 32 CRP.

<sup>54</sup> O direito ao silêncio não se reporta apenas a prestar ou não declarações aquando do interrogatório, mas sim relativamente a qualquer fase processual. O arguido pode recusar-se a entregar documentos nos quais constem declarações suas. Esse facto não poderá ser valorado negativamente.

O direito ao silêncio é apenas uma vertente do *nemo tenetur se ipso accusare*.

No que se prende com outros documentos que possam chegar ao processo, de que o arguido disponha, não será obrigado a entregá-los, precisamente porque lhe assiste o direito de não se auto-incriminar.

Com muito interesse a propósito, o Acórdão do STJ de 06/10/2010 (Processo n.º 936/08.JAPRT, relator Henrique Gaspar), onde se lê: “O princípio *nemo tenetur* previne uma «coerção abusiva» sobre o acusado, impedindo que se retirem efeitos directos do silêncio, em aproximação a um qualquer tipo de ónus de prova formal, fundando uma condenação essencialmente no silêncio do acusado ou na recusa deste a responder a questões que o tribunal lhe coloque.” (pág. 37).

No que com o direito ao silêncio se prende chamamos à atenção um artigo de CLAUS ROXIN na Revista Liberdades n.º 4 (2010) do IBCCRIM, no qual se manifesta contra a possibilidade de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação ao arguido de que dispõe daquele direito.

Tendo em conta que o processo penal alemão “não trabalha com as categorias nulidade e invalidade”, diferindo do nosso, mas, em vez disso, com a possibilidade de valorar ou não a prova, ou seja, “que o juiz se reporte a ela [prova] para fundamentar o seu convencimento”, nas situações em que, num primeiro depoimento, não existiu a informação ao arguido de que podia permanecer em silêncio sem que isso o pudesse prejudicar (dever de informação simples, prestado pela polícia), e, num segundo depoimento, além dessa mesma informação, não existir outra adicional, no sentido de que o que tiver dito no primeiro depoimento não pode ser valorado (dever de informação qualificado), as declarações prestadas pelo arguido não poderão ser valoradas. (Roxin, 2010: 45)

Apresentando argumentos teóricos e pragmáticos ROXIN critica uma decisão do 4º Senado do Bundesgerichtshof (BGH), propondo, inclusive, uma reflexão a fazer pelo próprio BGH no sentido de “equipar a omissão do *dever de informação qualificada* fundamentalmente com uma *proibição de valorar a prova*.” (Roxin, 2010: 50)

### 4.3 Processo penal português e o princípio do acusatório

O processo penal inquisitório, entende QUIRINO SOARES, ser uma realidade do passado.

Este modelo, que vigorou nas diversas legislações europeias dos séculos XVIII e XIX, tem subjacente a ideia de que a repressão criminal era necessária para a realização do interesse público, pelo que competia exclusivamente ao Estado.

Competia ao juiz, em simultâneo, inquirir, acusar e julgar, como domínio discricionário do processo, o que relegava o arguido para a posição de mero objecto de investigação e praticamente sem direito de defesa.

Distintamente, o modelo acusatório caracteriza-se, essencialmente, pela separação das entidades que investiga e acusa da que julga.

Esta estrutura, em sentido puro, tinha na sua origem grande proximidade do processo civil, na medida em que valiam o princípio do dispositivo, do juiz passivo e da auto-responsabilidade probatória das partes.

Hodiernamente nem o modelo inquisitório nem o acusatório vigoram em estado puro na Europa Ocidental.

A estrutura acusatória do processo penal tem sido cada vez mais adoptada nos diversos países, porém, mitigada.

De facto, de acordo com as concepções de um Estado de Direito Democrático, a estrutura acusatória do processo penal é essencial. Ela é a pedra de toque das demais garantias do processo penal.

Recordava-nos o Conselheiro Quirino Soares que a ideia do juiz como um árbitro «se calhava bem aos princípios de um Estado demo-liberal já não se coaduna com a natureza e fins do moderno Estado de Direito Social que concilia a protecção da liberdade e das garantias fundamentais do indivíduo com a promoção activa do bem comum».

O processo penal desempenha, nesta perspectiva, um serviço de carácter social. Daí que o princípio do acusatório seja temperado pelo princípio da investigação judicial,

segundo o qual (sem prejuízo do exercício do contraditório e dentro dos limites da acusação) o juiz dispõe de um poder-dever de investigação oficiosa, na procura da verdade material.<sup>55</sup>

Este princípio da investigação recupera uma das características principais do princípio inquisitório, aproveitando-lhe, apenas, os méritos. Já os deméritos esbarrarão noutros princípios democráticos, pelo que terá que haver necessariamente uma harmonia entre ambos.

E assim tem sido, efectivamente.

De facto, e fazendo uma análise do nosso processo penal, se no código de 1929 se estabelecia que era ao juiz que incumbia não só julgar, mas também investigar e acusar, sendo patente um regresso ao tipo de processo inquisitório, além de se pôr em causa a imparcialidade do julgador, reduzia-se a actividade do Ministério Público a mero formalismo, como recorda, e bem, EDUARDO CORREIA. (Correia E. H., 1956)

O Decreto-lei 35.0007 de 13 de Outubro de 1945 restaurou no nosso ordenamento o princípio da acusação, todavia, e não obstante a Lei 272/72 de 10 de Maio e o Decreto-lei 343/72 de 30 de Agosto, continuou-se muito aquém do que seria desejável para que se pudesse falar de uma estrutura verdadeiramente acusatória no processo penal português.

Só em 1976 a CRP consagrou, no artº 32º n.º 5 a estrutura acusatória do processo penal, estabelecendo que era ao MP que cabia a acção penal.

Todavia, a manta de retalhos em que o processo penal se tornara só se harmonizou com a publicação do código de 1987, diploma verdadeiramente exemplar e de importância incontornável na legislação internacional.<sup>56</sup>

Consagrou-se, então, um processo de estrutura acusatória, integrada por um princípio de investigação, delimitando-se de forma rigorosa as funções do MP, JIC e do Juiz de julgamento.

---

<sup>55</sup> Utilizar-se-á o termo «verdade material» já não em contraposição à verdade formal, nos termos tratados no capítulo anterior, mas por ser a terminologia utilizada vulgarmente pela doutrina em processo penal.

<sup>56</sup> O Corpus Iuris, que constitui um projecto de modelo de código de processo penal para a Europa, teve como referência o nosso CPP de 1987, importância, aliás, assinalada por CUNHA RODRIGUES (Rodrigues C. , 2009). A propósito de Direito Penal comunitário, remete-se também para SILVA DIAS (Dias A. S., 2007) e para MARQUES DA SILVA (Silva M. A., 2006)

“A densificação semântica da estrutura acusatória”, escreve CANOTILHO, “faz-se através da articulação entre uma dimensão material (fases do processo) com uma dimensão orgânico subjectiva (entidades competentes) o que significa a diferenciação entre juiz de instrução e juiz julgador e entre ambos e órgão acusador.” (Canotilho G. , 2014: 522)

O CPP é o «modelo continental europeu» com uma estrutura essencialmente acusatória integrada por um princípio subsidiário complementar de investigação oficial. (Dias J. F., Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal, 2009 )

Assim sendo, optou-se pelo melhor de cada tradição – afirma-se o princípio do acusatório, mas não o sendo em sentido puro, distanciando-se também da tradição inquisitória – prefigurando o código, nas suas grandes linhas, o processo penal do futuro. (Delmas-Marty, A caminho de um modelo europeu de processo penal, 1999)

Concebe-se o juiz como juiz das liberdades e o MP como órgão dotado de independência relativamente ao executivo.

É um código que soube conciliar exemplarmente, a descoberta da verdade e a realização da justiça, por um lado, e, por outro, a protecção dos direitos individuais e o restabelecimento da paz jurídica, entende, nesta perspectiva, ANABELA RODRIGUES. (Rodrigues A. M., A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português, 2001) Desse modo influenciou diversos diplomas internacionais, nomeadamente o Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

## 5. A valoração da prova em si mesma

A valoração da prova no processo supõe um trabalho intelectual, trabalho esse focado nos factos.

Mas não será possível analisar convenientemente o tema sem antes nos posicionarmos acerca do objecto da prova.

E, antes disso, fazer uma brevíssima exposição das opiniões a seu respeito, pelo que diremos que sobre o assunto há uma discrepância doutrinária, que se pode dizer polarizada em dois grupos:

1) um sustenta que, no processo, o que se prova são factos. E neste eixo situam-se autores como CHIOVENDA e ALSINA, entre outros.

2) outro, que defende que a prova deve recair sobre as afirmações que as partes fazem desses mesmos factos. E aqui encontramos SENTIS MELENDO (Sentis Melendo, 1978), CARNELUTTI e COUTURE.

CARNELUTTI defende que a prova é uma comprovação da verdade de uma proposição (Carnelutti, *La Prueba Civil*, 1982), sendo que as partes afirmam e o juiz comprova, e COUTURE (Couture, 1977) entende que provar é demonstrar a certeza de um facto ou a verdade de uma afirmação. A prova penal é, para este autor, em regra, averiguação e busca, e, a civil é, em regra, comprovação, demonstração e corroboração das proposições formuladas em juízo.<sup>57</sup>

Esta tese parece ficar debilitada se pensarmos que, além de não explicar as situações em que há factos provados que não foram alegados, ela parece excluir a figura do juiz e dos seus poderes processuais.

Mesmo quando o facto e a apreciação subjectiva do mesmo sejam quase incidíveis, será sempre o facto o objecto de prova.

---

<sup>57</sup> Daí que esta se assemelhe à prova matemática, defende. De notar, porém, que ao fazê-lo, COUTURE está a caracterizar o objecto pelo método.

Doutrinalmente fala-se, em termos temporais, de facto passado, presente e futuro. E a prova poderá incidir sobre cada um deles.<sup>58</sup> Não obstante, há situações que não se enquadram em nenhuma dessas possibilidades. Configuremos a hipótese de um acidente sofrido pelo sujeito com uma carreira profissional bem sucedida, e que implica que este esteja sem exercer a sua actividade profissional e altamente remunerada, durante um período de tempo considerável. Nesse caso invocar-se-á o lucro cessante a fim de ressarcir o dano. Nesse caso, a prova vai incidir sobre um facto que, em bom rigor, nunca se produziu. Na verdade, o lucro cessante é a repercussão patrimonial de um facto, não um facto em si mesmo.

Há, pois aqui, uma dificuldade prática: a doutrina maioritária entende que o objecto da prova são os factos e, em situações como a que acabou de se referir, há uma espécie de “não facto”.

Uma outra questão que se coloca sob o ponto de vista da lógica aplicada, e neste caso chamaremos à colação os autores que defendem serem as afirmações que se fazem dos factos o objecto da prova, é a identificação da prova e a demonstração.

Na doutrina lógica da argumentação distingue-se prova e demonstração. À primeira corresponde o método indutivo e à segunda o dedutivo, como se desenvolverá infra.

A demonstração compreende uma proposição a demonstrar, que se designa “tese”. Se a tese é de índole teórica, chama-se teorema, se é de índole prática, denomina-se problema. A proposição a partir da qual se desenvolve a demonstração é o fundamento. As proposições são, aqui, abstractas.

Distintamente, no âmbito da prova (método indutivo) as proposições são diferentes, já que versam sobre situações concretas. Nesta, o método indutivo empregado é aquilo a que MANS PUIGARNAU chama “indução reconstrutiva”: passa-se de um facto a outro, do particular para o particular. (Puigarnau, 1978) (Climent Durán, 2005)

Ora, se as proposições da prova são fácticas e se referem a uma situação concreta da realidade, chegamos ao ponto seguinte:

---

<sup>58</sup> V.g. quando a prova pericial incide sobre a causa dos defeitos de um edifício, ou os efeitos das lesões corporais num indivíduo, como bem assinala LUÍS F. PIRES DE SOUSA (Sousa L. F., 2013).

toda a norma jurídica traduz um tipo legal e uma consequência jurídica, ou seja, comporta uma previsão e uma estatuição.

Na primeira parte – hipótese ou previsão – descreve-se uma conduta “que puede constituir un supuesto jurídico o un hecho jurídico, el primero está generalmente constituído por tipos emergentes de la creación normativa que intenta abarcar todos los casos posibles, el segundo por acontecimientos reales, es decir, las conductas a las que en definitiva se aplicarán las consecuencias jurídicas. Estas son las proposiciones fácticas pertinentes a la prueba. Todo el sector normativo correspondiente al tipo legal o hipótesis es lo que se denomina “fattispecie” o “tatbestand””. (Fornaciari, 2007: 6)

Essa proposição fáctica ou suposto de facto, conclui FORNACIARI, é o objecto da prova. E, recordando GHIRARDI (Ghirard, 1982) e ROSEMBERG (Rosenberg, 1955), refere que “facto” é tudo o que pertence à tipicidade dos preceitos jurídicos aplicáveis no caso, e que é a proposição menor do silogismo judicial para concluir que “es lo que el derecho objetivo há convertido en presupuesto de un efecto jurídico. Esos presupuestos de la consecuencia jurídica contenida en la norma, son objecto de la prueba.” (Fornaciari, 2007: 6)

Assim, para caracterizar o objecto da prova, deixando de suscitar quaisquer dúvidas v.g. a questão do lucro cessante e a sua «não materialização», que supra se referiu, basta a sua condição de pressuposto de uma determinada consequência jurídica.

Antes de prosseguir, façamos uma distinção fundamental, até porque já se lhe fez menção e impõe-se a clarificação dos termos: falamos da distinção entre *indução* e *dedução*.<sup>59</sup>

São ambas formas de raciocínio e, portanto, são formas de reflexão e não de simples pensamento. O raciocínio, que é algo ordenado, coerente e lógico, pode, pois, ser dedutivo ou indutivo.

Relativamente à indução, distingue-se a indução formal da científica.

A indução formal (ARISTÓTELES), é submetida apenas às leis do pensamento. A indução científica (BACON), relaciona-se com as ciências experimentais.

---

<sup>59</sup> Esta distinção é feita de forma muito perceptível por ADALBERTO ARANHA (Aranha A. J., 2006).

A indução é um método de conhecimento que tendo por base o particular passa para o geral, chegando a uma conclusão.

A dedução, por sua vez, parte de uma verdade universal para chegar a uma particular ou contida implicitamente na universal.

A técnica desta argumentação é a construção de estruturas lógicas, relacionando antecedentes e consequentes ou seja, premissas e conclusões.

Atentemos no seguinte exemplo: o homem constatou que ao lançar um objecto, em qualquer parte do planeta, ele era atraído para baixo, para o centro da Terra. Partindo dessa observação, por indução concluiu o geral: todos os corpos são atraídos para o centro da Terra. Assim, afirmou a lei da gravidade por indução, partindo do particular para o geral.<sup>60</sup>

Isto posto, avancemos.

Para que possamos entrar mais detalhadamente no tema da valoração da prova propriamente dita, cabe salientar a distinção entre juízo de facto e juízo de direito, ou juízo histórico e juízo jurídico<sup>61</sup>, por corresponder à formação de premissas fácticas e jurídicas na sentença, ainda que não seja muito nítida a separação já que existe uma inter-relação entre ambos (facto e norma).<sup>62</sup>

## 5.1 O juízo de facto

Os factos trazidos ao processo tem o juiz que os depurar e delimitar, verificando os que são provados pela prova apresentada, distinguindo-os dos não provados, fixando em concreto a matéria sobre a qual vai recair a sentença, para, de seguida, os subsumir na norma jurídica correspondente.

---

<sup>60</sup> É por indução que se chega a outras leis naturais (Malatesta, 1927).

<sup>61</sup> Como lhes chama CORTES DOMINGUEZ (Dominguez, 1988).

<sup>62</sup> Na verdade alguns autores, entre os quais DÍEZ-PICAZO e RECASENS SICHES, defendem não ser possível separar a questão de facto da questão de direito, ou, pelo menos, afirmam existir entre si uma correlação indissolúvel. (Díez-Picazo, *Experiencias Juridicas y Teoría del Derecho*, 1999) (Recásens Siches, 1997).

Analisando separadamente cada operação valorativa do juízo de facto, podemos distinguir 4 fases do juízo de facto:

1. Factos alegados pelas partes, orientadores do processo, nas suas alegações.

2. Factos trazidos ao processo pelos meios probatórios. As provas oferecem um conjunto de afirmações instrumentais que o julgador vai comparar com as alegações das partes para determinar se são ou não factos provados.

Salientamos que a prova se distingue da demonstração: enquanto aquela evidencia a verdade ou falsidade da realidade de um determinado facto, esta evidencia a validade ou invalidade de uma tese ou opinião. A prova recai sobre um facto alegado, por isso se diz se ela é verdadeira ou falsa. ADOMEIT escreve a propósito: “uma afirmação (de facto) é verdadeira ou falsa, uma norma é válida ou não.” (Adomeit, 1984: 68)

Deste modo, a verdade e a inverdade (o erro ou falsidade) surge nos juízos fácticos ou factos alegados pelas partes, e a prova tende a comprovar se tais alegações se adequam à realidade, isto é, se são verdadeiras ou falsas.

As afirmações instrumentais trazidas pelos meios probatórios podem referir-se a meros factos ou a regras de experiência que permitam valorar um facto concreto ou, inclusive, servir de base para suportar a existência de um outro facto.

Assim, os meios probatórios podem referir-se a factos puros, como a confissão, o testemunho, a prova documental ou a inspecção, “o a máximas de experiencia (prueba pericial), y que asimismo pueden constituir el hecho básico a partir del cual inferir inductivamente la existencia de otro hecho (prueba de presunción)” (Climent Durán, 2005: 81).

Por essa razão pode fazer-se a distinção entre *provas primárias* e *provas secundárias*, e, dentro das primeiras ainda poderão diferenciar-se as que se referem a *factos puros* ou a *máximas de experiência*.

Antes de continuar fazemos uma chamada de atenção para o conceito de regra de experiência que nos é dado por STEIN: “son definiciones o juizos hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Toda máxima de experiencia se firma, por tanto, por inducción, pues es una previsión a que podemos llegar «en la medida que partimos de la experiencia de que, en una serie de casos,

condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada.” (Stein, 1990: 30)

Há, portanto, determinadas provas – primárias – que se traduzem numa informação directa. É o caso da confissão, da prova testemunhal, documental e da inspecção judicial. Todas comportam afirmações instrumentais que traduzem factos puros.

As afirmações provenientes da prova pericial reportam-se a regras de experiência que são conhecidas especificamente dos profissionais de uma determinada área e traduzem-se em regras valorativas próprias de uma profissão.

As provas secundárias são as que permitem chegar a outras, através da indução e/ou da dedução, baseando-se nas provas primárias. O ponto de partida é a prova primária, de factos puros, para chegar a outra, a de presunção ou indiciária, sempre respeitando a lógica vulgar e a experiência colectiva.

### **3. Determinação dos factos provados. Trata-se da valoração propriamente dita.**

Esta aferição do provado e não provado implica um trabalho valorativo complexo, no qual são diferenciáveis duas etapas.

O juiz tem, em primeiro lugar, que filtrar a eficácia de cada meio probatório para saber se se convence da prova de determinado facto. Depois, tem de comparar os factos que crê provados.

Ao examinar cada meio probatório o julgador desenvolve um raciocínio dedutivo, no qual considera as manifestações de cada meio (confissão, testemunho, etc), relacionando-os com regras de experiência, para determinar se o facto em questão é susceptível de ter acontecido, concluindo pelo valor a dar à informação transmitida pelo meio probatório analisado.

Para determinar a credibilidade do “veículo transmissor dos factos”, ou seja, da confissão, testemunho, etc, também recorre a raciocínios fácticos dedutivos, tratando-se na opinião de CLIMENT DURAN, de uma lógica formal e portanto vertical.

Se, na fixação dos factos e das regras de experiência se implicar uma tomada de decisão sobre pontos discutidos pelas partes, já estará em causa uma operação de lógica horizontal.<sup>63</sup>

Para verificar da confiança do instrumento transmissor da prova tem o juiz que comprovar do cumprimento das regras da legalidade, mas, mais que isso, tem que analisar cautelosamente cada um deles. E aqui pesa sobremaneira a análise da prova testemunhal e de quem a presta. Por exemplo, terá que ser muito cuidadoso e atento a pormenores como, v.g. a forma de a testemunha se expressar, ao seu nervosismo, ao parentesco e/ou à amizade ou inimizade com o arguido.

Também o raciocínio para aferir da fiabilidade do instrumento transmissor do(s) facto(s) em prova é silogístico, sendo a premissa maior uma regra de experiência e a premissa menor o meio probatório no caso concreto.

Após determinar os factos que considera verosímeis, trazidos pelos diferentes meios probatórios, o julgador depara-se com dois tipos de factos: as afirmações básicas, alegadas pelas partes, e as afirmações instrumentais, que crê serem credíveis. Terá, então, que comparar estes dois tipos de afirmações e verificar se as instrumentais comprovam ou não as básicas.

Podemos afirmar, então, que valorar implica um esforço de comparação de factos.

E, ainda, que existem três níveis de valoração, a que chamaremos:

1. Elementar
2. Acessória
3. Coadjuvante

Concretizando,

A principal, valoração elementar, reporta-se à comparação entre os factos alegados pelas partes e os obtidos pelos meios probatórios, após análise da merecedora confiança do

---

<sup>63</sup> Distinção lógica vertical e horizontal concretizada infra. Vide, também sobre o conceito, MANS PUIGARNAU (Puigarnau, 1978)

transmissor do facto, e da qual resultam efectivamente provados (ou desacreditados) os factos.

A valoração acessória será a que é feita quando se examinam indícios ou presunções, isto é, quando está em causa a análise de factos cuja prova é feita indirectamente, mediante inferência resultante das regras de experiência e do senso comum. Prova-se a existência de um facto, mediante raciocínio indutivo, através da existência de outro/outros, já provado(s), e com aquele conetado(s) directamente.

Este tipo de valoração tem fundamental importância, também, quando estão em causa elementos de índole subjectiva, como sejam as intenções do agente, nomeadamente ao nível da prova do dolo do crime.<sup>64</sup>

Aqui a estrutura lógica é a da indução; trata-se, aqui, da já referida “inducción reconstrutiva” de MANS PUIGARNAU, porque se trata de reconstruir um facto.

Por sua vez, a valoração coadjuvante traduzir-se-á na verificação da existência de ónus da prova e sobre quem impende. Esta valoração terá lugar fundamentalmente na prova civil, uma vez que é o local próprio para aferição de ónus da prova, já que em processo penal, como vimos anteriormente, em sentido próprio não existe.

4. Por fim, a 4ª fase do juízo de facto, que se consubstancia na fixação dos factos provados na sentença. É a motivação fáctica, imposta por lei<sup>65</sup> e que desenvolveremos infra, ou seja, a demonstração do raciocínio judicial e as razões do convencimento do julgador, de forma harmónica e coerente.

## 5.2 O juízo de direito

Como vimos, a finalidade do juízo de facto é determinar os factos que vão ser sujeitos a uma valoração, para, ulteriormente, aferir das consequências jurídicas dos mesmos.

---

<sup>64</sup> Tema melhor explanado infra, aquando do estudo mais pormenorizado da prova indirecta e sua fundamentação.

<sup>65</sup> Artº 201º CRP e 374º (e 379º) CPP.

Ora, a valoração jurídica que toma como ponto de partida os factos já fixados, através da operação valorativa do juízo de facto, para lhes aplicar uma norma e obter a consequência que tal norma estatui, é o juízo de direito.

O raciocínio desenvolvido neste juízo tem uma natureza dedutiva, silogística, porquanto existe uma premissa maior, que é a proposição jurídica<sup>66</sup>, ou seja, a norma jurídica aplicável aos factos, uma premissa menor, que são os factos provados que resultaram do juízo de facto, e uma conclusão, que é a consequência jurídica.

LARENZ chama-lhe “silogismo de determinação da consequência jurídica”, explicando: “para saber que consequência jurídica vigora para uma situação de facto – cuja procedência me é sempre dada – tenho (...) que examinar se essa situação de facto é de subordinar, como «caso», a uma determinada previsão legal. Se assim for, a consequência jurídica resulta de um silogismo que tem a seguinte forma:

Se P se realiza numa situação de facto, vigora para essa situação de facto a consequência jurídica C (premissa maior).

Esta determinada situação de facto S realiza P, quer dizer, é um «caso» de P (premissa menor).

Para S vigora C (conclusão)”. (Larenz, 1991: 381)

E, fazendo a exposição sem a premissa maior, LARENZ expressa o silogismo de forma mais abreviada, da seguinte forma:

“ P → C (quer dizer, para todo o caso de P, vale C)

S = P (S é um caso de P)

S → (Para S vigora C)”

Assim, a premissa maior<sup>67</sup> corresponde a uma proposição jurídica completa e a premissa menor traduz-se na subordinação da situação de facto à previsão da proposição jurídica, concluindo que para aquela situação de facto vale a consequência jurídica da proposição.

---

<sup>66</sup> LARENZ descreve as proposições como “regras de conduta ou de decisão expressas em forma de linguagem”, (Larenz, 1991: 379) que para cumprirem a sua função têm que ser aplicadas.

<sup>67</sup> Alguns autores defendem não haver uma premissa maior, mas várias possíveis premissas, uma vez que pode haver uma pluralidade de normas aplicáveis. Neste sentido DIEZ-PICASO (Díez-Picazo, Experiencias jurídicas y teoría del Derecho, 1973).

Também a selecção da norma a aplicar é uma operação complexa, pois tal operação supõe uma escolha entre as normas jurídicas aparentemente mais idóneas para resolver de forma justa o caso concreto.

Mediante a individualização da norma a aplicar, dentro do eventual conjunto normativo, procura-se adaptá-la às especificidades do caso concreto, individualizando-a, relativamente ao sentido e alcance que deve ter naquele caso específico.

NAWIASKY (Nawiasky, 2002), ENGLISH e RECASENS SICHES falam, a propósito, das operações de individualização e interpretação da norma como tarefa eminentemente criativa, na medida em que é através da análise do ordenamento jurídico como um todo que se chega à norma a aplicar.<sup>68</sup>

A subsunção, que consiste em verificar se os factos provados coincidem com a hipótese prevista na norma, é uma das operações do raciocínio lógico presente na sentença.

LARENZ denomina-a como “silogismo de subsunção” que é utilizado e expresso, através da dialéctica ou teoria da argumentação.

Uma nota apenas para referir que só vão para a sentença aqueles factos que tenham relevância normativa. E, assim, mais uma vez verificamos que estão definitivamente intrincados os caminhos do juízo de facto e do juízo de direito.

Vimos, então, que valorar implica balancear e escolher.

Cumprе dizer, ainda, que nesta actividade se aplicam os argumentos da lógica abstracta, mas também, conforme bem refere CAPPELLETTI (Cappelletti, 1993), os que decorrem da história, da economia, da ética, da política, da sociologia e da psicologia.

---

<sup>68</sup> NAWIASKY, e RECASENS SICHES falam a este propósito em “*plenitude hermética del orden jurídico positivo formalmente válido*” (Recasens Siches, 1997: 205)

## 6. O sistema da prova livre

Dois são, em essência, os princípios que podem influenciar o sistema do direito probatório: o da prova livre e o da prova legal. O espaço de acção do juiz será determinado pela opção feita pelo ordenamento jurídico. Assim: de acordo com o primeiro, o princípio da prova livre o julgador tem plena liberdade de apreciação das provas carreadas; o segundo princípio sujeita a apreciação das provas a regras legais que lhes determinam o valor e a força probatória.

O que se tem verificado na história é que ou domina um ou outro princípio. No direito medieval prevaleceu o princípio da prova legal. No direito moderno tende a preponderar o da prova livre.

Até ao século XIX o ordenamento português inspirou-se no princípio da prova legal. Com o Código de Processo Civil de 1939 determinou-se que predominasse o princípio da prova livre. É, pois, desde então, um sistema misto: tendencialmente livre, admitindo que esta ceda perante o princípio da prova legal em alguns casos.<sup>69</sup>

EDUARDO COUTURE colocava ao lado dos sistemas da prova livre e da prova legal, um outro: o do princípio da crítica sã<sup>70</sup>. Não obstante, ALBERTO DOS REIS sustenta não ser de considerar este princípio como conceito autónomo. Deve antes ser uma regra de orientação do sistema de prova livre, já que com ele se pretende significar que o juiz não está adstrito a normas absolutas e critérios legais fixos e impostos por lei.

Como bem escreve o autor, prova livre quer dizer “prova apreciada em inteira liberdade pelo julgador, sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade (...) com as regras da experiência e as leis que regulam a actividade mental.

---

<sup>69</sup> No CPC de 1939 as excepções eram a prova por confissão, por documentos autênticos, autenticados e particulares em algumas situações e de prova por presunção legal.

<sup>70</sup> Este conceito, segundo o qual o juiz deve apreciar a prova de harmonia com as regras da lógica e das máximas da experiência e não arbitrariamente, justificar-se-ia quando o princípio da livre apreciação fosse entendido no sentido de o juiz julgar como lhe aprouvesse, segundo as regras produzidas, sem provas ou contra as provas. Tal acontecia no início do século XX na América espanhola, daí que se justificasse este alerta, mas não no conceito de prova livre que se fez valer na Europa, alheio a essa total e absoluta discricionariedade.

A apreciação das provas resolve-se em formação de juízos, em elaboração de raciocínios. Como surgem, no espírito do julgador estes juízos e estes raciocínios? Naturalmente segundo as aquisições que a experiência tenha acumulado na mentalidade do juiz e segundo os processos psicológicos que presidem ao exercício da actividade intelectual, e portanto segundo as máximas da experiência e as regras da lógica, o que equivale a dizer segundo as normas da crítica sã, no sentido em que Couture interpreta esta fórmula.” (Reis, 1985: 245)

Tem aqui importância uma lei que também COUTURE enunciava, que se traduz no seguinte: à medida que aumenta a distância entre o juiz e o facto, a prova torna-se mais incerta, diminuindo de valor. Ou: “à maior proximidade entre o juiz e o facto corresponde maior grau de eficácia na prova; à maior distância, menor valor de convicção.” (Reis, 1985: 246)

É, de facto, uma realidade. Daí que tenhamos hoje por assente que os princípios da imediação e da celeridade processual são fundamentais no processo.

Mas também no quadro da prova legal se podem assinalar gradações: a prova bastante (que cede perante contraprova<sup>71</sup>); a prova plena (que cede perante prova em contrário<sup>72</sup>) e a prova pleníssima (que não admite sequer prova do contrário).

Uma outra hierarquia é baseada no grau de eficácia da prova: prova suficiente (é susceptível de produzir a plena convicção do juiz, já que há um juízo de certeza bastante, de probabilidade de grau elevado); prova *prima facie*<sup>73</sup> (exprime um juízo de mera probabilidade ou conjectura); e ainda a simples justificação.<sup>74</sup>

---

<sup>71</sup> Destinando-se esta – contraprova – a tornar incerto o facto respectivo.

<sup>72</sup> A prova do contrário destina-se a tornar certo que não é verdadeiro o facto já demonstrado.

<sup>73</sup> Também designada “Prova de primeira aparência”. A prova de *prima facie* surgiu na Alemanha no limiar do séc XX, tendo como seu precursor RUMELIN. Nela o convencimento do julgador dá-se através de princípios práticos da vida e da experiência, isto é, daquilo que geralmente acontece (*id quod plerumque accidit*). É um conceito próximo das regras da experiência, e, igualmente próximo das presunções naturais. Aliás, no Acórdão do STJ de 16/04/2002 (relator Reis Figueira) pode ler-se que as provas de “prima facie” se situam no âmbito das presunções judiciais ou naturais, funcionando ao nível da decisão de facto, distinguindo-se das presunções legais.

Na moderna doutrina há autores (v.g. PATRÍCIA ALMEIDA) que a ela se referem como prova por verosimilhança.

<sup>74</sup> ALBERTO DOS REIS refere, a propósito da prova por simples justificação a aceitação no processo civil nas providências provisórias e urgentes (v.g. providências cautelares) precisamente dado o carácter urgente da medida solicitada, já que se trata de incidentes que pela sua natureza não demandam a produção de prova cabal e perfeita. Bem sabendo que a prova a apresentar nestes casos é necessariamente

Relacionado com a questão da apreciação da prova está o problema da admissibilidade dos meios de produção de prova. São problemas distintos, mas interligados.

A admissibilidade da prova comporta duas soluções: a da admissibilidade ilimitada e a da admissibilidade restrita.

Na admissibilidade ilimitada, independentemente do que se pretenda provar, poder-se-á fazê-lo por qualquer meio de prova. Este sistema harmoniza-se, em consequência, com o princípio da prova livre.

Na admissibilidade restrita para certos factos só é admissível determinado meio de prova, motivo pelo qual se coadunará melhor este sistema com o princípio da prova legal.

Pese embora esta distinção, a verdade é que não há sistemas absolutos, e se existem sistemas de admissibilidade ilimitada com excepções de prova legal, o inverso é também uma realidade.

É o que se passa no ordenamento jurídico português: domina o princípio da prova livre, mas aceita-se, em alguns casos, o princípio da prova legal. O mesmo acontece com a admissibilidade da prova: a regra é o sistema da admissibilidade ilimitada, mas esta regra comporta excepções atendendo-se, assim, ao sistema da admissibilidade restrita.

Mas atentemos nos sistemas de avaliação de prova. Face aos já referidos sistema de prova livre e prova legal historicamente aceites, a doutrina refere, então, três sistemas: o sistema da prova legal, o do livre convencimento e da livre apreciação<sup>75</sup>.

No sistema da prova legal não há qualquer discricionariedade. Na verdade a actividade judicial limita-se a constatar a ocorrência da prova e a reconhecê-la como produzida, sem que lhe seja possível avaliá-la segundo critérios racionais capazes de formar o convencimento do aplicador do direito.

---

distinta da de uma acção principal, ainda assim parece-nos arriscado afirmar a possibilidade de prova por simples justificação, mesmo em processo civil. Em processo penal está, cremos, fora de questão.

<sup>75</sup> Ou sistema da persuasão legal conforme a doutrina brasileira.

O segundo sistema, o do livre convencimento<sup>76</sup>, também designado da íntima convicção e da prova moral, enferma do vício oposto, já que, por total discricionariedade, o juiz é livre de formar a sua convicção com base nos elementos do processo mas também tendo em conta conhecimentos externos e até privados. É um total livre arbítrio que dispensa fundamentação ou motivação da decisão. A valoração da prova é, neste caso, o que resulta do acto criador do juiz, que decidirá em cada caso, *secundum conscientiam*.

O terceiro é o sistema da persuasão racional, que, por seu turno, reconhece liberdade ao julgador, impondo-lhe limites quer no que toca ao direito material quer na fundamentação do seu convencimento, impondo-se-lhe a obediência a regras lógicas e máximas da experiência comum.

Este sistema, comumente designado na doutrina portuguesa de sistema da livre apreciação da prova, significa que há uma liberdade de acordo com um dever, como bem escreve FIGUEIREDO DIAS. O dever de perseguir a verdade material, de tal forma que “a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral susceptíveis de motivação e controlo.” (Dias, 1974: 203)

Não existe, portanto, neste sistema um arbítrio, mas sim uma vinculação a princípios de direito probatório de extrema importância.

“A liberdade de valoração da prova é apenas um aspecto, ainda que muito relevante e ainda dos mais confusos da ciência do direito.” (Silva G. M., 1999: 111)

E, por isso mesmo, insistimos na pergunta: o que é valorar?

Valorar é apreciar e sopesar as provas; é mostrar o percurso do convencimento e a razão de ser do mesmo. É mostrar o que levou a que tal acontecesse daquela forma. É apontar quais as provas que se julgou credíveis para ajuizar da situação e justificar a maior credibilidade conferida a essas provas em detrimento de outras.

É um trajecto livre, pessoal e simultaneamente vinculado, quer à verdade material, quer aos direitos do arguido (nomeadamente ao *in dubio pro reo*), quer à legitimação da decisão. – Daí que o princípio da livre apreciação esteja em delicado equilíbrio com a

---

<sup>76</sup> Tem origem na Revolução Francesa e implementou-se, fundamentalmente, com o tribunal de júri.

presunção da inocência do arguido, o dever de fundamentar a decisão, o direito à tutela efectiva e o direito ao recurso.

É, portanto, uma liberdade para a objectividade, isto é, que tem como fito a verdade objectiva, porém não científica, ou, nas palavras conhecedoras de CASTANHEIRA NEVES “uma verdade que transcende a pura objectividade e que se comunique e imponha aos outros”. (Neves A. C., Sumários de Processo Criminal, 1968 : 50)

A objectividade aqui referida é “uma racionalização de índole prático-histórica, a implicar menos o racional puro do que o razoável, proposta não à dedução apodíctica, mas à fundamentação convincente para uma análoga experiência humana, e que se manifesta não em termos de intelecção, mas de convicção (integrada sem dúvida por um momento pessoal).” (Neves A. C., Sumários de Processo Criminal, 1968: 52) É, na expressão utilizada quer na doutrina quer na jurisprudência, *a convicção da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável.*

O juízo de valoração consagra dois níveis distintos, entende GERMANO MARQUES DA SILVA, a saber: 1. a credibilidade que merecem ao juiz os meios de prova e, 2. as deduções, induções e inferências feitas pelo juiz a partir dos factos provados e que se conexas directamente com a correcção do raciocínio que se firmará em regras da lógica, regras da experiência e conhecimentos científicos. Naquilo a que a lei designa por *regras da experiência.*

No que com os primeiros se prende há que ter em conta o princípio da imediação e de notar que há elementos que não se conseguem justificar racionalmente, como seja o nível de credibilidade que se dá, v.g. a uma ou outra testemunha. É um processo manifestamente pessoal que o julgador não pode explicar racionalmente.

No mesmo sentido o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 27/11/2013.<sup>77</sup>

---

<sup>77</sup> Processo n.º 98/09.6TAPNF.P1, relator Raúl Esteves.

A opção pelo sistema da prova legal ou da prova livre é, antes de mais, um problema jurídico-político, conforme bem sublinha FIGUEIREDO DIAS, que varia consoante os estádios de evolução do direito processual penal e com os diversos sistemas.

E assim é. Basta atentarmos nos últimos dois ou três séculos da história.

Em processo penal o sistema da prova legal marcou quase toda a idade média, sucedendo a esta o sistema da livre apreciação da prova assente na consciência e na razão de quem julgava. Permitia-se que o juiz decidisse contra a prova e até sem prova. E o nosso ordenamento não ficou alheio a este método.

Recorde-se a Nova Reforma Judiciária, de 1837 e a Novíssima Reforma Judiciária, de 1841, acerca da qual JOSÉ DIAS FERREIRA escrevia que o júri podia decidir com as provas, sem as provas e contra as provas, sendo o elemento determinativo da sua decisão apenas a sua consciência. (Ferreira J. D., 1892)

No Código de Processo Penal de 1929 estabelecia-se, no artº 469º: “o tribunal colectivo julga de facto, definitivamente segundo a sua consciência com plena liberdade de apreciação, e de direito, com recurso para a respectiva Relação.”

E o dever de motivar ou fundamentar a sentença não era requisito da decisão. Não havia o dever de exteriorizar o percurso que levava o julgador à tomada de decisão, pese embora tivesse que referir os factos dados como provados.

O Código de 1987 consagrou pela primeira vez, expressamente e sem equívocos, o sistema da livre apreciação da prova, no art.º 127º.

De salientar que o princípio da livre valoração vale não só para o julgamento, sendo transversal a todas as fases processuais.

Acompanhamos de perto ROSA NEVES quando escreve que o princípio da livre apreciação da prova exerce uma função específica. O próprio juízo do MP é um juízo valorativo sobre a existência ou não de indícios fortes que lhe permitem deduzir acusação, e esse juízo procede da livre apreciação do acusador, não sendo, todavia, arbitrário, pois tem que observar requisitos legais sob pena de nulidade da acusação.

No que se prende com a fase da Instrução, e não obstante ela visar comprovar, ou não, a decisão de deduzir acusação, dir-se-á que vigora o princípio em questão, já que ao JIC é reconhecida a possibilidade de ordenar a realização dos actos que entenda adequados. No final desta fase processual o JIC perante o juízo de valoração que faz pode, ou não, pronunciar o arguido.

E mesmo quando a decisão instrutória vá no sentido da acusação, confirmando-a, há “um juízo valorativo autónomo e distinto do anterior, ainda que o objecto sobre o qual cada um deles versa seja tendencialmente coincidente.”<sup>78</sup> (Neves, 2011: 89)

Ainda que se tratando de uma valoração, no que se prende com o juízo quer do MP quer do JIC, há que fazer uma ressalva importante: em ambos os casos está em causa uma valoração que permita uma *indiciação suficiente*,<sup>79</sup> enquanto aquando do julgamento a prova implicará a *certeza*.

Concomitantemente com o princípio da valoração da prova, o legislador determinou um dever de fundamentação e motivação da decisão final e de controlo da apreciação da prova.

Além do dever de fundamentação da decisão, da qual têm que constar os factos provados e os não provados, impõe-se uma exposição dos motivos de facto e de direito que levaram a que assim se decidisse, fazendo-se um exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal. Sem o que a decisão será nula, como preceitua o art.º 374º n.º 2 CPP.

Pese embora o conceito de prova não seja muito distinto do de processo civil, existem algumas nuances a realçar aquando da análise do tema, até porque existem regras próprias consagradas no CPP.

Por conseguinte, diremos, com SOUSA MENDES, que a noção de prova, em processo penal, comporta 3 sentidos: primeiro, “o esforço metódico através do qual são demonstrados os factos relevantes para a existência do crime, a punibilidade do arguido e a determinação da pena ou medida de segurança aplicáveis”, o segundo, “são os elementos com base nos quais os factos relevantes podem ser demonstrados”, e o terceiro que se traduz na “motivação da convicção da entidade decidente acerca da ocorrência dos factos relevantes, contanto que essa motivação se conforme com os elementos adquiridos

---

<sup>78</sup> E, diz a autora, tendencialmente coincidente porque da decisão instrutória podem constar factos que não constavam da acusação, e que, por não se tratar de factos que impliquem uma alteração substancial, vão “integrar o recorte factual daquela”, ou, ao invés, i.e., quando constituam uma alteração substancial dão origem a novo inquérito a fim de serem averiguados e depois comprovados.

<sup>79</sup> Suficiente para permitir o prosseguimento dos autos.

representativamente no processo e respeite as regras da experiência, as leis científicas e os princípios da lógica”. (Mendes, 2010: 173)

Tendo em conta a unicidade do ordenamento jurídico, interessa aqui lançar mão do direito processual civil.

Recordemos, antes de mais, que o CPC de 1995 previa no artº 655º que o juiz podia apreciar as provas que se destinavam a formar a sua convicção, em regra, livremente, de acordo com os seus próprios critérios subjectivos, não vigorando, porém, esta regra no domínio da prova legal e da prova necessária.

Para apreciação da prova legal, são fixadas regras fixas, limitando-se assim o poder de decisão do juiz. É o que acontece na prova plena e pleníssima. Impõe-se ao juiz que considere determinado facto com provado ou o considere irrelevante.

Na prova necessária, “a lei impõe que certos factos só podem ser provados por determinados meios de prova (artº 655º n.º 2 CPC). Aqui não se retira totalmente a liberdade ao juiz, apenas se determina que só pode considerar aqueles meios de prova para formar a sua convicção (que permanece livre).” (Baptista, 1990: 535)

Com excepção destes casos, prevalece o princípio geral de apreciação da prova.

O juiz deverá elencar todos os factos que julga provados e todos os factos que julga não provados, quer relativamente aos factos complemento do que as partes alegaram, quer aos factos instrumentais, desde que resultem da instrução do processo, quer relativamente aos factos notórios.<sup>80</sup> Todos eles deverão constar na fundamentação da sentença, como veremos em capítulo próprio.

---

<sup>80</sup> Facto notório é, por definição, facto conhecido. Mas não basta qualquer conhecimento: “é indispensável um conhecimento de tal modo extenso, isto é, elevado a tal grau de difusão, que o facto apareça, por assim dizer, revestido do carácter de certeza.” (Camisão, 2012: 43)

ALBERTO DOS REIS, refere a notoriedade como conhecimento *geral*, do conhecimento do *público*. E para preencher o conceito de «público» recorre a CALAMANDREI servindo-se da noção de “esfera social” (massa de pessoas com interesses comuns). (Reis, 1985: 260)

A propósito do conceito há discrepância na doutrina. Podem distinguir-se em dois grupos, que assentam em bases diferentes: o primeiro tem como critério o conhecimento e o segundo grupo, o interesse.

No primeiro grupo inserem-se: CHIOVENDA, CALAMANDREI, COUTURE, entre outros. Do segundo grupo fazem parte, v.g., CARNELUTTI e MAZZARELLA.

Na verdade, o princípio da livre apreciação da prova em nada contende com o dever de fundamentação das decisões judiciais, e assim o entendeu, aliás, também o Supremo Tribunal de Justiça em Acórdão de 27/09/2007.<sup>81</sup>

Cabendo ao juiz o “dever de *indicar as ilações tiradas dos factos instrumentais*, a lei permite assentar a prova em presunções naturais ou judiciais, as quais têm por base regras da experiência resultantes do curso normal dos factos, mas com uma relevante limitação: ele terá de estabelecer, de forma clara e inequívoca, a relação entre um facto conhecido – que é a base da presunção – e o facto desconhecido – que é o facto presumido e/ou foi considerado como não provado (como frequentemente ocorre).” (Neto, 2014: 692)

Deste modo, a doutrina maioritária ía no sentido de o artº 653º n.º 2 CPC implicar a fundamentação criteriosa dos factos positivos, mas também dos negativos, fazendo dos mesmos uma apreciação crítica, de forma a que se possa perceber quais as razões que levaram o juiz a decidir daquela forma e não de outra, explicitando os motivos pelos quais se julgou não serem suficientes as provas dos factos contrários. Ainda assim, não são poucas as decisões em que tal fundamentação se omite, o que é grave, já que por vezes (fundamentalmente em direito processual civil devido às regras do ónus da prova) a acção assenta em factos negativos.

No mesmo sentido, isto é, defendendo a necessidade de, além de especificar os fundamentos decisivos para a convicção, na análise crítica das provas, esclarecer quais o levaram a tomar aquela decisão, refira-se também a título de exemplo os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 17/01<sup>82</sup> e da Relação de Lisboa de 27/09<sup>83</sup>, ambos de 2006.

Por sua vez o Tribunal Constitucional manifesta em vários Acórdãos – v.g. Acórdão n.º 310/94 de 24/3/1994<sup>84</sup> entre outros<sup>85</sup> – o entendimento de que a norma do nº 2

---

<sup>81</sup> Processo 07B2028, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>82</sup> Processo 2786/05, relator Silva Freitas.

<sup>83</sup> Processo 1724/2006-4, relator Natalino Bolas.

<sup>84</sup> Processo 379/91, relator Alves Correia.

<sup>85</sup> Acórdão n.º 153/95, de 15/03/1995, relator Sousa Brito; Acórdão n.º 56/97, de 23/01/1997, relatora Assunção Esteves; Acórdão n.º 483/01, de 20/11/2001, relator Luís Nunes de Almeida.

do artigo 653<sup>o86</sup> do Código de Processo Civil ao obrigar à indicação dos "fundamentos que foram decisivos para a convicção do julgador" (pág. 8) relativamente aos factos julgados provados - ou seja, aqueles que recebendo uma resposta positiva ou especificada são instrumentos da decisão final - assegurando minimamente as indicadas funções endoprocessual e extraprocessual, respeita o núcleo essencial mínimo da exigência constitucional de fundamentação estabelecida no artigo 208º, nº 1 CRP, pelo que se pronunciou sempre pela constitucionalidade da norma em questão.

O Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 24/02/2005, de 04/10/2007, e novamente a 05/11/2008, a propósito da obrigatoriedade de fundamentação, distingue a referida no artº 653º n.º 2 (julgamento da matéria de facto) e a do artigo 659º n.º 2 (sentença) esclarecendo que naquele caso a Relação pode ordenar a baixa do processo, se a parte o requerer, nos termos e para os fins do artº 712 (modificabilidade da decisão de facto), enquanto nesta última situação, se a falta de fundamentação for absoluta, verificar-se-á a nulidade prevista no artº 668º n.º 1 b) CPC.

Neste mesmo sentido, os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra de 11/01/2005 e de 01/02/2005.

Muito bem andou o Tribunal da Relação de Lisboa, em Acórdão de 21/03/2012 <sup>87</sup>ao declarar, em súmula, que:

“A lei exige que o juiz discrimine os factos que considera provados (artigo 659.º, n.º 2, CPC), para além de, noutro plano, impor um exame crítico das provas (artigo 659.º, n.º 3, CPC).

Esta exigência é um importante corolário do princípio do Estado de Direito e do papel criador e aplicador do direito desempenhado pelos tribunais.

A garantia de que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas tem, entre nós, assento constitucional (artigo 205.º, n.º 1 CRP), está configurada nos artigos 158.º e 668.º, n.º 1, alínea b), do CPC e consta do artigo 6.º da Declaração Europeia dos Direitos

---

<sup>86</sup> Actualmente não existe artigo correspondente ao 653º CPC. A reforma de 2013 deu origem ao 607º.

<sup>87</sup> Processo 1359/11.0TVLSB.L1-8, relator Luís Correia de Mendonça.

do Homem, como uma componente essencial da garantia de um processo equitativo (artigo 20.º, n.º 4.º CRP).

Costuma dizer-se que esta obrigação está orientada para permitir um controlo interno (partes e instâncias de recurso) do modo como o juiz exerceu os seus poderes.

(...) A ausência de decisão sobre a matéria de facto não pode deixar de se entender como a situação-limite da decisão deficiente a que alude o n.º 4 do artigo 712.º do CPC.” (pág. 6 e 7)

Mas, à justificação do raciocínio do julgador e ao seu necessário reflexo no texto da decisão voltaremos adiante, onde nos propomos desenvolver o tema por estar intrinsecamente relacionado com a actividade valorativa.

Situemo-nos no texto legislativo.

Actualmente, no âmbito do processo civil o princípio da livre apreciação está consagrado no

**artº 607º, n.º 4 e 5 CPC<sup>88</sup>.**

E a lei expressa-se do seguinte modo:

*4. Na fundamentação da sentença, o juiz declara quais os factos que julga provados e quais os que julga não provados, analisando criticamente as provas, indicando as ilações tiradas dos factos instrumentais e especificando os demais fundamentos que foram decisivos para a sua convicção; o juiz toma ainda em consideração os factos que estão admitidos por acordo, provados por documentos ou por confissão reduzida a escrito, compatibilizando toda a matéria de facto adquirida e extraíndo dos factos apurados as presunções impostas pela lei ou por regras de experiência.*

*5. O juiz **aprecia livremente as provas segundo a sua prudente convicção***<sup>89</sup> *acerca de cada facto; a livre apreciação não abrange os factos para cuja prova a lei exija formalidade especial, nem aqueles que só possam ser provados por*

---

<sup>88</sup> Tendo, como se disse supra, deixado de existir o artigo correspondente ao anterior 653º CPC.

<sup>89</sup> Negrito nosso.

*documentos ou que estejam plenamente provados, quer por documentos, quer por acordo ou confissão das partes.*

O legislador português consagra o *critério da prudente convicção* na análise probatória. Sublinhando que a convicção “é o estado de certeza ou incerteza na verdade de um facto” (Dias M. J., 2011: 178), e, afirmando que na valoração da prova aquele estado terá que ser crítico e não um acto de fé, MARTA JOÃO DIAS recorda CASTANHEIRA NEVES quando escreve que o julgador é livre na apreciação e formação da sua convicção, mas tal convicção, se por um lado não pode ser um *feeling*, por outro “também não é uma “pura objectividade lógico-racional”, que se possa demonstrar” (Neves A. C., Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade, 1967: 481).

Conjugando o artº 655º n.º 1 (do qual consta o critério geral do legislador) com o artº 653º n.º 2 (critérios orientadores) da anterior versão do CPC, aquela autora, distinguindo a *fundamentação-actividade* ínsita naquele, da *fundamentação-discurso*<sup>90</sup> deste, retira que: “ a decisão sobre a veracidade dos factos não se poderá basear em critérios irracionais, isto é, em intuições, palpites ou crenças; o julgador terá que decidir tendo em conta a prova produzida no processo, não pode ir buscar outras provas; nem pode decidir contra prova; os raciocínios ou inferências assentes, pela relação dos meios de prova entre si (análise) e pela relação destes com os factos (especificação), deverão ser articulados de forma lógica e coerente; os raciocínios devem apelar a um consenso, isto é, apelar a máximas comumente aceites, por forma a que possam ser considerados verdadeiros fundamentos; o julgador deverá fazer uma valoração conjunta ou ponderação dos diferentes meios de prova, confrontando-os, por forma a que, ainda que de sentido contrário, daí resulte uma decisão linear e unívoca.”<sup>91</sup>

Em todo este processo há, além das razões válidas e intersubjectivamente partilhadas (a que se referia CASTANHEIRA NEVES), uma “inapagável dimensão de decisão (opção resolutive) que se manifesta numa *voluntas* redensificada por outras causas

---

<sup>90</sup> O artº 655º n.º 1 oferece um critério geral daquilo a que MARTA DIAS designa como “itinerário mental” (a fundamentação actividade) que o juiz deverá seguir, enquanto o artº 653º n.º 2 se refere ao discurso justificativo (a fundamentação-discurso).

<sup>91</sup> Como veremos adiante (cap. 8 deste estudo), tais critérios não se afastam daquilo a que TARUFFO chama “critérios mínimos da racionalidade”.

(sociológicas, psicológicas, empíricas...) (...) que faz com que o processo de formação da convicção não seja estritamente racional.” (Dias M. J., 2011: 189)

E, conclui, é exactamente essa «inapagável dimensão de *voluntas*» que justifica que as decisões judiciais possam ser distintas, de acordo com o decidente.

Em sede de Processo Penal, o princípio da liberdade da prova está expresso no

**artº 127º CPP,**

que refere:

*Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.*

O Tribunal Constitucional apreciou a conformidade deste preceito, face à Constituição, tendo decidido sempre, e mais uma vez no Acórdão 320/97 de 21/03/1997<sup>92</sup>, pela constitucionalidade do mesmo.

De facto, este Tribunal tem entendido que “a livre apreciação da prova não pode ser entendida como uma actividade puramente subjectiva, emocional e portanto não fundamentada juridicamente. Tal princípio (...) concretiza-se numa valorização racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permitirá ao julgador objectivar a apreciação dos factos, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão. Trata-se, assim, de um princípio de liberdade para a objectividade, e não para o arbítrio. (...)”

Não há, pois, “confusão entre livre apreciação e apreciação arbitrária discricionária ou caprichosa da prova.”

E acrescenta-se ainda neste aresto que “o princípio da livre apreciação da prova visa também alcançar a verdade material”. (pág. 3 e 4)

---

<sup>92</sup> Processo 141/97, relatora Fernanda Palma.

Há, assim, consonância com a doutrina.

Ainda do Tribunal Constitucional, desta feita de 2004 <sup>93</sup>, nos chega um texto exemplar cujo excerto passamos a transcrever, por nos parecer absolutamente límpido, e, portanto, necessário para esta exposição.

“O acto de julgar é do tribunal, e tal acto tem a sua essência na operação intelectual da formação da convicção. Tal operação não é pura e simplesmente lógico-dedutiva, mas, nos próprios termos da lei, parte de dados objectivos para uma formação lógico-intuitiva.”  
(pág. 2 e 3)

Recordando os ensinamentos de FIGUEIREDO DIAS, o TC diz que na formação da convicção haverá que ter em conta o seguinte:

A recolha de elementos acerca da existência ou não dos factos que relevam para a sentença, dá-se com a produção da prova em audiência;

Sobre esses dados recai a apreciação do tribunal, que é livre (127º CPP) mas não arbitrária, porque motivada e controlável, condicionada pelo princípio da persecução da verdade material;

“A liberdade da convicção aproxima-se da intimidade, no sentido de que o conhecimento ou apreensão dos factos e dos acontecimentos não é absoluto, mas tem como primeira limitação a capacidade do conhecimento humano, e portanto, como a lei faz reflectir, segundo as regras da experiência humana;

Assim, a convicção assenta na verdade prático-jurídica, mas pessoal, porque assume papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis como a intuição.

Esta operação intelectual não é uma mera opção voluntarista sobre a certeza de um facto, e contra a dúvida, nem uma previsão com base na verosimilhança ou probabilidade, mas a conformação intelectual do conhecimento do facto (dado objectivo) com a certeza da verdade alcançada (dados não objectiváveis).

---

<sup>93</sup> Acórdão 198/2004, processo 39/04, relator Rui Moura Ramos, publicado no DR n.º 129, II Série, de 02/06/2004. Também neste sentido o Acórdão TC 116/2007, proc. 522/06, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

Para a operação intelectual contribuem regras, impostas por lei, como sejam as da experiência, a da percepção da personalidade do depoente (impondo-se por tal a imediação e a oralidade), a da dúvida inultrapassável (conduzindo ao princípio *in dubio pro reo*).

A lei impõe princípios instrumentais e princípios estruturais para formar a convicção. O princípio da oralidade, com os seus corolários da imediação e publicidade da audiência, é instrumental relativamente ao modo de assunção das provas, mas com estreita ligação com o dever de investigação da verdade jurídico-prática e com o da liberdade de convicção; com efeito, só a partir da oralidade e imediação pode o juiz perceber os dados não objectiváveis atinentes com a valoração da prova. (...)

A oralidade da audiência, que não significa que não se passem a escrito os autos, mas que os intervenientes estejam fisicamente perante o tribunal (artigo 96º do Código de Processo Penal), permite ao tribunal aperceber-se dos traços do depoimento, denunciadores da isenção, imparcialidade e certeza que se revelam por gestos, comoções e emoções, da voz, por exemplo.

A imediação que vem definida como a relação de proximidade comunicante entre o tribunal e os participantes no processo, de tal modo que, em conjugação com a oralidade, se obtenha uma percepção própria dos dados que haverão de ser a base da decisão.

É pela imediação, também chamada ‘princípio subjectivo’, que se vincula o juiz à percepção, à utilização, à valoração e à credibilidade da prova.

A censura quanto à forma de formação da convicção do tribunal não pode consequentemente assentar de forma simplista no ataque da fase final da formação dessa convicção, isto é, na valoração da prova; tal censura terá de assentar na violação de qualquer dos passos para a formação de tal convicção, designadamente porque não existem os dados objectivos que se apontam na motivação ou porque se violaram os princípios para a aquisição desses dados objectivos ou porque não houve liberdade na formação da convicção.

Doutra forma, seria uma inversão da posição das personagens do processo, como seja a de substituir a convicção de quem tem de julgar pela convicção dos que esperam a decisão.” (pág. 3)

Não se trata, portanto, de uma convicção puramente subjectiva e emocional, ao invés, tratando-se de uma convicção pessoal, ela é necessariamente *objectivável* e *motivável*. (Brito, 2013) (Dias, 1974)

E o critério prático adequado para conseguir tal convicção dá-no-lo FIGUEIREDO DIAS, assentando na jurisprudência anglo-americana: quando o juiz se convença da verdade dos factos *para além de toda a dúvida razoável*.

Este sistema considera-o PAULO DE SOUSA MENDES, um “símbolo de modernidade, já que a prova livre antecipa duas características típicas do espírito moderno: a abertura à experiência e a autonomia do observador (neste caso, o julgador).” (Mendes, 2014: 219) Estas características potenciam a descoberta da verdade material.

Temos, assim, que o artº 127º CPP estabelece três tipos de critérios para avaliação da prova: uma avaliação inteiramente objectiva quando a lei assim o estabelecer (como é o caso, v.g., dos documentos autênticos); outra, também objectiva, que se reporta às regras da experiência; e por fim, uma eminentemente subjectiva, que resulta da livre convicção do julgador. Delas trataremos agora.

### **6.1 As regras da experiência e as presunções**

Cabe definir normas/regras de experiência. CAVALEIRO FERREIRA diz serem definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico que assentam na experiência comum, e que são independentes do caso concreto em crise. (Ferreira, 1986)

São “*índices corrigíveis*, critérios que definem conexões de relevância, orientam os caminhos da investigação e oferecem probabilidades conclusivas.” (Brito, 2013: 5)

Estas regras, escreve SOUSA MENDES, “servem para produzir prova de primeira aparência, na medida em que desencadeiam presunções judiciais simples, naturais, de homem, de facto ou de experiência, que são aquelas que não são estabelecidas pela lei, mas se baseiam apenas na experiência de vida.” Trata-se, assim, de “argumentos que ajudam a explicar o caso particular como instância daquilo que é normal acontecer.” (Mendes, 2010: 1011)

As regras da experiência têm, segundo aquele insigne Professor, uma *função instrumental* numa investigação orientada para os factos individuais, pois boa parte das vezes o juiz tem que recorrer à “percepção de meros factos probatórios através dos quais procurará provar o facto principal.” (Mendes, 2010: 1003)

São regras de extrema importância já que amiúde ajudam à passagem de um facto conhecido para um desconhecido. O julgador terá que apurar se e em que medida os factos concretos confirmam ou não “as inferências gerais, típicas e abstractas.” (Brito, 2013: 5)

E, estabelecendo que o modelo referencial é a observação e verificação do homem médio, a elas se refere o supra identificado Acórdão STJ de 06/10/2010: “Na análise e interpretação (...) dos comportamentos humanos há feixes de apreciação que se formaram e sedimentaram ao longo dos tempos: são as regras da experiência da vida e das coisas que permitem e dão sentido construtivo à regra que é verdadeiramente normativa e tipológica como meio de prova – as presunções naturais.” (pág. 33)

No Acórdão do STJ de 20/04/2006 <sup>94</sup> lê-se: “A decisão cumpre as exigências de fundamentação se suporta com plausibilidade, segundo o processo que foi objectivado no raciocínio lógico que guiou a interpretação de todas as provas conjugadas entre si e com as regras da experiência, a opção que foi tomada em matéria de facto, surgindo essa solução como consequência lógica e adequada à realidade das coisas, tendo em vista as provas de que se serviu o tribunal e as ilações que segundo tal realidade - a da experiência vivida - elas permitiam.” (ponto 14 do sumário)

Este acórdão é de uma importância extraordinária. Trata-se de um marco na jurisprudência portuguesa, desde logo porque confirma a condenação dos agentes do crime de homicídio sem a prova directa do cadáver. Acórdão ao qual voltaremos a propósito da prova indirecta.

Relevante é sublinhar que na opinião de alguns autores, “o juiz pode decidir contra as regras da experiência”. (Mendes, 2010: 1011)

Não obstante a opinião de PAULO SOUSA MENDES, sempre se dirá que o STJ, a 02/10/1996,<sup>95</sup> havia decidido em sentido contrário, estabelecendo que tal situação consubstanciava um erro de apreciação de prova. E, caso tal erro fosse notório e resultasse do próprio texto tratava-se de um vício da matéria de facto que poderia ser invocado como

---

<sup>94</sup> Processo n.º 06P363, relator Rodrigues da Costa.

<sup>95</sup> Processo n.º 45267, relator Leonardo Dias, publicado no BMJ 460 (1996), pág. 540-546.

fundamento de recurso mesmo nos casos em que o conhecimento do tribunal *ad quem* se restringisse à matéria de direito, sendo, inclusive, tal vício, de conhecimento oficioso.

O aresto de então, definindo que as regras de experiência comum e, bem assim, as regras que estabeleçam um valor probatório especial a determinadas provas ou condicionem a sua produção ou valoração, como limite à apreciação da prova, e, tendo a decisão do tribunal *a quo* sustentado a sua convicção sobre a verdade dos factos, determinou-se a anulação do acórdão recorrido.

Mas a opinião daquele notável Professor parece ser sustentada em 2013, no Acórdão da Relação de Coimbra de 15 de Maio<sup>96</sup>, ao se entender que a lógica resultante da experiência comum não possa valer só por si, principalmente se essa lógica “conduzir a um resultado que é desmentido por uma prova credível. A realidade do quotidiano desmente muitas vezes os padrões de normalidade, que não constituem regras absolutas”. (pág. 26)

Também nós somos partidários desta ideia, pois o caso em análise pode ficar fora do caso típico, fugindo à regra, e o julgador tem que estar alertado para isso.

## 6.2 Limitações à livre apreciação

Na medida em que a livre apreciação exige a convicção para lá da dúvida razoável, e o princípio *in dubio pro reo* limita a formação da convicção em caso de dúvida razoável, dir-se-á, com BELMIRO ANDRADE, que ambos os princípios constituem a face e o verso da realidade, na medida em que “a livre convicção cessa perante a dúvida razoável e a dúvida não pode aceitar-se enquanto não for razoável.” (Andrade, 2012: 12)

De facto, todos os factos relevantes para a decisão que, apesar de toda a prova recolhida e valorada não possam ser subtraídos à dúvida razoável do julgador, também não podem ser tidos como provados. A falta de provas não pode prejudicar o arguido, pelo que, não sendo permitido o *non liquet*, terá sempre que haver uma valoração a favor do arguido, e é nesse sentido que se afirma o princípio *in dubio pro reo*.

---

<sup>96</sup> Processo número 693/09.3TACVL.C1, relator: Jorge Jacob.

Ao ter a dúvida que ser resolvida a favor do réu temos que o princípio *in dubio pro reo* funciona como complemento do princípio da prova livre.

“O facto de existir uma orientação vinculativa para os casos duvidosos limita a liberdade de apreciação do juiz. Impede-o de decidir com o seu critério pelo menos uma parte do objecto da prova: os factos desfavoráveis ao arguido.” E o universo fáctico passa a ser constituído, defende CRISTINA MONTEIRO, “por dois hemisférios que receberão tratamento distinto no momento de emissão do juízo: o dos factos favoráveis ao arguido e o dos factos desfavoráveis”. (Monteiro, 1997: 48) Quanto aos primeiros é necessário que sejam certos ou duvidosos, relativamente aos segundos exige-se certeza absoluta.

Face a este raciocínio conclui MALAFAIA que existe uma limitação na apreciação da prova. Limitação essa imposta pela CRP, pelo que o princípio *in dubio pro reo* está ancorado no princípio da presunção da inocência, plasmado no artº 32º n.º 2 CRP.

O mesmo se diga relativamente à verdade material, pois só a prova obtida de forma intra-processualmente válida é susceptível de ser utilizada de modo a condenar o arguido pela prática dos factos que lhe são imputados. (Malafaia, 2010)

BELMIRO ANDRADE, por sua vez, é de opinião que a presunção de inocência não interfere – não proíbe – com a produção e valoração da prova, em concreto, desde que cumpridos os requisitos legais de obtenção e produção de prova e assegurando-se o contraditório.

É, porém, de referir que parte da doutrina refere o *in dubio pro reo* e a busca da verdade material como limites exógenos à livre apreciação da prova. Relembre-se aqui PINTO DE ALBUQUERQUE, onde outros autores (v.g. BERTA PINTO) vão beber esta ideia. E a jurisprudência também não foi imune: aponte-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15/01/2011<sup>97</sup>

Aquele excelso Conselheiro defende que a CRP e a lei estabelecem limites endógenos e exógenos ao exercício do poder de livre apreciação da prova. Tais limites

---

<sup>97</sup> Processo n.º 811/08. 9TAACB.C1, relatora Elisa Sales.

dizem respeito, além do *in dubio pro reo* (limite exógeno porque condiciona o resultado da apreciação da prova), ao grau de convicção requerido para a decisão e à proibição dos meios de prova, (limites endógenos porque condicionam o próprio processo de formação da convicção e da descoberta da verdade material).

O facto de se consagrar o princípio da livre apreciação da prova como princípio basilar não impediu o legislador de lhe colocar limites além dos já analisados e decorrentes, desde logo, da exigência de fundamentação da decisão e, inclusive, de atribuir determinado valor probatório a algumas provas.

Além dos próprios limites que as regras da experiência e a lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica, que são verdadeiros limites à discricionariedade do julgador<sup>98</sup>, e não olvidando o as regras da proibição de valoração de provas, ínsito no artº 355º CPP, existem também os limites impostos pelo valor a atribuir: à prova pericial, aos documentos autênticos e autenticados, à confissão do arguido em audiência, ao caso julgado, conforme a doutrina tem salientado.

Mas também são de referir outros limites que têm, a nosso ver, fundamental importância no processo, e, desde logo, na actividade de valoração da prova. A saber: as declarações para memória futura, as declarações do co-arguido e das testemunhas protegidas.

Assim:

### **6.2.1 Prova pericial**

Prevê o artº 151º CPP que quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, ela se faça através da prova pericial.

A prova pericial é realizada por um perito nomeado dentre os da lista de peritos existentes em cada comarca, ou, na sua falta por pessoa de honorabilidade e de reconhecida

---

<sup>98</sup> Como bem discorreu PIRES DA GRAÇA, na apresentação do CEJ sobre a “Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal”, a 13/03/2015, em Lisboa.

competência na matéria, que fará um relatório que descreve as suas respostas e conclusões fundamentadas.

O perito não é um substituto do juiz, mas um auxiliar deste. (Ferreira, 1956; Dias, 1974; Neves, 2011).

É, no dizer de LEBRE DE FREITAS, um intermediário, que se interpõe entre a fonte de prova e o juiz. E intermediário indispensável porque, por serem necessários conhecimentos especiais que o julgador não tem, o perito intervém como processo de manifestação da fonte e traduz ao juiz o resultado da sua observação.

Aceita-se que o perito seja uma «testemunha qualificada», alguém que estando munido de conhecimentos e meios técnicos especiais, interpreta a realidade de acordo com os seus sentidos. (Ceccaldi, 1988).

A apreciação dos factos é feita pelo juiz, sendo, portanto, função judicial. E, por não ter, o julgador, obrigatoriamente, conhecimentos de cariz técnico ou científico, a lei permite que terceiros o coadjuvem.

O júízo técnico, científico ou artístico que o perito faz está, em princípio, subtraído à livre apreciação do julgador. Presume-se a ela subtraído, estabelece o artº 163º CPP. Trata-se, todavia, de uma presunção *iuris tantum*, admitindo prova em contrário, como veremos.

Isto significa que o juiz, aquando da apreciação e valoração da prova pode afastar um parecer pericial, sendo, todavia, condição que o juiz possua conhecimentos de igual valor técnico, científico ou artístico, que possam atacar aquele júízo e que fundamente essa discordância. Se assim for, poderá afastá-lo e valorar livremente a prova nos termos gerais.

Daí também a necessidade de fundamentação do próprio laudo, conforme, aliás, se refere no Acórdão da Relação de Guimarães de 17/12/2013<sup>99</sup>.

O relatório deve indicar especificadamente os motivos do laudo e não apenas as conclusões. Na verdade, “a falta de fundamentação do relatório pericial afecta o valor do julgamento”, escreve-se no sumário daquele aresto.

Efectivamente, parece-nos, só dessa forma se viabiliza o contraditório.

Também no que refere à valoração da prova pericial a doutrina não é unânime.

---

<sup>99</sup> Processo 412/12.7PBGMR.G1, relatora Maria Luísa Arantes.

De facto o artº 163º CPP refere a existência de uma presunção, traduzindo-se na obrigatoriedade de o juiz fundamentar a sua divergência relativamente ao relatório pericial, quando esta exista. E justifica-se pelo facto de aquele relatório, aquele juízo oriundo da peritagem, “ter origem em entidade devidamente qualificada”. (Pinto, 2012: 10)

Foi o que determinou o Acórdão do STJ de 31/05/2005<sup>100</sup>, ao estabelecer que se verifica uma causa de nulidade da sentença quando haja falta de tal fundamentação.

Autores há (v.g. SIMAS SANTOS) que defendem que o juízo emanado do perito não tem um valor pleno, mas um valor “*presumivelmente pleno*” (Santos, 2004: 830), tratando-se de uma presunção *iuris tantum*, e portanto, passível de ser afastada mediante prova em contrário.

Outros, como MARQUES FERREIRA, entendem que a presunção referida no artº 163º CPP é uma presunção natural e não legal, que cede mediante contraprova.

GERMANO MARQUES DA SILVA, por sua vez, sustenta que aquele artigo não contém uma verdadeira presunção como definida no artº 349º CC, explicando: “o que a lei verdadeiramente dispõe é que, salvo com fundamento numa crítica material da mesma natureza, isto é científica, técnica ou artística, o relatório pericial se impõe ao julgador. (...) Compreende-se que assim seja. Com efeito, se a lei prevê a intervenção de pessoas dotadas de conhecimentos especiais para valoração da prova seria de todo incompreensível que, depois admitisse que o pressuposto da prova pericial não tivesse qualquer relevância, mas já é razoável que o juízo técnico científico ou artístico possa ser aplicado na base de argumentos da mesma natureza. (Silva G. M., 1999: 78 e 79)

No mesmo sentido o Acórdão do STJ de 31/03/2005.<sup>101</sup>

Vide igualmente o Acórdão do TRP de 08/11/2012<sup>102</sup>, em cujo sumário se pode ler que o relatório pericial se limita “a conter pareceres técnicos, com valor idêntico ao dos pareceres jurídicos, a apreciar criticamente pelo juiz no confronto com todos os meios de prova produzidos”.

---

<sup>100</sup> Processo número 05P910, relator Santos Carvalho.

<sup>101</sup> Processo n.º 05P910, relator Santos Carvalho.

<sup>102</sup> Processo n.º 6439/07.3TBMTS.P1, relator Aristides Rodrigues de Almeida.

Também no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 11/03/2013<sup>103</sup>, no qual, referindo-se ao exame pericial à assinatura do arguido aposta em documento, se defende que o juízo técnico não pode deixar de persistir.

Com o desenvolvimento da ciência e da técnica a prova pericial tem tido acentuada importância, mormente em outros ordenamentos onde é amplamente vulgarizado o recurso às novas técnicas periciais, como seja a recolha de ADN<sup>104</sup> de vestígios encontrados no local do crime.<sup>105</sup>

Mas ainda assim a nossa jurisprudência tem sido cautelosa. Veja-se, por exemplo o caso do Acórdão da Relação de Guimarães de 17/12/2013 supra referido, que define não ser suficiente a impressão digital do arguido no local do crime se não houver outras provas (directas e/ou indirectas). Ou o Acórdão da Relação do Porto de 09/10/2013<sup>106</sup> no qual se define que a prova pericial isolada não é suficiente para condenar ou absolver.

### **6.2.2 Documentos autênticos e autenticados**

Documento é, nos termos do preceituado no artº 255º do Código Penal, a declaração corporizada em escrito, ou registada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, que permitindo reconhecer o emitente é idónea a provar facto juridicamente relevante, e ainda o sinal materialmente feito numa coisa que permite reconhecer o seu destino e a prova que dele resulta.

Os documentos podem ser, conforme prescreve a lei civil no artº 363º do Código Civil, particulares ou autênticos.

Autênticos são os exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública. Os demais são particulares.

---

<sup>103</sup> Processo n.º 4557/07.7TBMTS-A.P1, relator Luís Lameiras.

<sup>104</sup> Ácido desoxirribonucleico.

<sup>105</sup> Recorde-se, por exemplo, o mediático processo O. J. Simpson, nos EUA no qual a análise do ADN teve importância fundamental.

<sup>106</sup> Processo 136/09.2TAESP.P1, relatora Maria do Carmo Silva Dias.

Podem ainda os documentos particulares ser autenticados quando confirmados pelas partes, perante notário, nos termos prescritos nas leis notariais.

Além dos notários podem ainda autenticar documentos particulares os advogados e solicitadores, conforme artº 38º n.º1 do Decreto-Lei 76-A/2006 de 29 de Março, que trata do regime de reconhecimentos de assinaturas e da autenticação e tradução de documento.

É possível a prova por documentos, que deverá ser feita no decurso do inquérito ou da instrução, ou, caso não seja possível, até ao encerramento da audiência, assegurando-se sempre o contraditório.<sup>107</sup>

Apenas uma nota para referir que no que se prende com as reproduções mecânicas elas só serão válidas e aceites como prova se forem lícitas.<sup>108</sup>

Os documentos autênticos e autenticados têm força probatória plena: consideram-se provados os factos que eles consubstanciarem, enquanto não forem fundamentadamente postos em causa. É o que traduz o artº 169º CPP.

Por exclusão de partes, os documentos particulares são avaliados pelo juiz nos termos do artº 127º CPP: livremente.

A prova documental é constituída por diversas categorias, que, no âmbito da nova criminalidade demonstram grande importância. As reproduções mecânicas obtidas em vigilâncias e escutas telefónicas revestem, na moderna investigação criminal, fundamentalmente na que se reporta à criminalidade organizada, um dos meios de prova mais frequentemente utilizado.<sup>109</sup>

Na definição de documento não pode atender-se apenas ao n.º 1 do artº 164º CPP (e, por remissão, às alíneas a) e b) do 255º CP), por ser tal definição insuficiente e por

---

<sup>107</sup> Artº 165º CPP.

<sup>108</sup> Artº 167º CPP.

<sup>109</sup> Num apontamento refira-se o Acórdão do STJ de 04/11/2009, que esclarece que “a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações telefónicas, ao permitirem a audição e a recolha da palavra das pessoas escutadas, obviamente que não constituem *depoimento indirecto*, de *ouvir dizer*, tal qual se encontra previsto e regulado no artigo 129º, pelo que a valoração daquele meio de prova, genericamente, não esteja dependente da audição das pessoas escutadas no contraditório”. – Processo n.º 680/07.6GCBRG.G1.S1, relator Oliveira Mendes

entrar em confronto com os artº 356º e 357º do mesmo código, alerta-nos o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 18/05/2011.<sup>110</sup>

Tem aqui importância a distinção entre prova documental e prova documentada: a primeira, distintamente desta, representa directamente um facto. Esta existe no processo e as partes têm acesso a ela, considerando-se produzida e examinada, e portanto pode ser dispensada a sua leitura em audiência de julgamento, nos termos do artº 356º CPP. A segunda é reduzida a escrito e para ser utilizada e contraditada deverá ser lida em audiência. É o caso, v.g. das declarações para memória futura, das actas de audiência, entre outras.

### **6.2.3 Confissão do arguido**

As declarações do arguido, de onde pode constar a sua confissão dos factos, constituem um direito de defesa e, em simultâneo, traduzem-se num meio de prova.

Nesse sentido, diz-se apresentarem uma “natureza bicéfala” (Neves, 2011: 98)

Desde 2013<sup>111</sup> está em vigor um novo regime de admissibilidade de leitura de declarações do arguido perante autoridade judicial, tendo este regime subjacente “uma especial valoração como meio de prova” (Oneto, 2013: 168) : o artº 141º n.º 4 b) CPP estabelece uma liberdade de valoração de tais declarações e o artº 357º n.º 2 retira-lhe expressamente o valor da confissão a que se refere o artº 344º.

Assim, as declarações do arguido adoptam nova dimensão, destacando-se: “o alargamento da admissibilidade da leitura de declarações de arguido prestadas em qualquer fase anterior à audiência de julgamento”<sup>112</sup>, por um lado, e a “eliminação do catálogo das proibições de valoração de prova as declarações de arguido prestadas perante o Ministério

---

<sup>110</sup> Processo n.º 199/07.5GHSNT.L1-3, relator Carlos Almeida. E justifica: se assim fosse qualquer auto lavrado num processo, contivesse ou não declarações, seria um documento, susceptível de ser valorado.

<sup>111</sup> Lei 20/2013 de 21 de Fevereiro.

<sup>112</sup> Se preenchidos os pressupostos.

Público” (Oneto, 2013: 169), uma vez que se refere agora uma autoridade judiciária e não o juiz.

Por um lado, deixa de ser excepcional a possibilidade de leitura de declarações do arguido anteriores à audiência, o que, em boa verdade, desconsidera o princípio da imediação, e por outro, porque se permite que sejam lidas também as declarações perante o MP, fica, de algum modo, comprometido o princípio da imediação.

Justificar-se-á esta alteração legislativa por razões de indignação e incompreensão social<sup>113</sup>, relativamente ao sistema judicial, face à impossibilidade de utilização das declarações prestadas pelo arguido antes da audiência, nomeadamente quando tal implicasse uma confissão. Essa terá sido a motivação do legislador. E se pode ser compreensível em termos de opção legislativa, coloca-se em causa, parece-nos, até que ponto tal opção não conflitua com os direitos constitucionalmente garantidos do arguido.

Na prova por declarações o momento processual em que acontece a confissão determina, portanto, a valoração da prova que dela resulte. E isto porque é diferente se se tratar de declarações feitas perante uma autoridade policial, em sede de inquérito, ou se se tratar de declarações em audiência de discussão e julgamento.

Assim: neste último caso, havendo confissão integral e sem reservas, e não estando presentes as circunstâncias a que se refere o artº 344º n.º 3 CPP, ela terá valor probatório pleno, considerando-se confessados os factos.

No Acórdão da TRL, de 15/01/2014<sup>114</sup>, pode ler-se: “Feita uma confissão que se diz integral e sem reservas, o Tribunal, se a aceita, tem de (...) aceitar a veracidade dos factos constantes da acusação sem lhe ser lícito discutir a prova, e aplicar a lei aos mesmos.” (pág. 14)

Se existir alguma das circunstâncias previstas no artº 344º n.º 3 – a saber: existência de coarguidos e não existir confissão integral e sem reservas relativamente a todos; o tribunal suspeitar do carácter livre da confissão ou da veracidade dos factos, ou, ainda, nos

---

<sup>113</sup> Preocupações, aliás, manifestadas também no VII Congresso dos Advogados Portugueses, sob o tema “Para uma Reforma da Justiça”, de 11 a 13 de Novembro de 2011, na Figueira da Foz, nomeadamente por CARLOS GOMES FARIA.

<sup>114</sup> Processo 329/06.4TACLD.L1-3, relatora Laura Goulart Maurício.

casos em que o crime é punível com pena de prisão superior a 5 anos – valerá então o princípio da livre apreciação da prova.

De todo o modo, referiu muito recentemente o Tribunal da Relação de Coimbra, em Acórdão de 04/02/2015<sup>115</sup>, “a confissão exige a presença do arguido em audiência, ou constar de declarações validamente produzidas e que possam ser lidas em audiência, nos termos do art. 357.º do CPP.” (pág. 4)

Há ainda a ter em conta a hipótese de o arguido confessar aquando da tomada de declarações para memória futura, isto é, na produção antecipada de prova.<sup>116</sup>

Pese embora nem toda a doutrina aceite que as declarações do arguido possam ter lugar em produção antecipada de prova, como é o caso de CRUZ BUCHO, outros autores há que entendem ser possível. Entre eles, PINTO DE ALBUQUERQUE, que sustenta que, havendo nelas confissão, ela releva para os efeitos do artº 344º CPP “se ao tempo em que foi produzida o objecto do processo já se encontrava definido.” (Albuquerque, 2008: 900)

Um acórdão recente da Relação do Porto, de 15/06/2015,<sup>117</sup> refere o valor da confissão do arguido sob uma outra perspectiva: a valoração da confissão em si mesma, para efeito de atenuação de pena.

Se a confissão for decisiva para a condenação, por não haver mais prova – como é o caso do Acórdão em causa: ela é de tal forma imprescindível que sem ela não podia haver condenação – ela fundamenta uma atenuação especial da pena.

Cumprido, por último, fazer uma ressalva: não se confunde a prova por declarações com a reconstituição do crime com o contributo do arguido, que é uma prova autónoma. E,

---

<sup>115</sup> Processo número 96/12.2GBMIR.C1, relator Belmiro Andrade.

<sup>116</sup> Também aqui tem relevância a fixação do objecto do processo, na medida em que esta se estende à produção antecipada de prova.

<sup>117</sup> “A confissão integral e sem reserva do arguido dos factos de que é acusado, tem um valor que varia segundo o contributo que fornece para a descoberta da verdade.” – Acórdão TRP, processo 8/13.6PSPRT.P1, relatora Eduarda Lobo.

também relativamente este assunto, o Acórdão do STJ de 20/04/2006, supra referido, e o Acórdão TRP de 15/05/2015.<sup>118</sup>

#### 6.2.4 Caso julgado

O CPP não tem qualquer preceito que defina o valor do caso julgado, salvo a que se refere ao pedido de indemnização civil: artº 84º CPP.

Não obstante, a questão poderá ser analisada por outra perspectiva. Vejamos: pressuposto do caso julgado é o trânsito em julgado da decisão. Todavia, o trânsito em julgado não implica que a decisão seja imodificável, já que esta poderá sempre ser sindicada mediante recurso extraordinário, nos termos dos artº 437º e 449º CPP.

Pese embora esse facto, a regra é que a decisão é tendencialmente imutável após o trânsito em julgado.

Recordando EDUARDO CORREIA: “o fundamento central do caso julgado radica-se numa concessão prática às necessidades de garantir a certeza e a segurança do direito. Ainda mesmo com possível sacrifício da justiça material, quer-se assegurar através dele aos cidadãos a sua paz jurídica, quer-se afastar definitivamente o perigo de decisões contraditórias. Uma adesão à segurança com um eventual detrimento da verdade, eis assim o que está na base do instituto” (Correia E. , 1983: 302)

Há aqui que distinguir o caso julgado formal do material. Ao primeiro corresponde o efeito da decisão no processo onde foi proferida, esgotando-se o poder jurisdicional quando não for já possível o recurso ordinário. O segundo, prende-se com a validade da decisão tendo em conta a existência posterior de outro processo, sendo aí que ganha relevo o princípio do *ne bis in idem*.

Tendo em conta estas noções singelas, facilmente se compreende que o caso julgado formal não constitui um limite ao princípio da livre apreciação da prova “uma vez

---

<sup>118</sup> Processo 1189/13.4JAPRT.P1, relator Raúl Esteves.

que a sua eficácia não decorre do concreto processo em que foi proferida a decisão, se pensarmos (...) que o objecto da decisão versa sobre matéria de cariz processual” (v.g. falta de requisitos legais para a abertura da Instrução)”. Diferente será já o caso julgado material, consubstanciando este um limite ao princípio da livre valoração “quando se verifique identidade do agente (...) e identidade do facto, por força da proibição constitucional do *ne bis in idem*”, nos termos do artº 29º n.º 5 CRP. (Neves, 2011: 104)

Sobressaem sobre o assunto os Acórdãos do TRL de 14/04/2011<sup>119</sup>, do TRP de 27/02/2008<sup>120</sup> e do STJ de 03/02/2011<sup>121</sup>

Atinente, em particular, ao caso julgado material, cumpre recordar que o legislador consagrou a possibilidade de revisão das sentenças, limitando-se tal admissibilidade aos fundamentos consagrados no artº 449º n.º 1 CPP, escrevem SIMAS SANTOS E LEAL HENRIQUES, “com vista ao estabelecimento do equilíbrio entre a imutabilidade da sentença decorrente do caso julgado e a necessidade de respeito pela verdade material”. (Henriques, 2004: 129)

É a solução de equilíbrio a que se refere CLAUS ROXIN na obra *Derecho Procesal Penal* (2000).

Ora, visando o recurso extraordinário de revisão obter uma nova decisão judicial que se vai substituir, através da repetição do julgamento, a uma outra já transitada em julgado, “vai operar-se não um reexame do anterior julgamento, mas antes tirar-se uma nova decisão assente em novo julgamento do feito, agora com apoio em novos dados de facto.” (Acórdão STJ de 26/11/2009: 6)<sup>122</sup>

Mais. Como bem escreve CONDE CORREIA “se o cidadão injustamente condenado tem direito à revisão da sentença, então o caso julgado condenatório só deverá resistir se for justo. (...) Nenhuma decisão injusta deverá resistir, mas também nenhuma

---

<sup>119</sup> Processo 250/06.6PCLRS.L1-3, relator Rui Gonçalves.

<sup>120</sup> Processo 0810050, relatora Maria do Carmo Silva Dias.

<sup>121</sup> Processo 29/04.0TBRRSD.P1.S1, relatora Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

<sup>122</sup> Processo n.º 103/01.4TBRRG-G.S1 relator: Santos Carvalho.

decisão justa deverá sucumbir. (...) Nesta vertente, o caso julgado tem, assim, entre nós, como limite inquestionável, a justiça da condenação.” (Correia J. C., 2010: 558/589)

Analisados que estão os limites à valoração da prova comumente tratados pela doutrina, referir-nos-emos agora a outros três, que nos parecem de grande interesse. Debrucemo-nos, então, sobre as declarações do co-arguido, as declarações para memória futura e das testemunhas protegidas.

### 6.2.5 Declarações para memória futura <sup>123</sup>

Os depoimentos para memória futura inserem-se no âmbito da produção antecipada de prova – prova *ad perpetuam rei memoriam* <sup>124</sup> –, e são um meio cautelar de produção de prova, justificando-se por razões de “esigenze pratiche”. (Tonini, 2010: 368) Mas não só.

Constituem uma exceção ao princípio da imediação, <sup>125</sup> e são, também, um direito: o direito à conservação da prova.

---

<sup>123</sup> PINTO DE ALBUQUERQUE entende que as declarações prestadas em reconhecimento ou em reconstituição de facto são também declarações, e por isso, incluídas na previsão do artº 271º CPP. Pese embora a douta opinião do ilustre Conselheiro, impõe-se o esclarecimento feito por CRUZ BUCHO, que alerta para a autonomização das declarações para memória futura face aos demais meios de prova, inclusive em termos sistemáticos no CPP, e sustentado pelo acórdão do Tribunal Constitucional 425/2005 de 11/10 [Relator Benjamim Rodrigues] que salienta a distinção qualitativo-funcional entre a prova por reconhecimento e a prova testemunhal, desde logo, porque o pressuposto que justifica a existência do reconhecimento e o autonomiza “e o erige como meio de prova – traduzido num inequívoco juízo de necessidade direccionado (...) ao esclarecimento de uma situação de incerteza subjectiva”, pelo que a ele se há-de recorrer apenas quando existir tal «necessidade». (pág. 8)

Daí que o auto de reconhecimento não possa considerar-se um auto de declarações e seja antes um meio distinto de prova. Neste sentido, também, v.g. o acórdão TRC de 05/05/2010 (proc n.º 486/07.2GAMLD.C1, relator João Gomes de Sousa)

Já no que se prende com as acareações para memória futura, elas são permitidas, nos termos do artº 271º n.º 7 CPP, entre testemunhas, assistentes ou partes civis, desde que se cumpram os requisitos fundamento estabelecidos no n.º 1 do mesmo artº.

<sup>124</sup> Consagrada no nosso ordenamento desde as Ordenações (já se referindo que se aplicava a pessoas *que são muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estão aviadas para se partir para fora do Reino* - Livro III, LV, 7) e sobre a qual diversos autores discorreram, desde anotações ao código de processo civil de 1876 (José Dias Ferreira), ao de 1961 (Alberto Reis), e posteriormente PAULO CUNHA, CASTRO MENDES, ANTUNES VARELA, entre outros.

Alguns autores, v.g. MIRANDA ESTRAMPES, crêem tratar-se de uma limitação ao princípio do contraditório pelo facto de que a leitura da acta onde constam as declarações não “garantiza una contradicción real sinó solo formal, pues no permite el interrogatório cruzado de los agentes actuantes.” (Miranda Estrampes, 2008: 55)

Estas declarações levantam algumas questões que têm recebido quer da doutrina, quer da jurisprudência, respostas muito díspares.

Começando pelo facto de ser ou não exigível a constituição prévia de arguido antes da tomada de declarações, e, conseqüentemente como podem estas ser valoradas.

A doutrina maioritária, na qual sobre o assunto se destacam DAMIÃO DA CUNHA (Cunha, 1977), JOAQUIM MALAFAIA (Malafaia, O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura, 2004 - V. 14, n. 4), MOURAZ LOPES (Lopes, O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura, 2007 (n.º 26)) e VINÍCIO RIBEIRO (Ribeiro, 2011), entende ser necessária a constituição prévia de arguido, uma vez que está em causa o princípio do contraditório e que se tal não suceder ficam necessariamente obliterados os direitos de defesa, na medida em que não pode ser contraditado o depoimento.

Distintamente, ainda na doutrina, entendem PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE (Albuquerque, 2008), CRUZ BUCHO (Bucho, 2012), ANTÓNIO MIGUEL VEIGA (Veiga, 2009 (ano 19, n.º 1)) e BERNARDO MARQUES VIDAL (Vidal, 2011), ser possível tomar declarações para memória futura quando os suspeitos ainda não foram constituídos arguidos, ou, até, não se conhecendo a identidade dos suspeitos.

Por sua vez, a jurisprudência maioritária vai no sentido de se aceitar a prestação de declarações para memória futura sem prévia constituição de arguido, atento o interesse na realização da justiça e da descoberta da verdade e a existência do *periculum in mora* que pode levar à perda da prova, não olvidando, todavia, a excepcionalidade da norma.

---

<sup>125</sup> No sentido em que, apesar de ser produzida perante um juiz, este não é o juiz de julgamento, mas sim o JIC. Não tem, o julgador, contacto directo com a fonte de prova, tem-no apenas através de documento. Em sentido contrário TALITA ARRUDA (Arruda, 2014)

A título de exemplo refere-se os Acórdãos STJ 25/03/2009<sup>126</sup>, STJ 16/06/2004<sup>127</sup>, TRP 01/02/2006<sup>128</sup>, TRP 12/10/2005<sup>129</sup>, TRP 13/07/2005<sup>130</sup>, TRC 29/09/2010<sup>131</sup>, TRL 07/02/2012<sup>132</sup>, TRL 22/03/2011<sup>133</sup>, TRE 07/07/2011<sup>134</sup>.

Não é, todavia, unânime, a jurisprudência, já que existem também decisões (em número minoritário, porém) no sentido de não serem aceites as declarações para memória futura sem constituição anterior da condição de arguido. Exemplificativamente, indica-se o Acórdão do TRP 18/04/2001<sup>135</sup>.

Os fundamentos para a prestação deste tipo de declarações constam do artº 271º CPP e reconduzem-se a situações de doença grave, deslocação da testemunha para o estrangeiro e que posteriormente não possa ser ouvida em julgamento e casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual.

Aqui o conceito de testemunha é mais amplo que o conceito vulgar em processo penal, abrangendo também, os assistentes, partes civis, lesados, ofendidos, peritos e inclusive, o próprio arguido.

Há, pois, uma contraposição de valores conflitantes: por um lado o exercício de um pleno contraditório; e, por outro, a necessidade de recolha e produção antecipada de prova. A jurisprudência tem entendido que este último deve prevalecer.

No caso de as declarações para memória futura serem prestadas através de videoconferência, e, mediante invocação e aplicação da Lei de Protecção de Testemunhas, se produzirem com ocultação da identidade da testemunha, então, o princípio do contraditório mais coarctado será, e mais dificuldades se colocarão, na medida em que o contra-interrogatório da testemunha, será claramente prejudicado, não obstante a prova ser produzida em sede de julgamento, e o arguido poder impugná-la e contraditá-la. Neste

---

<sup>126</sup> Proc. n.º 09P0486, relator Fernando Fróis.

<sup>127</sup> Proc. n.º 04P721, relator Henrique Gaspar.

<sup>128</sup> Proc. n.º 0515949, relator Jorge França.

<sup>129</sup> Proc. n.º 0544648, relator Pinto Monteiro.

<sup>130</sup> Proc. n.º 0540595, relator António Gama.

<sup>131</sup> Proc. n.º 380/08.0TACTB-C.C1, relator Abílio Ramalho.

<sup>132</sup> Proc. n.º 3610/10.4TAALM.L1-5, relator Luís Gominho.

<sup>133</sup> Proc. n.º 432/06.0JDLSB.L1-5, relator Neto de Moura.

<sup>134</sup> Proc. n.º 100/11.1YREVR, relator Pedro Maria Godinho Vaz Pato.

<sup>135</sup> Proc. n.º 0041339, relator Manso Raínho.

sentido também FERNANDO TORRÃO (“Reserva do conhecimento da identidade das testemunhas e declarações para memória futura (Limites do Princípio do Secreto”, 2003)

A jurisdicionalização é garantida mediante a intervenção obrigatória do JIC.

ANTÓNIO GAMA refere o juiz como um tutor das liberdades em sede de inquérito, e no caso específico das declarações para memória futura, “caracteriza-se pela tutela das liberdades”, estando-lhe reservadas as funções jurisdicionais típicas de guardião dos direitos fundamentais dos cidadãos. Aliás, neste mesmo sentido o Acórdão da Relação do Porto, de que é relator, de 22/03/2006 (vide pág. 13).<sup>136</sup>

Acresce a presença do defensor, prevista na lei, nomeadamente nos n.º 3 e 5 do artº 271º para assegurar as garantias de defesa. E aqui, com a devida vénia discordamos do Ilustre Desembargador, quando, sustentando a sua tese, refere que se trata do «defensor da legalidade, fiscalizando e cumprindo a lei»<sup>137</sup>. Cremos que a *mens legis* não deverá ter sido essa, pois, se se refere a presença de um defensor, será o defensor de alguém, logo do arguido, na medida em que, para defesa da legalidade já está presente, como o próprio refere, o JIC, e, acrescentamos, o MP. Seria necessário estar presente mais alguém que, nem sequer tivesse uma função específica, como o seria o tal “defensor”? E quem seria o defensor? Um advogado? Um outro representante? Qual o critério a utilizar? E porquê existir tal figura sem se fazer qualquer outra referência distintiva da figura do defensor previsto nos artº 62º a 67º CPP?

O Acórdão da Relação de Coimbra de 29/09/2011 supra referido refere um «defensor nomeado ao suspeito, potencial/virtual arguido».

Com o devido respeito, não nos parece possível a nomeação de um defensor a quem seja suspeito (artº 1º e) CPP) de um crime. Para tal é necessária a constituição de arguido. Para ter direito a quem o represente e o defenda no processo, o sujeito deixa de ser suspeito transformando-se em arguido, logo, deixa de fazer sentido esta questão.

---

<sup>136</sup> Proc. n.º 0544312, relator António Gama.

<sup>137</sup> Acórdão TRP 13/07/2005, proc. 0540595, relator António Gama.

Acresce ainda o argumento literal do artº 272º CPP: “correndo inquérito contra pessoa determinada em relação à qual haja suspeita fundada da prática de um crime é obrigatório interrogá-la como arguido, salvo se não for possível notificá-la.”

É obrigatório. Sob pena de nulidade, nos termos do artº 120º n.º 2 d) CPP.

E ainda o teor do artº 59º do mesmo código: “se durante a inquirição feita a pessoa que não é arguido, surgir fundada suspeita de crime por ela cometido, a entidade que procede ao acto suspende-o imediatamente e procede à comunicação e à indicação referidas no n.º 2 do artigo anterior”, ou seja: constituição de arguido nos termos do artº 58º.

Deste modo, e acreditando na máxima de que o legislador «disse o que queria dizer», e, bem assim, na unidade do sistema, e tendo ainda por base o direito de defesa constitucionalmente garantido, da protecção global e completa dos direitos do arguido e, conseqüentemente, especificamente do princípio do contraditório, a que se refere o artº 32º CRP, a nossa resposta à questão “defensor de quem?” (referida no Ac TRP 13/07/2005) levantada pelo insigne Desembargador não pode ser senão outra, por redundante: defensor do arguido, concluindo, assim, pela necessidade da constituição prévia de arguido antes de tomadas as declarações para memória futura.

Exceptuar-se-ão, as situações em que estejam em causa crimes contra a autodeterminação sexual de menores, nomeadamente quando se derem em contexto familiar. Nestes casos (situações muitas vezes condicionadas por temor reverencial ou por laços afectivos), a necessidade de afastar a vítima do agressor parece-nos justificar a sobreposição do valor em causa.

Igualmente poderão consubstanciar excepção os casos de abusos e maus tratos a menores, na senda do Acórdão Pupino<sup>138</sup>, precisamente com o mesmo fundamento, e com base na Lei 93/99 de 14/07, artº 1 n.º 3, 26º n.º 1 e 2 e 28º n.º 2 (vulnerabilidade em função da idade e asseguaração de condições que garantam a espontaneidade das declarações).

---

<sup>138</sup> Acórdão de 16/06/2005 (C-105/03), proferido pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (relator Cunha Rodrigues) no qual o JIC de Florença pediu pronúncia acerca da interpretação dos artº 2º, 3º e 8º da Decisão-quadro 2001/220/JAI do Conselho (estatuto de vítima em processo penal), a fim de saber se os artº 392 n.º 1 bis e 398º n.º 5 bis estavam em consonância com as disposições da U.E. O TJ determinou que crianças menores (no caso de 5 anos) podiam prestar declarações de forma especial, que lhes permita assegurar a sua segurança e protecção, através do recurso a diversas medidas como sejam, v.g., as declarações de memória futura.

Conexionada com a questão da leitura em audiência das declarações para memória futura e com os artº 355º e 356º CPP está uma matéria que cumpre referir, na medida em que trata de matéria de facto que pode ser valorada pelo tribunal, mas sobre a qual não nos alongaremos por extravasar o objecto do nosso estudo: a leitura em audiência de outras declarações, nomeadamente dos órgãos de polícia criminal, a que se refere o n.º 7 do artº 356 CPP.<sup>139</sup>

---

<sup>139</sup> Sobre esta existe grande celeuma na medida em que autores há que defendem que não deve ser, de todo, possível, e, outros, nomeadamente na jurisprudência, que admitem que, se os OPC tiverem tido conhecimento dos factos por meios distintos das declarações do arguido, v.g. reconstituição do crime, poderão testemunhar e o seu depoimento ser valorado como prova. Vide acórdãos TRC de 16/01/2008, 01/04/2009, TRP de 23/05/2012, ou STJ de 14/06/2006 («caso Joana») no qual se entende que a reconstituição constitui uma prova autónoma da qual constam contributos do arguido, mas não se confunde com prova por declarações, podendo ser feita valer em audiência, mesmo que o arguido opte pelo direito ao silêncio; ou sobre o que os OPC ouviram dizer aos arguidos, como se refere no acórdão TRC de 09/05/2012. Outras decisões aceitam que os depoimentos incidam sobre conhecimentos obtidos em conversas mantidas com os arguidos enquanto ainda eram suspeitos, como é o caso do acórdão do TRL de 29/05/2012 (desde que não seja para contornar o estatuído no n.º 7 do artº 356, nota-se no mesmo) e do TRC de 11/09/2013. Outros ainda, vão mais longe: no acórdão do STJ de 07/11/2002 pode ler-se: “não podem ser postos em causa os depoimentos de agentes policiais que, não incidindo sobre o conteúdo de declarações cuja leitura não é permitida, resultam, antes, da sua observação imediata no âmbito, no ambiente ou na envolvimento da tarefa investigatória conducente à perseguição ou detecção de agentes delitivos” (pág. 6), o que, como se compreende, confere, a nosso ver, uma margem de discricionariedade demasiado grande e muitas vezes, na prática dos tribunais, inaceitável. Veja-se, por exemplo, o acórdão do STJ de 12/12/2013, que conclui da seguinte forma: “o relato de agentes dos órgãos de polícia criminal sobre afirmações e contribuições informatórias do arguido - tal como de factos, gestos, silêncios, reacções, etc - de que tomaram conhecimento fora do âmbito de diligências de prova produzidas sob a égide da oralidade (interrogatórios, acareações etc.) e que não o devessem ser sobre tal formalismo, bem como no âmbito das demais diligências, actos de investigação e meios de obtenção de prova (actos de investigação proactiva, buscas e revistas, exames ao lugar do crime, reconstituição do crime, reconhecimentos presenciais, entregas controladas, etc) que tenham autonomia técnico-jurídica constituem depoimento válido e eficaz por se mostrarem alheias ao âmbito de tutela dos artigos 129 e 357 do Código.” (pág. 37)

No aresto do STJ de 20/04/2006 distingue-se as declarações prestadas em sede de inquérito e a reconstituição dos factos, como diligências diferentes. Esta última não é um auto de declarações e não obedece à sua lógica: é apenas uma “revivescência do que foi feito” (pág. 59), uma reprodução do acto.

DAMIÃO DA CUNHA, refere, distintamente, que todas as “conversas” entre o arguido e qualquer entidade processual são sempre formais (nunca informais), pelo que “só podem ser consideradas as declarações do arguido prestadas no âmbito e decurso de certo processo, em acto próprio para o efeito, de resto, redigidas em auto, de onde se possa extrair ilações sobre a regularidade do procedimento (v.g. se o arguido foi advertido de que tem, entre outros, o direito ao silêncio, se foi assistido por defensor; se lhe foram comunicados os motivos da detenção e os factos que se lhe imputam, etc.)”[Ac. TRP de 17/05/2015, pág. 7] e não mais que isso. No mesmo sentido, EURICO BALBINO DUARTE (Duarte, 2011) Em sentido contrário, ADÉRITO TEIXEIRA (Teixeira, 2005 (n.º 2)).

A este propósito faz INÊS LEITE uma sugestão que subscrevemos: a tomada de declarações do arguido anteriores à audiência, nomeadamente em fase de inquérito, devia ser registada num formato electrónico duradouro que garantisse que tais declarações são livres e espontâneas.

A valoração das declarações para memória futura está dependente da sua leitura em audiência e da sujeição ao contraditório. Neste sentido acompanhamos ANTÓNIO GAMA e JOAQUIM MALAFAIA.

Não obstante, existe doutrina e jurisprudência em sentido diverso, ainda que minoritária, e que admite não ser necessária a leitura destas declarações em audiência para que sejam passíveis de valoração, sustentando que da conjugação dos artigos 356º n.º 2 a) e 355º n.º 2 CPP não resulta a obrigação da leitura em audiência, mas sim a sua permissão.

As declarações poderão ser valoradas porquanto há a possibilidade de poderem ser lidas, entendem.

De facto, desde que se respeite a estrutura acusatória do processo, seja assegurado um processo equitativo, respeito pelo contraditório e imediação da prova, defendem os subscritores desta posição, é possível valorar as declarações, ainda que não tenham sido lidas em audiência, já que esta não é condição de validade. E, assim o entenderam igualmente os arestos do STJ de 25/03/2009<sup>140</sup> (“arguido e seu defensor presentes, com possibilidade de intervirem e formularem”), de 07/11/2007<sup>141</sup> e do TRL 19/02/2008.<sup>142</sup>

CRUZ BUCHO surge com uma tese distinta. Concordando com a desnecessidade da leitura em audiência de documentos constantes do processo, como por exemplo, transcrições de escutas e relatórios periciais, na esteira, aliás de decisões do STJ e do TC<sup>143</sup>, sustenta, porém, que tal leitura não pode ser prescindida se se tratar de depoimentos e declarações de sujeitos processuais, reduzidas a escrito.<sup>144</sup>

Desta feita, para que as declarações para memória futura possam ser valoradas, crê absolutamente essencial que sejam lidas na audiência para poder o seu conteúdo ser publicitado e devidamente contraditado.

Suprindo-se a ausência do declarante, está-se, em simultâneo a cumprir a publicidade, o contraditório e a imediação (ainda que com as vicissitudes de a leitura dos autos não reproduzir a experiência directa do juiz, como bem alerta MEDINA SEIÇA. (Seiça, Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal: notas à

---

<sup>140</sup> Proc. n.º 09P0486, relator Fernando Fróis.

<sup>141</sup> Proc. n.º 07P3630, relator Henriques Gaspar.

<sup>142</sup> Proc n.º 7877/07-5, relatora Filomena Lima.

<sup>143</sup> Contando, todavia, com a discórdia de GERMANO MARQUES DA SILVA.

<sup>144</sup> Distinguindo a este propósito prova documental e documentada, a que já aludimos.

margem da jurisprudência (quase) constante”, em *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, 2003).

Aplicando-se a estas declarações as regras gerais de produção de prova em audiência, caso o julgador as valore incorrerá a sentença em violação da proibição de prova (proibição de valoração), verificando-se, conseqüentemente, a nulidade da mesma, por força do estatuído no artº 379º n.º 1 c) CPP.

E, ainda que haja uma tendência na doutrina para dar menos valor probatório à prova antecipada, não há qualquer indicação na lei que a confirme, pelo que este tipo de prova tem o mesmo valor que a produzida em audiência, podendo, pois, ser valoradas livremente, sendo susceptíveis de sustentar uma condenação.

### **6.2.6 Declarações do co-arguido**

Cabe aqui distinguir, desde já, duas figuras: o arguido enquanto colaborador na obtenção dos meios de prova contra outros participantes e o arguido arrependido.

A diferença reside essencialmente no tipo de intervenção e na forma de manifestar o seu arrependimento. Refere INÊS FERREIRA LEITE que o primeiro se arrepende “da prática do facto ou desiste da continuação da actividade criminosa, optando por colaborar na administração da justiça, através de uma actividade de recolha de meios de prova ou fornecendo informações relevantes que possam constituir, em si, um meio de prova. O segundo desiste da prática do crime, ou arrepende-se mesmo, procurando evitar um dano ou ressarcindo o dano causado.” (Leite, 2014: 4) <sup>145</sup>

Nem uma nem outra figura se confunde com a figura de testemunha ou com a de informador<sup>146</sup>. Não obstante, o arrependido pode ser considerado testemunha em determinados casos.

---

<sup>145</sup> A figura do arrependido colaborador faz sentido em casos de comparticipação criminosa, enquanto a de arrependido pode surgir em contexto de crime singular.

<sup>146</sup> Distingue-se a actuação do arguido arrependido da do agente encoberto, esta prevista na Lei 101/2001 de 25 de Agosto, permitido para fins de prevenção e investigação criminal, e que é um funcionário de investigação ou actua sob controlo da PJ.

O arrependimento é uma circunstância atenuante geral e especial na determinação da medida da pena, conforme se alcança do regime do Código Penal.

Não existe nenhum dispositivo na lei que determine o valor probatório das declarações do arrependido, valendo, assim, o princípio geral da liberdade de apreciação da prova, todavia, há nuances que vão determinar uma maior ou menor credibilidade das mesmas.

Tem sido entendimento maioritário, quer da doutrina quer da jurisprudência, que o arrependimento é a primeira demonstração do cumprimento cabal da finalidade da pena, na medida em que é mediante o arrependimento sincero que o arguido se reencontra com os valores da sociedade e plasmados na ordem jurídica.

Assim não será, todavia, quando o arrependimento não se consubstancie na vontade de conformação com a lei, traduzindo “tão-só a exteriorização de pusilanimidade e de traição”, não se compreendendo como pode a sociedade “premiar o criminoso delator.” (Silva G. M., “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos”, 1994: 32)

Veja-se, por exemplo, os casos de suspensão provisória do processo, em que existem medidas alternativas da pena através do estabelecimento de injunções, e nos quais há negociação com o arguido para que facilite a prova do crime, nomeadamente separando-se os processos e permitindo-se que aquele preste declarações nos processos conexos, muitas vezes até através de promessas de vantagens legalmente inadmissíveis.

Chamando à colação o princípio da lealdade (artº 32º n.º 8 CRP)<sup>147</sup> e o princípio democrático (concepção democrática da sociedade), escreve GERMANO MARQUES DA SILVA, a propósito, algo que nos parece extremamente pertinente: “o princípio democrático que inspira e legitima a nossa ordem jurídica não tolera, seja qual for o título, meios de investigação que passem pelo arguido infamar-se a si próprio, ainda que a troco de paga, nem pela denúncia dos seus cúmplices e correligionários. (...) É hoje absolutamente inadmissível o recurso a tais métodos de investigação policial e processual.” (Silva G. M., Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos, 1994: 34)

---

<sup>147</sup> A dignidade constitucional conferida a este princípio concede-lhe valor hierárquico supra ordinário, tornando-o imperativo, conforme refere FREDERICO LACERDA DA COSTA PINTO (Pinto F. L., 1998).

E, sob tal prisma, a delação premiada, ou seja, o tratamento mais favorável em contrapartida da colaboração do arguido na produção da prova, viola o princípio da lealdade, uma vez que quebra os laços de solidariedade entre os indivíduos.

Talvez também por isso TERESA BELEZA, sustente a diminuída credibilidade do valor do depoimento do co-arguido. Essa menor credibilidade, entende, poderá ser suficientemente relevante para um indício de prova, mas não para uma condenação em julgamento. Chega, inclusive, a dizer aquela autora, que se essa for a única fonte de convencimento do tribunal, ou fonte decisiva, a interpretação que permita a aceitação de tal prova será inconstitucional, ou, pelo menos, de constitucionalidade duvidosa.

De facto, se o depoimento escapar ao contraditório, a diminuída credibilidade de tal depoimento passará a ser uma credibilidade nula, já que aquele princípio (contraditório) não pode ser sacrificado (artº 32º n.º 5 CRP)

Assim, pela a sua particular fragilidade é uma prova que terá de ser analisada com reservas e cuidados especiais, pelo que, e nessa medida “«afecta» aquela liberdade de convicção.” (Beleza, 1998: 42) <sup>148</sup>

Não obstante alguma doutrina – RODRIGO SANTIAGO (Santiago, 1994 (V 4 n.º 1)) chega a negar a possibilidade de tais declarações serem assumidas como meio de prova relativamente aos demais co-arguidos, verificando-se uma nulidade de julgamento, caso sejam valoradas, por violação do artº 323º f) e 327º n.º 2 CPP – tem vindo a ser aceite, mais ou menos pacificamente na jurisprudência, que as declarações do co-arguido possam valer como prova, ainda que haja a necessidade de serem corroboradas, aliás, tal como também defende MEDINA DE SEIÇA (Seiça, O conhecimento probatório do co-arguido, 1999).

A corroboração traduz-se numa verificação suplementar, numa exigência acrescida de fundamentação. É a “fiscalização da credibilidade da declaração através de elementos exteriores à própria declaração interpretáveis como confirmação dos factos da acusação.” (Pedro, 2007: 10)

---

<sup>148</sup> Uma das formas de credibilizar e se admitir a confissão no caso de co-arguidos deverá ser a obrigação de coerência de todas as confissões. A confissão deverá ser coerente e plural.

Comparando as declarações do co-arguido com elementos oriundos de outras fontes probatórias é possível concluir, ou não, pela veracidade daquelas.

De forma excelente escreve-se no Acórdão do TRP de 05/02/2014<sup>149</sup> que por corroboração se entende “algum apoio ou suporte em conteúdos probatórios fora das declarações do co-arguido. (...) Não se trata de uma exigência de *prova* das declarações do co-arguido mas apenas de algo mais que convença da correcção dessa versão dos factos.” (pág. 5)

Conforme se refere no Acórdão do STJ de 03/12/2008<sup>150</sup>, as declarações do co-arguido podem e devem ser valoradas no processo, e a análise da sua credibilidade é feita no caso concreto.

Dizer em abstracto que aquele depoimento “só é válido se for acompanhado por outro meio de prova é uma subversão das regras da produção de prova”, pode ler-se naquele acórdão (pág 21).

E continua, defendendo que admitir tais declarações em nada colide com o catálogo dos direitos inerente ao estatuto de arguido, mostrando-se, aliás, “adequada à prossecução de legítimos e relevantes objectivos de política criminal, nomeadamente no que toca à luta contra a criminalidade organizada.” (pág 23).

Não obstante, refere ser necessário ter o julgador que ser muito cauteloso se a condenação for baseada apenas nas declarações do co-arguido, “porque este pode ser impulsionado por razões aparentemente suspeitas, tal como o anseio de obter um trato policial ou judicial favorável, o ânimo de vingança, o ódio ou ressentimento, ou o interesse em auto-exculpar-se mediante a incriminação de outro ou outros acusados”. (pág. 25)

Assim sendo, e na mesma orientação que seguiu depois o Acórdão da RP supra referido, crê-se ser razoável que “o arguido transmita algum dado externo que corrobore objectivamente a sua manifestação incriminatória.” (pág. 25)

E conclui-se afirmando que “a credibilidade do depoimento (...) está na razão directa da ausência de motivos de incredibilidade subjectiva, o que, na maioria dos casos, se reconduz à inexistência de motivos espúrios e à existência de uma auto-inculpação.” (pág. 25)

---

<sup>149</sup> Processo n.º 1/07.8GASTS.P1, relatora Eduarda Lobo.

<sup>150</sup> Processo n.º 08P694, relator Santos Cabral.

No mesmo sentido vão os Acórdãos também do STJ de 28/06/2001<sup>151</sup> e de 03/09/2008.<sup>152</sup> Nestes refere-se ainda que a crítica à utilização das declarações do co-arguido não tem razão de ser, já que acresce o facto de no artigo 126º não se elencar as declarações do co-arguido como provas proibidas, pelo que, face ao artº 125º, elas terão que ser aceites.

Do acórdão do TRP de 05/02/2014 já aqui referido extraímos ainda que “aquilo que pode minar a força probatória das declarações do co-arguido é uma suspeição, baseada no interesse pessoal que o declarante pode ter no resultado da sua própria declaração (...) Pode ser para se defender ou para dividir a responsabilidade, mas pode ainda, também ser para uma *pseudocontribuição* para a descoberta da verdade.” (sumário do Ac. e pág 5)

Assim, é prudente desconfiar das declarações do co-arguido. Não de todas, mas daquelas que se refiram àquelas situações, dada a fragilidade do seu potencial probatório.<sup>153</sup>

Este acórdão conclui que nada obsta à valoração das declarações do co-arguido ainda que não haja outros meios de prova que corroborem aquelas declarações.

Igualmente a Relação de Coimbra decidiu, em Acórdão de 30/11/2011.<sup>154</sup>

Na verdade, corroboração traduz-se numa verificação suplementar, distinguindo-se, pois, da exigência de prova suplementar, esclarece-se no Acórdão do TRP de 12/03/2014.<sup>155</sup>

Socorrendo-nos do direito comparado – Tribunal Supremo de Espanha na decisão número 944/2003, de 23/6 – diremos que “Corroborar es dar fuerza a una imputación con otros datos que no figuran incluídos en la misma. Así, el elemento de corroboración es un dato empírico, que no coincide com el hecho imputado, ni en su alcance ni en la fuente,

---

<sup>151</sup> SIMAS Santos, neste acórdão, refere ainda que a crítica à utilização das declarações do co-arguido não tem razão de ser, já que acresce o facto de no artigo 126º, não se elencar as declarações do co-arguido como provas proibidas, pelo que face ao artº 125º, elas terão que ser aceites.

<sup>152</sup> Excelentemente sumariado, trata-se do acórdão do processo n.º 08P2044, relator Santos Cabral.

<sup>153</sup> Igualmente neste sentido o acórdão do TRP de 05/02/2012, processo n.º 8/11.0PASJM.P1, relatora Maria Leonor Esteves.

<sup>154</sup> Processo n.º 51/07.4GBMGL.C1, relator José Eduardo Martins.

<sup>155</sup> Processo n.º 356/13.5GAVLC.P1, relator Donas Botto.

pero que interfiere con el por formar parte del mismo contexto, de tal manera que puede servir para fundar razonadamente la convicción de que el segundo se habría producido realmente.”<sup>156</sup>

Mais exigente foi o Tribunal da Relação de Guimarães no Acórdão de 30/11/2009<sup>157</sup> cujo entendimento foi de que é necessária “outra prova adicional que torne provável que o facto relatado é verdadeiro.” (sumário)

O artº 133 CPP proíbe que os arguidos sejam ouvidos como testemunhas uns dos outros, isto é, que prestem declarações sob juramento, mas não impede que possam prestar declarações sobre factos de que possuam conhecimento directo e que constituam objecto de prova, isto é, factos que a si digam respeito ou a outros co-arguidos.

A fim de garantir o contraditório, o artº 345º n.º 4 afasta a validade das declarações do co-arguido quando este se recusar a prestar declarações nos termos do n.º 1 e 2 do artº 345º CPP.

Este preceito foi alvo de alteração na revisão de 2007, na sequência do facto de tanto o STJ – Acórdão de 25/02/1999<sup>158</sup> – como o Tribunal Constitucional – Acórdão n.º 524/97 de 14/07<sup>159</sup> – se terem pronunciado no sentido de estar vedada a valoração das declarações do co-arguido quando o outro de recusar a responder, no âmbito do direito ao silêncio.

“Conferir valor probatório às declarações proferidas, em audiência de julgamento, por um arguido em desfavor de outro, estando este impossibilitado de efectuar, mesmo através do próprio tribunal, um contra interrogatório, seria, sem sombra de dúvida, deixar de todo em esquecimento os princípios de que o processo criminal deve assegurar todas as garantias de defesa e de que a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei

---

<sup>156</sup> STS 944/2003, de 23 de junio. Sentença disponível em <http://www.poderjudicial.es/>

<sup>157</sup> Processo n.º 53/06.PEBRG.G1, relatora Nazaré Saraiva.

<sup>158</sup> Proc. 98P1404, relator Hugo Lopes, Colectânea de Jurisprudência do STJ, VII, tomo 1, pág. 229.

<sup>159</sup> Publicado no DR II de 27/11/1997.

determinar estão subordinados ao princípio do contraditório (artigo 32, ns. 1 e 5, da CRP).” (sumário do Ac STJ 25/02/1999)

De forma distinta, o Tribunal da Relação do Porto, em Acórdão de 12/02/2010<sup>160</sup>, entendeu que desde que as declarações tenham sido sujeitas a contraditório, são de passível valoração, ainda que o co-arguido se tenha remetido ao silêncio.

Também em 2010, no acórdão 133/2010<sup>161</sup>, veio o Tribunal Constitucional pronunciar-se no sentido de não julgar inconstitucional a norma do artº 345º n.º 4 CPP conjugada com os artº 133º, 126º e 344º, quando interpretados de forma a permitir que sejam valoradas as declarações de um arguido em desfavor de outro que entenda não prestar declarações sobre o objecto do processo.

É natural, cremos, que paire sempre uma suspeita sobre as declarações do co-arguido. É inevitável, face aos interesses que, como se refere na jurisprudência, podem estar presentes.

E é exactamente isso que constatamos quando analisamos, em direito comparado, a jurisprudência de outros ordenamentos como sejam, por exemplo, as decisões do Tribunal Constitucional Espanhol 2/2002, de 14 de Janeiro, do Tribunal Supremo 2184/2002, de 19 de Dezembro, 2102/2002 de 13 de Dezembro, 873/2003 de 13 de Junho<sup>162</sup>, entre outras.

As declarações do co-arguido têm uma natureza *sui generis*, na medida em que não se trata de uma declaração enquanto testemunha, e também não é uma confissão, pois não se reporta ao reconhecimento da responsabilidade de quem as profere e sim à de outros arguidos no mesmo processo.

Sublinha-se que não basta a mera declaração verbal do co-arguido. É necessário para ser validamente valorada, que não haja razão para duvidar se existe o interesse espúrio – seja a desresponsabilização, seja o sentimento de ódio ou vingança a que se referia o acórdão do STJ de 03/12/2008 de que falámos supra.

---

<sup>160</sup> Processo 4095/07.8TDPRT.P1, relatora Paula Guerreiro.

<sup>161</sup> Processo n.º 678/09, relator Vítor Gomes, Publicado no DR 96, Série II de 018/05/2010.

<sup>162</sup> Todas disponíveis em <http://www.poderjudicial.es/>

Tem entendido o STJ, e bem, que é necessário um dado de carácter objectivo que as credibilize. Deste modo, o arguido acusado poderá defender-se combatendo tais elementos objectivos.

Acompanhamos CLIMENT DURÁN no entendimento de que devem também as declarações ser uniformes e reiteradas. E ser necessário apoiar-se em indícios externos que dê solidez às imputações.

Apona aquele autor como requisitos para a declaração incriminatória, os seguintes quatro:

1. Aptidão para destruir a presunção de inocência. As decisões do Tribunal Constitucional e o Tribunal Supremo de Espanha têm vindo no sentido de que as declarações incriminatórias do co-arguido têm capacidade para destruir a presunção de inocência.<sup>163</sup>
2. Verosimilhança da incriminação: concorrência de corroborações periféricas objectivas. O primeiro passo valorativo a realizar no que se prende com as declarações do co-arguido será o de verificar se existem elementos externos (facto, dado ou circunstância externa<sup>164</sup>) que as corroborem e as dotem de objectividade e solidez, deixando de ser meras declarações, por forma a permitir uma sentença condenatória.
3. Ausência de falta de credibilidade subjectiva. O julgador tem de determinar qual o motivo que levou o co-arguido a prestar declarações, e, nessa busca das razões terá de ver se não existem motivações pessoais que nada têm a ver com a descoberta da verdade (motivos espúrios, exculpação, responsabilização do outro, etc), isto é, com o intuito de contar a verdade.

---

<sup>163</sup> CLIMENT DURÁN aponta exemplificativamente as decisões: do Tribunal Constitucional 137/88, de 7/7; 51/1995, de 23/2; 207/2002, de 11/11, e, do Tribunal Supremo 655/1996, de 3/10; 438/1996, de 24/6; 692/1997, de 7/11; 1857/2002, de 8/11. Neste último caso, refere-se, aliás, o duplo requisito: concorrência de corroborações externas e ausência de móveis espúrios, na senda da decisão do TC de 2002.

<sup>164</sup> Neste sentido a decisão do Tribunal Constitucional de Espanha n.º 68/2001, de 17/3.

4. Persistência na incriminação: ausência de ambiguidades e contradições. Nas declarações prestadas pelo co-arguido deverá haver uma constância, constatar-se se foram sempre no mesmo sentido, se houve coerência.<sup>165</sup>

Todos estes requisitos terão de ser ponderados pelo julgador e validados com especial cuidado.

Mais cautela e precaução deverá haver quando as declarações prestadas disserem respeito a co-arguido arrependido, já que neste caso, como é fácil depreender, os motivos espúrios supra referidos aumentam exponencialmente.

### **6.2.7 Declarações de testemunhas protegidas**

A lei 93/99 de 14 de Julho<sup>166</sup> – Lei de protecção de testemunhas – regulamentada pelo DL 190/2003 de 22 de Agosto<sup>167</sup> (em consonância com o movimento internacional de reconhecimento dos direitos das testemunhas, plasmado na Recomendação n.º R (97) 13 do Conselho da Europa), prevê a possibilidade de “qualquer pessoa que, independentemente do seu estatuto face à lei processual, disponha de informação ou conhecimentos necessários à revelação, percepção ou apreciação de factos que constituam objecto do processo, de cuja utilização resulte um perigo para si ou para outrem” por causa do seu contributo para a prova dos factos, seja alvo de especial protecção.

Quando a vida dessas pessoas, a integridade física ou psíquica, a liberdade ou bens patrimoniais de valor consideravelmente elevado sejam postos em perigo, tomar-se-ão medidas para sua protecção, para que possa testemunhar de forma espontânea e verdadeira.

---

<sup>165</sup> O Tribunal Supremo no processo 1086/2002, de 11/6, aceitou como válida uma informação dada por co-arguido por “la coherencia interna de las manifestaciones y su notable grado de detalle, que no dejaba ningún cabo suelto, es decir, por su calidad explicativa, que servía eficazmente para dar cuenta de todo lo sucedido en virtud de un proceso inferencial del que, aunque de forma sumaria, hay constancia bastante en la sentencia.”

<sup>166</sup> Alterada pelas leis 29/2008 de 4 de Julho e com a última alteração conferida pela Lei n.º 42/2010, de 03 de Setembro), regulamentada a 31 de Julho de 2003 e referendada a 8 de Agosto do mesmo ano.

<sup>167</sup> Alterada pelo DL 227/2009, de 14 de Setembro.

Prevê-se ainda os casos de especial vulnerabilidade de testemunha em razão da idade e laços de parentesco ou grupo social fechado, quando se verificarem condições de dependência ou subordinação.

A testemunha poderá prestar declarações mediante ocultação da imagem ou com distorção de voz (ou ambas), sendo ainda possível o recurso à teleconferência (igualmente com distorção de imagem e/ou voz), por forma a evitar-se o seu reconhecimento, conforme resulta dos artigos 4º e 5º daquela lei.

Creemos que, ainda que se considere os depoimentos e declarações prestados por teleconferência como tendo tido lugar na presença do julgador (artº 15º), e tendo em conta que o tribunal terá acesso ao som e imagem não distorcidos (artº 14º), é manifesto o comprometimento do princípio da imediação. Comprometimento esse que apenas se compreenderá pelos valores envolvidos que se pretende proteger, sendo certo que terão as situações de recurso a este procedimento especial que ser analisadas casuisticamente e de forma muito cautelosa.

A prova testemunhal, produzida em condições normais, conforme é descrita nos artº 128º a 139º CPP, apresenta vantagens que decorrem da imediação e que se traduzem na percepção pelo julgador dos sentimentos e/ou sensações de quem as presta, que, no caso das testemunhas protegidas, pelo facto de as declarações prestadas não serem directamente, na frente do julgador, se perdem, dificultando o papel deste aquando da determinação da credibilidade a conferir à fonte de prova.<sup>168</sup>

O requerimento, fundamentado no caso concreto, com indicação das provas a produzir, será apresentado pelo MP, se existirem as seguintes condições, cumulativas:

- a) Tratar-se de determinados tipos de crime: tráfico de pessoas, associação criminosa, terrorismo, ou desde que puníveis com pena de prisão abstractamente aplicável superior a 8 anos, crimes contra a vida, a integridade física, a liberdade, a autodeterminação sexual, corrupção, burla qualificada, administração danosa<sup>169</sup>;

---

<sup>168</sup> O constrangimento espacial de uma sala de tribunal também não existe, os formalismos são distintos, o apoio constante, que pode dar a quem depõe a aparência de o procedimento ser mais «flexível».

<sup>169</sup> Que provoque um prejuízo superior a 10.000 UC.

- b) Existência de grave perigo de atentado contra a vida ou integridade física, liberdade ou património da testemunha;
- c) Não ser colocada em dúvida<sup>170</sup> a credibilidade da testemunha;
- d) O contributo probatório da testemunha deverá ser de relevo.

De sublinhar o valor probatório das declarações prestadas, estabelecido no artº 19º n.º 2 e que se reconduz à impossibilidade de condenação quando existam apenas depoimentos ou declarações produzidas por testemunhas (ainda que várias) cuja identidade não foi revelada.

E compreende-se que assim seja, já que um dos princípios estruturantes do nosso processo penal – o contraditório – está posto em causa.

FERNANDO TORRÃO escreve, em artigo muito interessante a propósito do *princípio do secreto* e da inerente *ocultação de denunciante e testemunhas*, próprios do modelo inquisitório, de inspiração medieval, que “o secretismo que envolve a ocultação de testemunhas comporta (...) na sua génese, a preocupação de restringir os direitos de defesa. Constitui, em suma, (...) um dos métodos mais eficazes nos processos de feição inquisitória com vista a uma justiça que, sobretudo, se realiza com a punição do réu.” (Torrão, 2003: 66)

Tendo em conta as disposições relativas à cooperação no domínio da justiça constantes do Tratado da União Europeia<sup>171</sup>, a Recomendação n.º R (97) 13 do Conselho da Europa<sup>172</sup> e a necessidade de o Direito Penal dar resposta às novas tendências criminais, o legislador entendeu que a Lei da Protecção de Testemunhas seria um mecanismo aceitável para a prossecução dos fins da realização da justiça, descoberta da verdade material e restabelecimento da paz jurídica.

São, portanto, as novas tecnologias colocadas ao serviço das testemunhas, possibilitando a ocultação da sua identidade, nas situações que haja “particular vulnerabilidade conducente à eminência de não colaboração na prova de determinados

---

<sup>170</sup> Fundamentadamente. A idoneidade da testemunha não poderá ser alvo de suspeição.

<sup>171</sup> Especificamente nos artigos K e K.1 n.º 7 e 9.

<sup>172</sup> Aprovada pela Resolução da Assembleia da República n.º 1/2008 de 14 de Janeiro.

factos. (...) Busca-se, deste modo, a eficácia da investigação e a segurança comunitária”. (Torrão, 2003: 68)

É, todavia, pacífico, cremos, que o Direito Penal não pode por em causa princípios estruturantes como o princípio do contraditório e o da presunção de inocência.

Fala a este propósito, ANABELA RODRIGUES, do natural questionamento acerca da existência de “um ponto de equilíbrio óptimo entre a busca da verdade e a eficácia almejadas de um lado, e a garantia dos direitos de defesa do arguido, de outro.” (Rodrigues A. M., A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo Novo", 2002: 562)

Motivo pelo qual, acrescido da patente desigualdade entre a acusação e a defesa, estão, as declarações das testemunhas protegidas, envoltas num véu de algum cepticismo ou até desconfiança.

Também no âmbito das acções encobertas dos *homens de confiança* são prestadas declarações, igualmente sob a égide deste dispositivo legal.

Aí o agente actua anonimamente ou com uma identidade fictícia, ao abrigo do Decreto-Lei 101/2001 de 25 de Agosto<sup>173</sup> (Regime Jurídico das Acções Encobertas), de forma a colectar provas do crime em investigação, em crimes específicos, conforme decorre do artº 2º da Lei 101/2011 (entre eles, terrorismo, organização criminosa, tráfico, corrupção, branqueamento de capitais), e do artº 19 da Lei 109/2009 de 15 de Setembro (Lei do Cibercrime), e, ainda do artº 160º B da Lei 144/99 de 31 de Agosto (Lei da Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal).

Várias questões jurídicas são levantadas quando se aborda esta temática: a diferença entre as figuras de agente provocador<sup>174</sup>, infiltrado e encoberto (artº 5º e 6º daquela lei), desde logo porque a primeira é proibida, porque inconstitucional, no nosso ordenamento e tem a oposição da generalidade da doutrina portuguesa, não obstante ser

---

<sup>173</sup> Actualizada pela Lei n.º 61/2015, de 24/06.

<sup>174</sup> Em Portugal o termo remonta à segunda metade do séc. XIX, em obra de Basílio Alberto de Sousa Pinto (Pinto B. A., 1861), e, mais tarde, em 1915, por JOSÉ DA CUNHA NAVARRO DE PAIVA, (Paiva, [19--]) Na obra deste último refere-se o «ardil, astúcia ou estragemas» que origina o erro no agente do crime, qualificando os provocadores como “autores *intelectualles* ou *moraes*”.

permitida noutros países, e nem sempre serem limitáveis ou definíveis as margens do âmbito de actuação, o que dificulta a caracterização do comportamento do agente.

Ademais, na doutrina há diferentes concepções a este propósito. Veja-se, v.g., GERMANO MARQUES DA SILVA (Silva G. M., Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos, 1994), para quem a figura do agente infiltrado não implica uma acção participativa, mas apenas investigativa e informativa, e, ISABEL ONETO, que defende tratar-se de uma participação activa, sendo o papel do agente semelhante ao do instigador, sem, no entanto, determinar os factos criminosos. (Oneto, 2013)

Já para SANDRA PEREIRA o infiltrado atua como observador, à margem da formação da vontade da prática do crime, enquanto o provocador é instigador, impulsionando a prática do crime, agindo sobre a vontade. (Pereira S. , 2011)

AUGUSTO MEIREIS, apresenta uma distinção das 3 figuras, que acompanhamos, por nos parecer límpida:

o agente encoberto frequenta os lugares da prática do crime com o intuito de recolher indícios dos crimes em (ou para) investigação, sendo, desta feita um mero observador, pois que não influencia o desenrolar dos factos.

O agente infiltrado pode praticar actos de execução, mas não instigar ou determinar ao crime. A lei prevê no artº 6º a sua irresponsabilidade penal substantiva.

O agente provocador tem uma participação activa face a uma predisposição do agente do crime. (Meireis, 1999)

Neste seguimento o acórdão do STJ de 13/12/2000<sup>175</sup>. E esclarece: “dos três, só o primeiro, ou seja, só o agente provocador se inclui nos "meios enganosos"<sup>176</sup> a que se refere a al. a), do n.º 2, do art. 126º, do C.P.P.”

Importante é frisar que entre o engano provocado e a prática do crime (ou prova) se verifique um nexo de causalidade.

No mesmo âmbito, o acórdão de 07/05/2012.<sup>177</sup>

---

<sup>175</sup> Proc. n.º 00P2752, relator Virgílio Oliveira.

<sup>176</sup> SUSANA AIRES DE SOUSA, refere como meios enganosos, a título exemplificativo: dizer ao arguido, não sendo verdade, que o cúmplice ou co-arguido confessou; que há testemunhas presenciais dos factos; que foram encontradas impressões digitais; que as declarações não serão valoradas, entre outros. (Sousa S. A., 2003).

<sup>177</sup> Proc. n.º 911/10.5TBOLH.E1.S1, relator Santos Carvalho.

Nas reflexões sobre o tema, SUSANA AIRES DE SOUSA conclui de forma semelhante.

Tudo se reconduzirá, conforme o Acórdão do STJ de 08/07/2002<sup>178</sup>, ao “respeito ou desrespeito da liberdade de determinação de vontade ou de decisão da capacidade de memorizar ou de avaliar. (...) A provocação, em matéria de proibição de prova só intervém se essas actuações visam incitar outra pessoa a cometer uma infracção que, sem essa intervenção, não teria lugar, com vista a obter a prova duma infracção que sem essa conduta não existiria.” (pág. 14)

Desconhecendo a identidade da testemunha não é possível ao arguido questionar e levantar suspeições quanto à testemunha e suas declarações, e até, determinar se a actuação do agente depoente se inseriu ou não no âmbito das figuras permitidas.

Deve, pois, esta forma de produção de prova ser usada “com parcimónia e o modo como se desenvolvem deve ser objecto de aprofundado escrutínio”, conforme bem se refere no Acórdão do TRL de 22/03/2011. (pág. 58)<sup>179</sup>

Estabelecendo o artº 4º da Lei 101/2001 que o relato da intervenção do agente encoberto apenas será junto ao processo se for absolutamente indispensável,<sup>180</sup> significa que existe a possibilidade de o arguido não ter acesso aos elementos que dele constam, ou, até não estar o agente presente em juízo, ou está-lo anonimamente. Assim sendo, parece-nos clara a acentuada fragilização do princípio do contraditório e do direito de defesa do arguido (ainda que lhe seja permitido colocar questões através do magistrado), na medida em que não poderá arguir eventuais nulidades e, bem assim, apresentar contra-prova e contraditar.

Torna-se, assim, “imperiosa a harmonização sistémica entre os princípios do contraditório e os de prevenção, investigação e combate ao crime, em defesa da integridade física e psíquica das testemunhas, agentes encobertos ou infiltrados. Depoimentos de agentes de polícia não podem ser tratados como depoimentos de testemunhas comuns, e

---

<sup>178</sup> Proc. n.º 02P4510, relator Simas Santos.

<sup>179</sup> Proc. n.º 182/09.6JELSB.L1-5, relator Nuno Gomes da Silva.

<sup>180</sup> Distintamente, a lei espanhola impõe que se junte o relatório integral ao processo.

menos ainda se poderá pretender que o mero relatório da ação encoberta<sup>181</sup> substitua a presença física dos depoentes, peça que se destina essencialmente à fiscalização e aferição da legalidade da investigação”. (Moura, 2013: 189)

É claro que o que se pretende com a lei é o prestar declarações sob anonimato, todavia, o que aqui está em causa é a compatibilização desse anonimato com os princípios referidos (imedição, contraditório), que são feridos de forma insustentável.

Conforme se refere no Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH) no caso Teixeira de Castro<sup>182</sup> e no Acórdão do STJ de 20/02/2003<sup>183</sup> “o princípio da garantia do processo equitativo releva muito do "fair balance" dos direitos de defesa em processo penal, do exercício do contraditório na apresentação, discussão e consequente valoração das provas e, por isso, também na regularidade quanto aos meios de aquisição e administração das provas” (pág 12).

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem tem entendido (Kostovsky v. Holanda; Ludi v. Suíça; Doorson v. Holanda; Van Mechelean v. Holanda, e recentemente, Lalas v. Lituânia)<sup>184</sup> que são de aceitar os depoimentos em anonimato de agentes encobertos apenas em casos especiais, nomeadamente pela necessidade de preservação da identidade dos agentes dos órgãos de polícia criminal que actuaram como agentes encobertos, sendo regra que a identidade das testemunhas deve ser revelada antes do julgamento.

Do exposto parece-nos poder-se concluir que é legítimo aceitar-se o recurso às declarações prestadas por testemunhas com ocultação da identidade e a sua valoração pelo julgador no processo, salientando-se, porém, que quanto ao valor probatório das declarações das testemunhas protegidas, o entendimento do vai no sentido do nosso artº 19

---

<sup>181</sup> Artº 3 n.º 6 Lei 101/2011.

<sup>182</sup> Processo n.º 44/1997/828/1034, 09/06/1998.

<sup>183</sup> Processo n.º 02P4510, relator Simas Santos.

<sup>184</sup> Caso Kostovsky v. Holanda, 20/11/1989; caso Ludi v. Suíça, 15/06/1992; caso Doorson v. Holanda, 26/03/1996; caso Van Mechelan v. Holanda, 30/10/1997; caso Lalas v. Lituânia, 01/03/2011.

Todos os Acórdãos disponíveis em: <http://hudoc.echr.coe.int>

da lei 93/99, ou seja, de não ser possível a condenação do arguido com base apenas em tais declarações, já que isso violaria os direitos de defesa consagrados no artº 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

A título de breve nota refere-se ainda que conexas com este assunto poderá estar um outro supra tratado: a situação do co-arguido arrependido, que poderá actuar como agente encoberto, para onde se remete. Não obstante não podem ser as declarações de co-arguido arrependido ser prestadas sob anonimato.

## 7 Fundamentação da matéria de facto

A livre apreciação da prova está intimamente relacionada com o exame da prova na sentença, sendo a liberdade de valoração e motivação de facto indissociáveis.

O Código de 1929 não contemplava a necessidade de fundamentação da matéria de facto, pelo que a seguir à especificação dos factos provados seguia-se a decisão sobre a questão de direito.

Pese embora o regime existisse para o processo civil desde 1961, a verdade, alerta MAIA GONÇALVES, é que no processo penal a jurisprudência não o seguia. Assim, até 1987, em processo penal a sentença não era motivada de facto. Só após o Código de então se passou a fazer um enunciado da prova, mas não ainda uma verdadeira fundamentação. Havia, tão só, uma remissão genérica para os diversos meios de prova que fundamentavam a convicção do tribunal.

Por imposição do respeito do efectivo direito de defesa consagrado na CRP, nomeadamente artº 32º n.º 1 e 201º n.º 1 d), passou a exigir-se uma expressão completa, ainda que concisa, dos motivos de facto que fundamentam a sentença.

“Estes motivos de facto (...) não são nem os factos provados (*thema decidendum*) nem os meios de prova (*thema probandum*) mas os elementos que em razão das regras da experiência ou de critérios lógicos constituem o substrato racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse em determinado sentido ou valorasse de determinada forma os diversos meios de prova apresentados em audiência.” (Ferreira M. , *Meios de Prova*, 1989: 229/230)

A explicação dada acerca de um facto estar ou não comprovado, de uma prova ser ou não relevante, deve ser dada na decisão, pois só assim se assegura que se analisou todas as provas – inclusive as irrelevantes. Não basta a mera enunciação, é necessário dizer da sua crença e confiança, ou não.

“Motivar é argumentar. Na motivação da matéria de facto o juiz histórico pretende convencer, e, simultaneamente, está a convencer-se. A convicção que não consegue ser explicada, não pode vingar, e não fundamenta a matéria de facto.” (Brito, 2013: 14)

Precisamente por se tratar de argumentação, no sentido de o julgador explicar as razões da sua decisão, na fundamentação são imprescindíveis elementos retóricos e de persuasão.

Num texto acerca do dever de fundamentar as decisões proferidas pela Autoridade da Concorrência, escreve SARA RODRIGUES: “na fundamentação de facto corporiza-se o trabalho levado a cabo no âmbito da construção da decisão, designadamente, em termos de admissibilidade e valoração da prova coligida nos autos. A prova deve ser avaliada relativamente a cada questão de facto, devendo o exame das provas produzidas sustentar-se num procedimento normativizado, que permita uma percepção racionalizada do modo como se chegou à decisão. (Rodrigues, 2014: 7)

Isto apesar das decisões não se poderem explicar por critérios de estrita racionalidade, como defende MARIA CLARA CALHEIROS CARVALHO, na medida em que na tomada de decisão também intervêm outros factores, mais subtis, por vezes imperceptíveis até ao próprio órgão decisor. (Carvalho M. C., 2008 (n.º 6))

Fundamentar uma decisão é construir um raciocínio válido logicamente, onde uma premissa faz referência a uma norma jurídica geral, outra a considerações empíricas que se devem basear nos factos provados, sendo a conclusão a própria decisão.

Na fundamentação da matéria de facto está em causa a justificação que permite o entendimento do processo de reconstrução de um acontecimento probatoriamente efectuado.

A interconexão entre as razões que justificam o modo como se efectuou essa reconstrução e as conclusões da relevância jurídica desses acontecimentos exige, mais do que uma separação ontológica dos dois momentos, uma interconexão metodológica do seu entendimento.

Segundo JOSÉ MOURAZ LOPES, “na sociedade actual, as pessoas exigem decisões legítimas, dotadas de autoridade, mas justificadas. Pelo que, nesse sentido, a responsabilidade do julgador passa por justificar as suas decisões, dando a conhecer as razões pelas quais decidiu”. (Lopes, 2010: 56)

Exactamente por essa razão defende GOMES CANOTILHO que “a compreensão da fundamentação das decisões é um princípio estruturante do poder judiciário”. (Canotilho, 1999: 615)

Também o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem manifestou já em diversas decisões a convicção de que a fundamentação, a explanação dos motivos que levaram à decisão, é uma garantia de um julgamento equitativo (fair trial).<sup>185</sup>

### **7.1 A prova indirecta e a sua especial fundamentação**

A prova indirecta, indiciária e circunstancial ou por presunções, reveste uma maior complexidade que a prova directa, pelo que também implica exigências especiais de fundamentação. Para apreciá-la é necessário uma grande capacidade e bom senso do julgador.

E, antes de prosseguir, cumpre fazer uma distinção, que, na prova indirecta ou indiciária é algo complexa: critérios de admissibilidade e de valoração da prova são coisas distintas.

Enquanto a admissibilidade tem a ver com o princípio da prova livre, a valoração conexiona-se com o princípio da livre apreciação da prova. Na valoração trata-se de aferir da eficácia e do valor probatório da prova produzida.

O Acórdão do STJ de 20/04/2006<sup>186</sup> define as provas indirectas como as provas “que permitem a apreensão dos factos probandos a partir de deduções e induções objectiváveis a partir de factos indiciários, segundo as regras gerais da experiência.” (sumário)

E, referindo-se ao caso em crise: “a morte deve ser provada por exame pericial directo, mas, na impossibilidade de proceder a tal exame e não havendo norma legal que o imponha, devem ser admitidos outros meios de prova que indiquem “a certeza moral sobre a ocorrência do evento” ”. (pág. 67)

---

<sup>185</sup> Vide, entre outros, Hadjianastassiou v. Grécia, acórdão de 16 de Dezembro de 1992, TDH, Série A n.º 252, disponível em [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0041-86332014000200009&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332014000200009&lng=es&nrm=iso)

<sup>186</sup> Melhor identificado supra.

É neste tipo de prova, fundamentalmente, que tem maior relevância a liberdade de apreciação e valoração conferida ao juiz.

Escreve EUCLIDES DÂMASO SIMÕES, no seu estudo acerca do tema, que a prova indirecta tem que “ganhar relevância jurisprudencial e dogmática” (Simões, 2007: 204) entre nós, sob pena de a Justiça não se compatibilizar com as exigências do seu tempo e de se agravar o sentimento de impunidade no que se prende com os desafios criminosos mais complexos e de maior desvalor ético.

E assim é, parece-nos, já que, considerando o avanço da tecnologia e das novas formas de criminalidade, se se exigisse sempre apenas provas directas, muitas seriam as situações que escapariam ao controlo judiciário, pondo em causa, inclusive, todo o sistema penal e processual penal actual.

A menos que se utilizasse formas ilegais que forçassem a confissão dos arguidos – o que é manifestamente inadmissível face à Constituição de um Estado de Direito democrático – muitas provas deixariam de existir ou de poder ser valoradas, o que, sem dúvida, geraria um sentimento manifesto e compreensível de impunidade, a nosso ver inaceitável.

Assim, na ponderação que o julgador faz dos factos terão de intervir provas e presunções, traduzindo-se aquelas na verificação directa dos factos, enquanto estas permitem estabelecer uma ligação entre aquilo que já se deu como adquirido e o que as regras da experiência permitem inferir.

É na prova indiciária que intervém, mais do que em qualquer outra, a inteligência e a lógica do juiz. “A prova indiciária pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica.” (Cabral, 2011: 1)

O indício funciona como uma premissa cuja conclusão, à qual se chega através de um raciocínio lógico de inferência, acrescenta algo novo ao facto base.

A doutrina apresenta várias classificações para os indícios. Não querendo fazer um estudo exaustivo sobre estes, uma vez que tal estravazaria o objecto do nosso trabalho, far-se-á, no entanto, uma referência a algumas dessas classificações.

Dependendo do maior ou menor grau de credibilidade dos mesmos, distinguem-se em próximos, prováveis, legítimos ou suficientes (aos quais é conferida prova plena) e urgentes, veementes e necessários (tendo estes o mais alto grau na escala de credibilidade).

Tendo em conta a relação de causalidade entre o indício e o facto probando, aponta-se a distinção entre necessários (que contêm uma informação certa) e os contingentes (que apresentam um determinado grau de probabilidade). Estes últimos ainda se distinguem entre prováveis e verosímeis. Dentro desta categoria alguns autores falam da distinção entre indícios causais e de efeito.

De acordo com o momento da realização do crime, surge a distinção entre antecedentes, concomitantes e sucedâneos.

Outros autores, como MATTOSINHO, fazem apenas a distinção entre concordantes (que se constituem de circunstâncias coerentes no sentido do facto probando), graves (apresentam uma íntima correlação entre o facto conhecido e o desconhecido, conduzindo a este de forma indutiva), e veementes (circunstâncias de tal forma relacionadas com o crime que de imediato estabelecem com ele uma estreita relação).

Estas classificações, dentre as quais se encontram as propostas por MALATESTA, visam auxiliar o processo lógico de formulação do juízo, já que permitem perceber a relevância do indício e a sua conexão com o facto probando.

Para aferir do grau de probabilidade, a doutrina apresenta três correntes: a mera possibilidade de futura condenação; a maior probabilidade de condenação do que absolvição e a forte possibilidade de condenação.

O legislador português optou pela que impõe a verificação de uma forte probabilidade de condenação.

Seja qual for o critério distintivo a adoptar, uma coisa é, parece-nos, certa: a actividade de análise e valoração dos indícios comporta momentos distintos, e será o resultado final que ditará se pode ou não determinado indício servir para fundamentar uma decisão condenatória no caso concreto.

O STJ, em Acórdão de 07/04/2011<sup>187</sup>, elenca 3 momentos essenciais na análise da prova indiciária: a “demonstração do facto base ou indício que, num segundo momento faz despoletar no raciocínio do julgador uma regra da experiência, ou da ciência, que permite, num terceiro momento, inferir outro facto que será o facto sob julgamento.” (pág. 32)

Serão, assim, necessárias 3 operações para verificação do 1º momento: verificar, precisar e avaliar o indício. Seguidamente, num 2º momento, a combinação daqueles indícios<sup>188</sup> e, por fim, a relação entre o indício e o facto presumido, consubstancia o 3º e último momento.

Os indícios terão de ser certos, inequivocamente acusatórios e incriminatórios, ser contemporâneos do facto a provar e terem com este uma relação de interdependência e interrelação. Têm ainda que ser graves, precisos e concordantes.<sup>189</sup>

A pluralidade de indícios aumenta a probabilidade e esta pretende-se “densa e convergente”, como espressamente refere o Acórdão do STJ de 26/10/2011<sup>190</sup>. A concordância entre os indícios vale, assim, como critério valorativo.

E torna-se, ainda, necessário que não existam contra-indícios.

Os contra-indícios são factos que têm como função enfraquecer a responsabilidade do arguido e são de dois tipos: uns impedem (ou dificultam gravemente) a imputação do crime ao arguido, outros debilitam os indícios probatórios e permitem a existência de uma explicação relativamente aos factos que permitiam que o tribunal se convencesse da responsabilidade do arguido.

Os primeiros apontam numa direcção diferente da que a presunção incriminatória indicava, os segundos enfraquecem aquela presunção por permitirem outra conclusão como provável.

Assim, se existirem indícios que possam afastar a regra de experiência que permitiu inferir que os indícios que se tiveram como certos, inquévocos, condenatórios, haverá uma

---

<sup>187</sup> Processo n.º 936/08.0JAPRT.S1, relator Santos Cabral.

<sup>188</sup> Poder ser apenas um (singular) mas em regra será mais que um indício (plurais).

<sup>189</sup> Vide Acórdãos STJ de 18/05/2011 (proc. n.º 420/06.7GAPVZ.S1, relator Armindo Monteiro), e de 07/04/2011 (proc. n.º 936/08.0JAPRT.S1, relator Santos Cabral).

<sup>190</sup> Processo n.º 19/05.5JELSB.S1, relator Santos Cabral.

“desarmonia que faz perder a clareza e poder de convicção ao quadro global da prova indiciária”. (Neste sentido Ac STJ de 09/02/2012, pág. 26/27)<sup>191</sup>

Os contra-indícios, que terão que cumprir os mesmos requisitos que os indícios no que à força probatória diz respeito, e cuja prova terá também de ser feita<sup>192</sup>, eliminam, desta feita, o valor probatório da prova indiciária.

Entendia GALDINO SIQUEIRA, no início do século XX, que não se deve confundir os indícios, com presunções.

O penalista defendia, inclusive, que tal confusão era feita por diversos autores, v.g. MITTERMAYER. E, recordando CARRARA, entendia que os indícios são circunstâncias que nos revelam, pela conexão que guardam com o facto probando, a existência desse mesmo facto, enquanto que as presunções exprimem a própria persuasão desta existência.

Além disso os indícios são elementos sensíveis, reais, que indicam um objecto. Já as presunções são as conjecturas ou juízos formados sobre a existência do facto probando.

Actualmente, a doutrina, na linha de ANDRE MARIETA (*La prueba en Proceso Penal*), inclina-se a indicar duas linhas de força orientadoras na construção da prova indiciária: primeira, o indício,<sup>193</sup> associado que está a um princípio empírico ou regra da experiência, terá de estar plenamente demonstrado através de prova directa, e segunda, é necessário que exista uma presunção que, aliada ao indício, permita provar um outro facto.

“A presunção é a conclusão do silogismo construído sobre uma premissa maior: a lei baseada na experiência, na ciência ou no sentido comum que apoiada no indício (...) permite a conclusão sobre o facto a demonstrar.” (Cabral, 2012: 22)

Essa inferência permite o julgador passar do estado de ignorância sobre a existência de um facto para o estado de certeza, ultrapassando a dúvida e a probabilidade.

---

<sup>191</sup> Processo n.º 233/08.IPBGDM.P3.S1, relator Santos Cabral.

<sup>192</sup> E não apenas invocada.

<sup>193</sup> Indício que DELLEPIANE diz ser todo o vestígio ou circunstância, ou todo o facto conhecido e devidamente comprovado que permite conduzir, por inferência, ao conhecimento de outro facto, e que CARNELUTTI crê ser aquele facto cuja função probatória é meramente instrumental e surge “por la eventualidad de una relación suya indefendible a priori con el hecho que se va a probar.” (Carnelutti, 1982: 191)

A este propósito DELLEPIANE defende que só quando a premissa maior é uma lei que não admite excepções é que a inferência será uma dedução rigorosa. A inferência só será certa quando se apoiar numa lei geral e constante, ou seja, por excepção. (Dellepiane, 2004)

Fora dessas circunstâncias estaremos sempre perante probabilidades, e, nesse caso, sustentava já LOPEZ MORENO, a teoria dos indícios reduz-se a uma teoria das probabilidades (Lopez Moreno, 1879). Tratar-se-á, portanto, de reconduzir as presunções ao princípio da normalidade, no sentido em que as mesmas causas produzem sempre, ou quase sempre, o mesmo resultado, justificando-se pelas leis relativamente imutáveis que regulam o desenvolvimento do universo.

E estarão, também, intimamente ligadas à teoria da causalidade, por sabermos que face a um efeito podemos presumir a sua causa normal.

Naturalmente que tudo isto terá de ser visto também sob a perspectiva das vicissitudes da natureza e do comportamento humano, já que, como humanos que somos, não seremos literalmente iguais e os nossos comportamentos mostrarão algumas vezes excepções àquela regra que denotava a normalidade.

Concluimos, portanto, que sendo o princípio da normalidade o fundamento da presunção abstracta, permitindo um conhecimento provável, terá de se sopesar as contraprovas para, ultrapassando o provável, obter o conhecimento pleno, e, assim, conseguir uma estrutura sólida de presunção indiciária.

A valoração da prova por presunções exige a possibilidade da prova do contrário.

Daí que se entenda que em matérias de presunções, quer legais, quer judiciais ou naturais, deva verificar-se a cedência (destas) quando, em concreto, após a produção de todos os meios de prova, da sua discussão e análise, resulte um estado de dúvida razoável sobre o facto que motivou a presunção ou sobre a racionalidade da inferência do facto típico. (Andrade B. , 2012)

No que se prende com o raciocínio utilizado para interligar os factos ARANHA lança mão da distinção dos conceitos de indução e dedução, aos quais aludimos supra. 5

E partindo daquela análise conclui aquele autor que a *prova indiciária é dedutiva e não indutiva*.<sup>194</sup> E é-o na medida em que “é um silogismo puro em que a conclusão, que é o facto probando é uma resultante da comparação entre o facto indiciário (premissa menor) e uma lei da experiência ou da razão (premissa maior).” (Aranha A. , 1994: 165/166)

A prova indiciária apresenta, assim, uma importância essencial precisamente porque nem sempre existem provas directas. A capacidade de camuflagem e o hermetismo da actuação de muitos grupos organizados, mormente quando estão em causa crimes como o branqueamento de capitais, o tráfico de droga, de armas ou de pessoas, ou de terrorismo, que implicam quase sempre uma organização complexa, impedem ou, pelo menos, dificultam grandemente a prova directa. Por isso através de um esforço lógico, de raciocínio, utiliza-se o indício como forma de chegar ao facto criminoso e aos seus autores.

Diversos processos que decorreram noutros países, alguns deles mediáticos, chamaram a nossa atenção para a importância da prova indirecta.

A própria jurisprudência lança muitas vezes mão da produção doutrinária e jurisprudencial de outros ordenamentos.<sup>195</sup>

É o caso do ordenamento italiano, a cujo artº 192º do CPP se faz referência expressa no Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 19/01/2009.<sup>196</sup>

E, da jurisprudência, apontam-se, v.g, decisões dos tribunais americanos, nomeadamente: *USA versus Stauffer*<sup>197</sup>; *USA versus Golb*<sup>198</sup>; *USA versus Hardwell*<sup>199</sup>;

---

<sup>194</sup> No Código de Processo Penal brasileiro o artº 239 trata especificamente da prova indiciária, pelo que o autor conclui que aquele preceito legal, nos moldes em que está elaborado, está incorrecto. Se se estabelece que se parte do facto provado (facto geral) para o *facto probando* (facto particular) tratar-se-á de dedução e não de indução.

<sup>195</sup> A Constituição Criminal Carolina da Alemanha (primeiro código penal da Idade Média) regulou detalhadamente a prova por indícios. Foi a primeira tentativa formal de regular este tipo de prova.

<sup>196</sup> Processo n.º 2025/08-2, relator Cruz Bucho.

<sup>197</sup> 922 F.2d 508, 514 (9th Cir.1990) - Decisão de 18/03/1991, na qual se pode ler: “To prove a conspiracy, the government must show (1) an agreement (2) to engage in criminal activity and (3) one or more overt acts in furtherance of the conspiracy.” *United States v. Smith*, 924 F.2d 889, 894 n. 1 (9th Cir.1991) (quoting *United States v. Hernandez*, 876 F.2d 774, 777 (9th Cir.), cert. denied, 493 U.S. 863 (1989)). Once the conspiracy is established, evidence showing beyond a reasonable doubt even a slight connection between the defendant and the conspiracy is sufficient for conviction.” (disponível em <http://openjurist.org/990/f2d/1262/united-states-v-hafford> ).

USA versus Turman<sup>200</sup>; USA versus Reiss<sup>201</sup>; USA versus King<sup>202</sup>; USA versus Gibbs<sup>203</sup>; USA versus Abbel<sup>204</sup>; USA versus Brown<sup>205</sup>; ou ainda, United States versus Raul Topete<sup>206</sup>, nas quais estiveram em causa crimes de lavagem de dinheiro associado ao tráfico de estupefacientes e/ou armas e a suficiência da prova indiciária para sustentar a condenação.

Ainda em termos de Direito comparado, cumpre salientar a análise de DÂMASO SIMÕES das decisões dos Tribunais Superiores espanhóis no ano de 2006, relativos a crimes de branqueamento de capitais, das quais seleccionou dez<sup>207</sup>, atinentes à questão específica da prova indiciária como “meio adequado de superação do princípio da presunção de inocência”. (Simões, 2007: 204)

Neles se estabelecem requisitos formais e materiais e requisitos do juízo de inferência, pois toda esta questão terá de ser vista à luz das regras da experiência e da

---

<sup>198</sup> 69 F3d 1417 (9th Circuit 1995) - Decisão de 26/09/1995: "There is sufficient evidence to support a conviction if any rational trier of fact, after viewing the evidence in the light most favorable to the government, could have found the defendant guilty beyond a reasonable doubt of each essential element of the crime charged." United States v. Stauffer, 922 F.2d 508, 514 (9th Cir.1990). Convictions appealed from in this case are under two federal money laundering statutes.", disponível em <http://openjurist.org/69/f3d/1417/united-states-v-golb>

<sup>199</sup> 80 F. 3d 1471 (10th Circuit 1996) - Decisão de 05/04/1996, disponível em <http://openjurist.org/80/f3d/1471>

<sup>200</sup> 94-50305, 9th Circuit, 1997 - Decisão de 17/01/1997, disponível em: <http://caselaw.findlaw.com/us-9th-circuit/1073464.html#>

<sup>201</sup> 186 f. 3d 149 (2nd Circuit 1999) - Decisão de 27/05/1999, disponível em [http://www.leagle.com/decision/1999335186F3d149\\_1318.xml/U.S.%20v.%20REISS](http://www.leagle.com/decision/1999335186F3d149_1318.xml/U.S.%20v.%20REISS)

<sup>202</sup> 169 F.ed 1035 (6 th Circuit 1999) - Decisão de 27/07/1999, disponível em [http://njlaw.rutgers.edu/collections/resource.org/fed\\_reporter/F3/190/190.F3d.471.html](http://njlaw.rutgers.edu/collections/resource.org/fed_reporter/F3/190/190.F3d.471.html)

<sup>203</sup> 182 F.3d 408 (6th Circuit 1999) disponível em <http://openjurist.org/182/f3d/408/united-states-of-america-v-anthony-gibbs-richard-hough-donneto-berry-chad-gibbs-robert-curtis-lamont>

<sup>204</sup> 271 F3d 1286 (11 Circuit 2001), disponível em <http://openjurist.org/271/f3d/1286/united-states-of-america-v-michael-abbell-william-moran>

<sup>205</sup> Também do 11º Distrito, onde se lê: “In limited contexts, evidence showing that a dealer used the proceeds of drug trafficking to pay for the drugs the dealer sold is sufficient proof of money laundering” as such payments can be found to insure future supplies of drugs for future sales” - Decisão de 17/07/2006, “Memorandum Opinion and Order”, consultável em [http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-alnd-3\\_05-cr-00257/pdf/USCOURTS-alnd-3\\_05-cr-00257-1.pdf](http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCOURTS-alnd-3_05-cr-00257/pdf/USCOURTS-alnd-3_05-cr-00257-1.pdf)

<sup>206</sup> 06-14176 (11th Cir. 2008) - Decisão de 02/01/2008, disponível em <https://www.courtlistener.com/opinion/58900/usa-v-raul-topete/>

<sup>207</sup> Acórdãos do Tribunal Supremo de Espanha n.º 190/2006 de 1/3/2006; n.º 392/2006, de 6/4/2006; n.º 562/2006, de 11/05/2006; n.º 560/2006, de 19/05/2006; n.º 557/2006, de 22/05/2006; n.º 606/2006, de 05/06/2006; n.º 986/2006, de 19/06/2006; n.º 970/2006, de 03/10/2006; n.º 928/2006, de 05/10/2006; e n.º 1133/2006, de 21/11/2006, disponíveis em <http://www.poderjudicial.es/jurisprudencia>

lógica. E dão-se, inclusive, exemplos daquilo que são considerados relevantes e significativos indícios.<sup>208</sup>

Paradigmático é o Acórdão do Tribunal Supremo de Espanha n.º 392/2006, de 06/04/2006, onde se estabelecem como requisitos formais e materiais os seguintes que aqui elencamos.

De carácter formal:

- a) “que na sentença se expressem os factos – bases ou indícios que se considerem plenamente provados, os quais vão servir de fundamento à dedução ou inferência;
- b) que na sentença se explicita o raciocínio através do qual, partindo dos indícios, se chegou à convicção da verificação do facto punível e da participação do acusado no mesmo. Essa explicitação, que pode ser sucinta ou enxuta, é imprescindível no caso da prova indiciária.”

E material:

- a) “Os indícios devem estar plenamente comprovados, através de prova directa
- b) devem ser de natureza inequivocamente acusatória,
- c) devem ser plurais ou, sendo único, deve possuir especial força probatória,
- d) devem ser contemporâneos do facto que se pretenda provar,
- e) sendo vários devem estar interrelacionados, de modo a que se reforcem mutuamente.

E, como requisitos do juízo de inferência, estabelece-se:

- a) que seja razoável, isto é, que não seja arbitrário, absurdo ou infundado e que responda às regras da lógica e da experiência;
- b) que dos factos-base comprovados flua, como conclusão natural, o elemento que se pretende provar, existindo entre ambos um nexó preciso e directo, segundo as regras do critério humano.” (Simões, 2007, :13, 14)

---

<sup>208</sup> Como sejam a detenção de quantias de dinheiro de elevado ou considerável valor, quando não se dê justificação para a sua posse; a utilização desse dinheiro em operações fora das práticas comuns do mercado; aumento desusado do património do arguido; a utilização de «testas de ferro», etc.

Também os Tribunais Superiores portugueses, mormente o Supremo Tribunal de Justiça, v.g. nos Acórdãos de 11/07/2007<sup>209</sup>; 06/05/2010<sup>210</sup>; 02/04/2011<sup>211</sup>; 27/11/2013<sup>212</sup>; 09/07/2014<sup>213</sup>, seguem na mesma continuidade.

Pese embora o processo penal não contemple regras especiais de valoração da prova<sup>214</sup>, o exame da prova indirecta pressupõe uma explicação na sentença que implica especificações acrescidas.

Conforme refere o Acórdão STJ 06/10/2010 será necessário “existir e ser revelado um percurso intelectual, lógico, sem soluções de descontinuidade, e sem uma relação demasiado longínqua entre o facto conhecido e o facto adquirido. A existência de espaços vazios no percurso lógico de congruência segundo as regras da experiência, determina um corte na continuidade do raciocínio, e retira o juízo do domínio da presunção, remetendo-o para o campo já da mera possibilidade física mais ou menos arbitrária ou dominada pelas impressões.”(pág. 35)<sup>215</sup>

Tudo no sentido de se conseguir a convicção mais próxima da certeza. A certeza além de toda a dúvida razoável – *beyond any reasonable doubt*.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE faz uma distinção quanto aos diversos graus de convicção do julgador, reconduzindo-os a quatro níveis:

1. Indícios para além da presunção de inocência – que correspondem ao *guilt beyond reasonable doubt*. São aqueles a que se refere o artº 32º n.º 2 CRP e artº 6 n.º 2 CEDH;

---

<sup>209</sup> Processo n.º 07P1416, relator Armindo Monteiro.

<sup>210</sup> Processo n.º 156/00.2IDBRG.S1, relator Rodrigues da Costa.

<sup>211</sup> Processo n.º 936/08.0JACPRT.S1, relator Santos Cabral.

<sup>212</sup> Processo n.º 37/12.7JACBR.C1.S1, relator Santos Cabral.

<sup>213</sup> Processo n.º 1164/09.3DLAB.L2.S1, relator Santos Cabral.

<sup>214</sup> Distintamente do que acontece com os meios de obtenção e de produção de prova.

<sup>215</sup> Processo n.º 936/08.JAPRT, relator: Henriques Gaspar.

2. Indícios fortes ou sinais claros – correspondentes à *clear evidence*. Referem-se-lhe os artº 27º n.º 3 b) CRP, art 200º n.º 1 e artº 202 n.º 1 CPP<sup>216</sup> [indícios fortes], e os artº 256º , n.º 2 e 3 CPP [sinais claros];
3. Indícios suficientes ou prova bastante – equivalentes à *reasonable suspicion* ou *probable cause*. São os que constam dos artº 277º n.º 2, 283º n.º1, 285º n.º 2, 298º, 302º n.º 4, 308º n.º 1, 391º A, n.º 1 CPP<sup>217</sup> [indícios suficientes] e artº 277º n.º 1 CPP [prova bastante];
4. Indícios fundados em suspeitas fundadas, fundado receio e imputação do crime – simétricos à *bona fide suspicion*. A eles se referem os artº 58º n.º 1 a) 250º, 272º n.º 1 <sup>218</sup> [suspeitas fundadas], artº 142º n.º 1, 227º, n.º 1, 228º n.º 2, 257º n.º 2 b)<sup>219</sup> [fundado receio], artº 1 f), 197º n.º 1, 198º n.º 1, 199º n.º1 [imputação] todos do CPP.

São os indícios para além da presunção da inocência que permitem e sustentam a “convicção indubitável”. (Pereira, 2012: 84) São eles que comprovam a verificação de um facto.

Chama-se aqui à colação o Acórdão do STJ de 07/04/2011: “Para que seja possível a condenação não basta a probabilidade de que o arguido seja autor do crime, nem a convicção moral de que o foi. É imprescindível que, por procedimentos legítimos, se alcance a certeza jurídica, que não é desde logo a certeza absoluta, mas que, sendo uma convicção com géneses em material probatório, é suficiente para, numa perspectiva processual penal e constitucional, legitimar uma sentença condenatória. Significa o exposto que não basta a certeza moral, mas é necessária a certeza fundada numa sólida produção de prova.” (pág. 29/30)

---

<sup>216</sup> Fortes indícios que justificam a prisão preventiva e a proibição ou imposição de condutas.

<sup>217</sup> Arquivamento do inquérito; acusação do MP e particular; debate instrutório; encerramento da Instrução e Processo Abreviado.

<sup>218</sup> Constituição de arguido; identificação de suspeito e primeiro interrogatório de arguido.

<sup>219</sup> Primeiro interrogatório judicial de arguido detido pelo JIC da área da detenção; caução económica; arresto preventivo; detenção fora de flagrante delicto.

Creemos então estar em condições de afirmar que – fazendo um jogo de palavras – a convicção indubitável é aquela certeza jurídica que numa perspectiva processual e constitucional e baseando-se nos indícios para além da presunção da inocência, se traduz na certeza fundada numa sólida produção de prova.

E, para finalizar este ponto, sublinha-se, com o Acórdão do STJ de 18/05/2011<sup>220</sup>, que “a prova por indícios pode até ser mais credível e preciosa do que a testemunhal porque esta se apoia na percepção sensorial, que pode falhar na percepção, ou, como é frequente, ser, na generalidade dos casos, intencionalmente distorcida.” (pág. 23)

### **7.1.1 A prova do dolo**

A prova dos factos que realizam o tipo subjectivo do crime, e, especificamente do dolo, é um exemplo paradigmático de demonstração por prova indirecta.

Com a teoria finalista da acção HANS WELZEL deslocou o dolo da culpa para a tipicidade, passando a integrar o tipo subjectivo de crime, o que, em termos processuais implica que tenha que se provar a intenção do agente para o julgador ficar convencido da comissão do crime. Tal prova é possível apenas por presunções, indícios, ilações.<sup>221</sup>

“As vicissitudes da prova da intenção são comuns à generalidade dos crimes.

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

O julgador deve resolver a questão de facto decidindo que (ou se) o agente agiu internamente da forma como o revelou externamente.” (Brito, 2013: 19)

---

<sup>220</sup> Processo 420/06.7GAPVZ.S1, relator Armindo Monteiro.

<sup>221</sup> ELIANA KHADER alerta para a inconveniência das presunções neste tipo de prova por ser de opinião que são facilmente manipuláveis e nem sempre correctamente interpretadas, mormente no dolo directo e no dolo eventual. (Khader, 2012)

De facto, provar uma intenção é uma tarefa complicada, na medida em que as intenções não são factos observados externamente.

Os factos internos têm características próprias que os distinguem dos factos externos. Enquanto aqueles podem ser observados empiricamente, tal não acontece com os estados mentais. Motivo pelo qual estes não são susceptíveis de prova directa<sup>222</sup> mas sim de prova indiciária. O que significa que, por regra, os factos internos, subjectivos, têm que ser inferidos a partir da conduta externa do agente.

A prova indirecta ou indiciária é, portanto, a prova rainha no que à matéria de factos psíquicos diz respeito.

Cumpra, antes de continuar, estabelecer que o dolo se traduz numa representação mental do agente do crime sobre a realização dos elementos do tipo penal. E a essa representação segue-se um juízo de aceitação daquilo que se representou, assumindo-o.

Assim, a prova do dolo “es la prueba de la representación mental del tipo penal o, mas sencillamente, del conocimiento del sujeto activo sobre la realización de la conducta típica.” (De Miranda Vázquez, 2011: 30)

Para esta tarefa a jurisprudência criou um catálogo de «indícios-tipo» para inferir o dolo em diversos tipos de crime. Vejamos alguns:

- a) para o crime de receptação, ter-se-á em conta que o preço de compra do objecto terá que ser consideravelmente inferior ao valor real da coisa;
- b) para distinguir o *animus necandi* (intenção de matar) do *animus laedendi* (intenção de ferir) os critérios serão:
  - a. a aptidão da arma utilizada,
  - b. a parte do corpo em que a vítima foi atingida,
  - c. insistência e/ou reiteração dos golpes desferidos
- c) a relação que liga autor do delito e vítima;
- d) actos anteriores ao crime, v.g. provocações, insultos, ameaças;
- e) comportamento posterior do agente do crime (v.g. se procurou auxiliar a vítima ou não)

---

<sup>222</sup> Excepção feita às situações em que há confissão (integral e sem reservas) ou aquelas em que o próprio arguido confidenciou a outrem a sua vontade e conhecimento e esta testemunha esse facto em juízo.

DE MIRANDA VÁZQUEZ fala em algo que o próprio diz contribuir para enriquecer o «catálogo semiótico» dos indícios-tipo: os *factos avisadores*.

Factos avisadores são, nas palavras do autor, “indícios antefáticos – anteriores a la representación mental – que, de ser probados, permiten inferir – por via de atribución – el conocimiento del sujeto sobre el contenido típico de la acción que va indiciar o de su resultado último.”

Los “hechos avisadores”, exteriores a la persona del sujeto activo, al ser percibido por este, provocan forzosamente – en condiciones cognitivas normales – la representación mental de la realización, inmediata, del tipo penal. Serían como alertas contextuales que deberían advertir al sujeto activo de la infracción de una determinada norma penal”.

Tales “hechos avisadores” formam parte de máximas de experiencia en las que estas circunstancias fácticas aparecen como antecedente lógico de procesos de pensamiento, consciente o inconsciente.” (De Miranda Vázquez, 2011: 31)

Os “factos avisadores”, sendo uma fonte de informação, podem transmitir mensagens, que serão úteis também para a determinação do dolo eventual nos casos em que há resultado morte da vítima. Por exemplo, se a vítima está a ter uma hemorragia ou se está caída inconsciente e o autor continua a agredi-la, v.g. com pontapés.

A concorrência de “factos avisadores” permite inferir que, se o agente representou a sua acção mentalmente, então, por atribuição lógica, supunha a realização do tipo penal.

Tendo em conta que esta é uma matéria com grande teor subjectivo, a doutrina debruçou-se sobre o tema no sentido de saber se os factos psíquicos são uma descoberta ou uma imputação: “si es una operación cognoscitiva, en la esfera por tanto de la verdad y la falsidad, o un asunto normativo. La cuestión es fundamental: si assumimos que la prueba de la intención es *descubrimiento*, entonces estamos asumiendo el presupuesto de que las intenciones son un tipo de realidad (a pesar de sus peculiaridades) y que el enunciado que declara que “el sujeto X tenía la intención Y” pretende ajustarse a esa realidad (es decir puede ser considerado verdadero o falso en función de que esta afirmación se corresponda o no con esa realidad. (...) Por ele contrario, si se considera que la prueba de la intención es una cuestión de *imputación*, entonces se está presuponiendo que la prueba del dolo no pretende reflejar ninguna realidad interna o psicológica (...) sinó simplemente calificar de cierta manera la acción del agente de acuerdo con ciertos criterios objetivos (los factores externos de conducta)”. (Lagier, 2004: 42)

À primeira teoria, LAGIER rotula-a de concepção descriptivista<sup>223</sup> ou cognoscitivista<sup>224</sup>, à segunda designa-a adscriptivista<sup>225</sup> ou normativista.

Aquele autor opta pela primeira orientação, entendendo que, tal como a prova de factos externos, a prova da intenção é uma questão de descoberta, daí que os enunciados que atribuem intenções sejam verdadeiros ou falsos.

As críticas apontadas a esta concepção traduzem-se em argumentos como:

- a) a prova indirecta ser menos sólida que a directa;
- b) acreditar em estados mentais é acreditar em superstições, ou utilizando a ideia de GILBERT RYLE, “um *fantasma*” por trás da máquina apenas porque não sabemos como funciona” (Ryle, 2009) (esta ideia reconduz-se a uma concepção do mundo de base totalmente materialista);
- c) falta de regularidade ou até inexistência de regularidade entre a conduta externa e os estados mentais (v.g. levantar um braço e agité-lo pode significar um pedido de ajuda ou, em vez disso, ser uma saudação), pelo que nunca existirá uma certeza adequada;
- d) ao atribuir uma intenção a outrem (o agente do crime) poderemos estar a projectar os nossos próprios estados mentais nele, o que pode sempre induzir em erro;
- e) impossibilidade de comprovação dos factos internos (distintamente dos externos que são verificáveis);
- f) a verdade (como correspondência à realidade) não é um objectivo do processo;
- g) a intenção é irrelevante. Porque é que uma conduta dolosa há-de ser sancionada mais severamente que uma negligente, questiona-se. Nesta crítica tem lugar a questão do fim das penas e a defesa de autores como JAKOBS, que sustenta que o que interessa é a mensagem social que a pena transmite e não a censura

---

<sup>223</sup> Sustentada por BERTRAND RUSSELL.

<sup>224</sup> Cujas figuras mais representativas são JEAN PIAGET.

<sup>225</sup> Esta tese defende que quando se faz referência a conceitos como acção ou intenção, o que se pretende definir é apenas a responsabilidade do sujeito. Esta teoria da acção tem o filósofo do Direito HERBERT HART como precursor.

A este propósito vide MAÑALICH (Mañalich, 2012).

ao indivíduo. Isto porque a pena é a forma de assegurar à sociedade que a norma violada continua vigente.

Face a estas LAGIER apresenta contra-argumentos que se podem resumir da seguinte forma:

1. não é verdade que a prova indiciária tenha menor peso ou valor que a prova directa. Ou, pelo menos, não poderá aceitar-se tal generalização. As inferências que se fazem na prova indirecta devem ser valoradas de acordo com critérios de racionalidade epistemológica, como seja a quantidade diversidade, fiabilidade, pertinência dos factos probatórios, a coerência da conclusão, bem como ver se se trata de uma inferência de um único elo ou de um encadeamento de inferências.
2. a regularidade entre o comportamento do agente e os elementos subjectivos não é o único critério para aferir da intenção. Analisar-se-á também a presunção da racionalidade, isto é, se a conduta em causa era adequada à situação em que o agente se encontrava, uma vez que actuar intencionalmente é actuar de forma minimamente racional.<sup>226</sup>
3. No que se prende com relevância ou irrelevância da intenção, contraria a posição de JAKOBS, sustentando que tais argumentos significariam que não se desse nenhum valor à censura como justificação da pena, porque se tivesse algum valor estar-se-ia a admitir implicitamente que a intenção que interessa é a real (como estado mental que causou a acção do sujeito) (Lagier, 2004), além do que é difícil negar que a justificação da pena está directamente relacionada com a ideia de livre arbítrio e de censura, constituindo estes, aliás, pressupostos do sistema penal.

Conclui, assim, que não há razões para não se entender que a prova da intenção “pueda ser vista como un razonamiento que tiende a descubrir una realidad” (Lagier, 2004: 46), e, nesta decorrência, adverte para a conexão entre actuar intencionalmente e actuar racionalmente.

---

<sup>226</sup> Daí que o autor exponha o seu Princípio da Racionalidade Mínima, explicado infra.

Quando actuamos de forma intencional perseguimos um objectivo, portanto, escolhemos o percurso mais adequado para o obter. Consequentemente, as acções intencionais são, necessariamente, acções conduzidas pela racionalidade. Os critérios de racionalidade, dentro de certos limites, “pueden considerar-se como pautas intersubjectivamente compartidas. La racionalidade es el aspecto intersubjectivo de la intención.” (Lagier, 2004: 46)

Referindo-se às acções intencionais em sentido estrito<sup>227</sup>, afirma que actuar com uma intenção é actuar para perseguir um determinado fim, demonstrando-o mediante uma fórmula que se pode traduzir da seguinte maneira:

A, agente, faz determinada coisa (acção X) com intenção de conseguir Z, e fá-lo, porque acredita que X é um meio de obter Z. A sua actuação foi aquela (X) precisamente por essa razão (conseguir Z).

Nesta medida, “actuar intencionalmente también se puede definir como actuar por una razón. (...)”

Por outro lado, actuar racionalmente también tiene que ver com actuar por una razón.” (Lagier, 2004: 47)

E, em concordância com NICHOLAS RESCHER, enuncia da seguinte forma:

A (agente) faz X (acção) racionalmente =

. A faz X

. A tem razões *avassaladoramente* boas<sup>228</sup> para fazer X

. A faz X apoiando-se nessas razões.

*Avassaladoramente* boas razões significará que aquelas razões são melhores do que quaisquer outras para conseguir aquele objectivo (X).

Destarte, agir racionalmente implica agir por uma razão determinada, ou seja, intencionalmente. Portanto: toda a acção racional é intencional.

---

<sup>227</sup> Porque nem todas as acções são intencionais, LAGIER divide as acções em grupos: a) actos reflexos; b) acções expressivas (de um estado de ânimo); c) acções intencionais em sentido estrito (dirigem-se a um fim); d) acções intencionais que não se dirigem a um fim distinto da mera realização da acção; e) acções não intencionais (consequências que não foram pretendidas ou não previstas com aquela acção).

<sup>228</sup> O autor emprega o termo “arrolladoramente buenas razones”, que traduziremos como razões avassaladoramente boas.

Poder-se-á dizer que toda a acção intencional é racional<sup>229</sup>? Parece claro que não, já que a miúde a escolha de meios que fazemos não é a adequada ao fim que nos propomos.

E será possível afirmar que todas as acções intencionais são minimamente racionais?

Tendo em conta que se fala de uma racionalidade instrumental (e não de fins), LAGIER entende ser positiva a resposta a esta questão. Quando se age de determinada forma para obter um fim, escolhe-se a acção que parece (ao agente) ser a mais adequada naquele momento, ou seja, com aquela avaliação da situação específica.

Assim, conclui: “De manera que la racionalidad que encontramos en todas las acciones intencionales es una racionalidad instrumental mínima, lo que implica que cuando hacemos una acción intencional consideramos que tenemos una buena razón (instrumental) para hacerla. Llamaré a esta conexión entre acción intencional y racionalidad Principio de Racionalidad Mínima.” (Lagier, 2004: 48)

Regra geral, atribuir uma intenção implica fazer o seguinte raciocínio:

1. O agente realiza a acção que entende ser mais adequada ao fim pretendido, nos termos do Princípio da Racionalidade Mínima;
2. A (agente) julgou ser a acção X mais adequada para o fim Z, nas circunstâncias Y.
3. A quis X naquelas circunstâncias.
4. A quis X intencionalmente.
5. A quis X com a intenção conseguir Z.

---

<sup>229</sup> O conceito racionalidade pode ter três acepções: *racionalidade perfeita* (age-se de acordo com razões objectivamente boas para qualquer indivíduo), *racionalidade imperfeita* (age de acordo com razões que lhe parecem – ao agente especificamente e a outra pessoa como ele – boas, mas não a todos os indivíduos) e *racionalidade mínima* (quando o agente acreditou naquele momento que eram boas razões para agir, mas objectivamente não o eram. Nem sequer eram condições em que o próprio assentasse a sua vontade de agir em circunstâncias normais. Ou seja, nem para si mesmo eram boas razões em condições normais. Mas, ainda assim há alguma coerência naquela acção, na medida em que esta esteve em consonância com aquelas razões que acreditava serem adequadas).

A premissa 4 traduz uma presunção de racionalidade. E, se nesse raciocínio o julgador encontrar um propósito que dê sentido à acção do agente, por forma a parecer minimamente racional, a presunção de intencionalidade é confirmada.

Todavia, nem sempre a conclusão a que se chegou é verdadeira. Será razoável, mas não necessariamente verdadeira. Motivo pelo qual o julgador terá que lançar mão de outros requisitos:

1. Comparar a conclusão obtida com outras alternativas que também possam explicar a acção do agente;
2. Verificar se existem outras razões que possam confirmar aquela conclusão (nomeadamente através de uma adequação instrumental da acção)<sup>230</sup>;
3. Analisar a lógica da intenção, que decorre do Princípio da Racionalidade Mínima, e que terá em conta:
  - a. O princípio da não contradição das intenções (i.e., se o agente quer *X* e acção *Z* é incompatível com a *X*)
  - b. O princípio da transmissão da intenção às consequências necessárias ou previsíveis (se o agente acredita que da acção *X* decorre necessariamente, porque se lhe segue, *Y*, não pode ter intenção de *X* e não a ter de *Y*)
  - c. O princípio da transmissão da intenção aos requisitos causais ou convencionais (se o agente tem intenção de fazer *X* e acredita que *Z* é o único meio para conseguir *X*, então tem também a intenção de fazer *Z*)
4. Levar em conta as convicções do agente, no sentido de uma compreensão integral dos comportamentos do agente, de forma a perceber as suas crenças, como um todo.<sup>231</sup>

---

<sup>230</sup> V.g. conduta anterior do agente; mau relacionamento com a vítima, etc.

<sup>231</sup> Alguns filósofos (v.g. DONALD DAVIDSON) têm-se referido a um *holismo do mental*, que “é a tese segundo a qual o conteúdo de uma crença e, em geral, de qualquer atitude proposicional depende do lugar que ela ocupa num determinado sistema de atitudes. Atribuímos crenças, desejos, intenções e expectativas a pessoas ou agentes como modo de interpretarmos e explicarmos os movimentos que executam e os sons que proferem em diversas circunstâncias. Mas a relação entre as atitudes atribuídas e os comportamentos que com elas pretendemos explicar não é simples nem imediata. A observação de um comportamento específico num certo contexto não é nunca razão suficiente para a atribuição justificada de uma atitude particular. O leque de atribuições possíveis é muito alargado. A medida que as observações se acumulam, o leque vai-se estreitando, mas é importante perceber porquê. Isso acontece devido à influência das ligações que cada atitude tem com outras atitudes do mesmo agente. Para ser inteligível, a atribuição de

5. Ter em atenção as regras da experiência, nomeadamente:
  - a. Se A (agente) é imputável, deverá à partida, ter determinados conhecimentos que só se padecer de alguma doença psíquica não os terá;
  - b. Se A (agente) é uma pessoa “normalmente socializada” (Lagier, 2004: 49) deverá ter conhecimentos cuja ausência só se pode verificar em quem não tenha contacto com a civilização;
  - c. Se A (agente) tem certas características pessoais (v.g. posição social), poder-lhe-ão ser imputados conhecimentos que não poderão sê-lo a quem não possua tais características.
6. Considerar que as emoções também fazem parte da racionalidade, já que uma conduta causada por uma emoção não é completamente arbitrária ou cega.<sup>232</sup> (Na verdade, as emoções têm também papel importante na análise da racionalidade mínima).

Pese embora a discussão doutrinal acerca do dolo remonte ao século XIX e se tenha difundido a ideia de que o dolo é conhecimento e vontade, como referimos supra, defende RAMÓN RAGUÈS I VALLÉS que tal ideia tem sido abandonada não só pela doutrina mais recente como pelos tribunais, "hasta el punto de poderse afirmar que, hoy en día, el dolo se concibe (de forma explícita o implícita) sólo como conciencia de la realización de un comportamiento típico objetivo. Por expresarlo de forma simple pero contundente, el dolo ya no es conocimiento y voluntad, sino únicamente conocimiento." (Ragués iVallès, 2004: 13)

Os defensores da teoria do conhecimento ou da representação entendem que para se poder dizer que o agente agiu dolosamente basta a concorrência, na sua conduta dos elementos do tipo objectivo.

Nos delitos de resultado basta que o agente tenha actuado com conhecimento do risco concreto da produção do resultado. Nos delitos de mera actividade é suficiente que o

---

uma atitude tem, não só de ser adequada ao comportamento observado do agente, mas também de ser coerente com o conjunto de outras atitudes entretanto já atribuídas". (Santos, 2005: 85)

<sup>232</sup> Daí que LAGIER defenda que o estudo da teoria da acção, e fundamentalmente da acção intencional, deve incluir uma análise de emoções.

autor saiba que na sua actividade concorrem aqueles elementos que integram o tipo objectivo penal.

Distinta da teoria da vontade, esta perspectiva teórica apresenta um problema ao tentar determinar-se que tipo e grau de representações são necessárias para afirmar o nível de conhecimentos que exige uma representação dolosa.

Por isso, a definição do dolo como conhecimento da realização típica se tem vindo a impor no Direito Penal.

Uma teoria completa do dolo implica a necessidade de saber como constatar no processo qual era o conhecimento do agente no momento em que delinuiu.

O conhecimento alheio é algo que está além da percepção sensorial, e portanto os meios de prova tradicionais não permitem tal acesso. E, ainda que se recorra a métodos indiciários, que é o mais frequente actualmente, só se prova determinado facto quando, após a valoração, se provocou no julgador a íntima convicção de que aquele facto ocorreu efectivamente.

No entanto, e aqui radica a crítica de RAGUÈS I VALLÉS, a íntima convicção como objectivo da actividade probatória suscita um grave problema teórico, que se traduz na variabilidade das convicções pessoais. Ora, se se acolher como critério decisivo de uma correcta valoração da prova a convicção do juiz, faz-se depender a solução do caso de algo subjectivo e mutável. E tal significa que se aceita que dois casos idênticos possam ter decisões distintas, em função de quem os julgue, e que, ainda assim, tal deva considerar-se correcto.

E, não obstante esta situação acontecer na prática, a dogmática jurídica só tem razão de ser quando dois casos idênticos tiverem apenas uma solução correcta.

Destarte, nem toda a convicção do julgador deve ser aceite como válida, mas apenas aquela que coincida com uma solução correcta.

Um dos critérios para decidir em que casos é correcta uma convicção judicial é a “teoria dos níveis de valoração da prova”, segundo a qual não se aceita a convicção cujo conteúdo contenda com conhecimentos científicos e/ou regras da lógica e da experiência. Todavia esta teoria dá apenas uma resposta parcial ao problema.

É necessário construir uma tese que das convicções que pareçam sustentáveis (por não contrariarem aquelas regras), permita escolher uma como a correcta, argumenta aquele Professor.

Para determinar tal critério torna-se necessário analisar as regras de experiência, nomeadamente as «regras de experiência sobre o conhecimento alheio», que, perante

determinados elementos externos concorrentes, vão permitir determinar o que é que o agente representou no momento em que praticou determinada conduta. E isso passa por ver casuisticamente qual é a solução que tais regras impõem como sendo a correcta.

A ser assim, o parâmetro para definir se certa regra de experiência é ou não correcta será a existência de um "amplo consenso social em torno de su vigência" (Ragués i Valles, 2004:20) e só poderá ser desta forma devido à função social que o Direito Penal desempenha, na medida em que se legitima se a mensagem que transmite for aceitável e compreensível sob o ponto de vista dos cidadãos.

Só quando o julgador verificar a existência de interacção com uma dessas regras de experiência cuja vigência seja indiscutível, nos termos da qual um indivíduo forçosamente tenha conhecimento de determinados factos, pode imputar tais conhecimentos de forma correcta ao arguido.

A convicção judicial que se afaste deste critério será arbitrária e inconstitucional.

Com base nesta perspectiva, o autor conclui que até para escolher os meios de prova dentre os admissíveis o julgador eleja aqueles cuja certeza de resultados confira maior confiança social.

Das propostas de RAGUÈS I VALLÉS consta ainda que, do ponto de vista substantivo, em vez do tradicional homem médio diligente, se analise a actuação do agente do crime mediante uma contextualização do homem médio, naquele cenário concreto, com as características pessoais, sem, porém, ter em conta caracteres da sua individualidade (doenças psíquicas, alcoolémia, etc).

Pensemos no exemplo concreto de A, que obcecado por B, provoca a morte deste através de uma placa de ferro, na cabeça.

Os psiquiatras poderão argumentar que o grau de obsessão era de tal forma que o impedia de ter consciência dos seus actos.

A regra social que tem aqui relevância é que quem desfere golpes com uma placa de ferro na cabeça de outrem sabe que pode provocar a sua morte.

O que o autor conclui perante tal situação é algo inovador: a situação pessoal do arguido deverá ser tida em conta não aquando da análise do dolo mas da culpa.

RAGUÈS I VALLÉS entende que, perante todas as vicissitudes, é de assumir o risco de que aquilo que o julgador cria acerca do conhecimento do agente possa não coincidir com aquilo que efectivamente ele realizou no momento da prática dos factos.

Risco esse que deve tentar ser reduzido a mínimos que o permitam legitimar, procurando critérios racionais e uniformes que permitam transmitir a ideia de que as decisões não dependem de um acto puramente emocional do julgador.

De acordo com o que se disse supra nos crimes de resultado, em que a teoria tradicional defendia ser necessária a representação do risco concreto de produção do resultado típico criado com a actuação do agente, a solução deverá procurar-se em critérios racionais e válidos que são também conferidos pelas regras sociais de experiência que orientam a atribuição do conhecimento alheio.

Aí se distinguem as condutas especialmente aptas para provocar determinado resultado e as condutas neutras. Estas consubstanciam-se naqueles comportamentos que, pese embora permitam provocar um resultado, não lhe estão necessariamente ligadas.

Este deve ser o critério a adoptar.

Quando o agir do autor se traduziu numa conduta especialmente apta a produzir o resultado danoso será inegável que conhecia o risco concreto e, portanto, ser-lhe-á imputado o resultado a título de dolo. Se se traduziu numa conduta neutra o resultado será imputável a título de negligência.

A solução proposta pelo autor em análise permite também determinar indícios objectivos que o julgador deve ter em conta e que são reduzidos substancialmente relativamente aquelas que permitem uma valoração de todos os indícios. Isto porque entende que indícios como a personalidade do agente, o seu arrependimento, ou não, posterior à conduta e a existência de motivos anteriores, não deverão ser tidos em conta na valoração.

Um argumento em jeito de conclusão de apresentação da proposta, que o autor rotula como grande avanço relativamente às teorias tradicionais, é que a adoptar-se a solução por si proposta se verificará uma maior previsibilidade na resolução dos casos.

Na jurisprudência portuguesa e a propósito da aferição da prova do dolo, salienta-se os arestos do TRP, de 19/10/2005<sup>233</sup> e o do STJ de 23/09/2010<sup>234</sup> (no qual pode ler-se: “A intenção de matar – como a disposição ou o estado de ânimo do agente –, é um facto do foro psicológico, só a ele se chegará através de manifestações exteriores concludentes” e “A culpa, essa, deverá ser aferida, nomeadamente, com atenção ao facto de o arguido ter actuado com dolo eventual.”), 20/10/2010<sup>235</sup>, 26/10/2011<sup>236</sup> e 09/07/2014<sup>237</sup>.

E mais uma vez o Acórdão do STJ de 20/04/2006, no qual, tendo em conta o circunstancialismo – os indícios (v.g. vestígios hemáticos humanos no chão e paredes, balde, esfregona, na arca frigorífica e numa sapatilha; a limpeza do chão e das duas paredes que contrastava fortemente com a sujidade no resto da casa, que consubstancia o desejo de eliminar tais indícios) – aliado às circunstâncias previstas nos exemplos-padrão, se declarou a especial censurabilidade, a culpa acrescida e motivo fútil ou torpe que levou ao homicídio. E também aí se conclui pela existência e grande intensidade do dolo.<sup>238</sup>

### 7.1.2 **A prova indirecta na nova criminalidade**

Todo o discurso relativo à prova indirecta nos conduz ao tema da valoração da prova na nova criminalidade, precisamente porque é, maioritariamente, através dela que o julgador consegue estabelecer as ligações que lhe permitem conduzir à condenação ou absolvição nos crimes com que hodiernamente se depara.

O surgimento de novos tipos de ilícito é claro e traduz-se em crimes digitais (v.g. furto de identidade digital, burla informática)<sup>239</sup>, pedofilia em larga escala e em rede,

---

<sup>233</sup> Processo n.º 0541390, relator Pinto Monteiro.

<sup>234</sup> Processo n.º 427/08.0TBSTB.E1.S2, relator Souto de Moura.

<sup>235</sup> Processo n.º 3554/02.3TDLSB.S2, relator Santos Cabral.

<sup>236</sup> Processo n.º 19/05.5JELSB.S1, relator Santos Cabral.

<sup>237</sup> Supra identificado.

<sup>238</sup> Não só da arguida, progenitora da vítima, mas também do co-arguido, quanto às ofensas à integridade física e de uma negligência grosseira quanto à produção do resultado "morte".

<sup>239</sup> Sobre o furto de identidade digital, MANUEL DAVID MASSENO explica-o como a obtenção (*identity theft* em sentido estrito), detenção, transferência e utilização (*identity abuse*) de dados pessoais de

facilitação do tráfico de armas, de estupefacientes, de pessoas, pirataria informática, lavagem de dinheiro, corrupção activa e passiva, crimes tributários, branqueamento de capitais, terrorismo, enfim, toda uma panóplia de novos crimes que afectam esferas da vida nunca antes pensadas.

Um dos traços distintivos da nova criminalidade relativamente à criminalidade tradicional é o facto de nesta haver um vínculo entre o agente do crime e a vítima, sendo esta vítima identificável, enquanto naquela, a nova, a maior parte das vezes as vítimas são difusas, havendo frequentemente um distanciamento entre o autor e a vítima, pois nem sempre estão no mesmo local ou sequer no mesmo país.

A nova criminalidade está ligada a uma nova categoria de bens jurídicos protegidos, o que é um reflexo da evolução socio-jurídica da criminalidade. Ao lado dos clássicos, surgiram novos bens jurídicos, colectivos ou supraindividuais.

Enquanto a criminalidade tradicional ou de massas é consequência da desigualdade social do próprio estado, a nova é transnacional, de grande mobilidade, sofisticada e tem origem nas transformações tecnológicas e económicas.

A globalização tem um efeito paradoxal, na medida em que, se por um lado apresenta inúmeros benefícios, nomeadamente económica e culturalmente, por outro, e especificamente no que se prende com a segurança das pessoas, tem um impacto altamente negativo. Os ataques aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos são frequentes e o crime organizado facilita-se com a existência das novas formas de tecnologia, como seja a internet da qual já ninguém prescinde.

O crime deixou de ser local, nacional, e passou a ser transfronteiriço, transnacional. Os criminosos estão hoje muito bem equipados tecnologicamente e organizados, mais até

---

alguém, de forma ilícita. Dados esses que permitem caracterizar “uma persona electrónica no contexto da Sociedade em Rede” (Masseno, 2015). Este crime tem como prioridade o sistema financeiro, pelo que a U.E., perseguindo o objectivo do combate à fraude e ao terrorismo, criou alguns instrumentos legislativos, nomeadamente Comunicações da Comissão, Decisões-quadro do Conselho e Directivas do Parlamento, que visam prevenir o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo, garantir a segurança nas transacções electrónicas (nomeadamente a protecção dos consumidores no comércio electrónico, defendendo-os de práticas enganosas e fraudulentas e evitar o furto de identidade em linha). E, especificamente em matéria penal, a Convenção de Budapeste de 21/11/2001 (Conselho da Europa), que criminaliza o acesso ilícito aos dados sem autorização do titular, a interceptação ilícita, a falsificação informática (artº 3 e 7), igualmente criminalizada pela Directiva 2013/40/EU (artº 7), e a burla informática.

que os próprios estados que tentam combatê-los, contando inclusive, em alguns casos, com a complacência (senão cumplicidade) de alguns órgãos governamentais, o que dificulta grandemente o combate a este novo fenómeno.

Observa FARIA COSTA que se todo o comportamento, individual e colectivo, está determinado pelo fenómeno globalização, então os comportamentos criminais não podem deixar de ser determinados por tal fenómeno. (Costa, 2001)

De facto, importa compreender que o intenso movimento de capitais e os circuitos financeiros, o desenvolvimento das telecomunicações e da informática desenvolvem novos controlos de riqueza, e até um novo comércio jurídico, que implicam alterações dogmáticas de alguns ramos do direito.

Pretende-se a obtenção do máximo lucro no mínimo tempo. E esta avidez é transversal a todas as categorias sociais e económicas. A abertura dos novos mercados tem proporcionado o aumento da criminalidade organizada.

Hoje em dia é fácil encontrar-se organizações criminosas, que se dediquem ao tráfico de armas, pessoas ou droga (ou todos eles) que branqueiam capitais através de contas offshore, ligadas a organizações não-governamentais ou empresas licitamente constituídas e a laborar legalmente, como forma de encobrir os lucros provenientes daquelas actividades.

Basta atentar na avaliação dos resultados operacionais no sistema de segurança interna, para constatar os fenómenos que configuram potenciais ou reais ameaças para verificarmos e concluirmos, mais uma vez, que a criminalidade, efectivamente, mudou.<sup>240</sup>

Se esta «nova ordem mundial» tem, inclusive, suscitado uma reflexão doutrinária da dogmática jurídico-penal<sup>241</sup>, a ela não pode ficar indiferente a magistratura.

---

<sup>240</sup> No Relatório Anual de Segurança Interna de 2013, constam referências expressas ao fenómeno terrorista, à radicalização e adesão a movimentos extremistas (nomeadamente de matriz islamista, que, em 2014 e 2015 tem tido aumento crescente e generalizado nos demais países da Europa), a actividades desenvolvidas na contraespionagem, da contraproliferação, contrassubversão e da contracriminalidade organizada. Ao nível da criminalidade organizada, o trabalho de detecção e caracterização das actividades das estruturas de crime organizado manteve-se prioritário.

<sup>241</sup> Veja-se a título de exemplo de novas concepções jurídico-penais, o Direito Penal do Inimigo, de GUNTHER JAKOBS, cuja pretensão é, mediante uma prevenção especial negativa, eliminar o inimigo, afastando-o da sociedade. Para o autor, o D.P.I. é aquilo «que tem que se fazer contra o inimigo se não quisermos sucumbir». Em alguns países podemos ver alguns laivos desta concepção: Guantanamo (USA) e Abu Graihb (Iraqe) são exemplos paradigmáticos. Mas não são os únicos. Por consubstanciar um ataque

É nesta realidade que o juiz se insere e tem necessariamente que saber raciocinar, interpretar e decidir, sempre tendo por base os princípios fundamentais de direito, mas adaptando-se às novas realidades, pois caso não o faça tornar-se-á obsoleto e ultrapassado, não sabendo dar resposta às situações com que se depara o que o impede de decidir de forma justa, instalando-se um maior sentimento de insegurança e impunidade inaceitável num Estado de Direito democrático.

A repressão da nova criminalidade impõe, assim, um novo olhar, mais audaz e consciencioso das alterações da vida que a todo o momento se verificam naquela que ULRICH BECK chamou *sociedade de risco*.<sup>242</sup>

Tal realidade implicará, porventura, uma distinta e nova noção de culpa jurídico-penal, ainda que dentro das barreiras do Estado de Direito.

“É que estamos perante modalidades de condutas criminosas, que pelos instrumentos utilizados e pela dimensão internacional nos levam a colocar a questão da necessidade de um direito penal preventivo, capaz de uma intervenção mais eficaz, sem nunca beliscar as garantias essenciais do processo criminal democrático. (Morgado, 2003: 10)

---

inaceitável aos direitos fundamentais, esta teoria encontra opositores veementes, entre eles ZAFFARONNI e ROXIN.

<sup>242</sup> Num contexto similar insere-se a discussão acerca do Direito Penal do Risco, suscitada pelo sociólogo e tratada pela 1ª vez em 1993 por PRITTWITZ (em *Strafrecht und Risiko*), na qual se tenta aferir até que ponto o Direito Penal, com as suas ferramentas tradicionais, consegue fazer frente aos riscos de vida modernos.

ROXIN defende que mesmo na luta contra o risco através do Direito Penal a referência ao bem jurídico tem que ser preservada, bem como os demais princípios próprios do Estado de Direito, destarte, “só há espaço para a intervenção do direito penal ali onde as decisões sobre risco podem imputar-se subjectivamente de modo justo” (ROXIN, Claus, Derecho Penal, parte general, Colóquio Internacional Direito E Justiça no Século XXI, Coimbra, 2003).

Esta nova criminalidade mostra-nos a mutabilidade do conceito de bem jurídico, já que “não se trata apenas de proteger o património mas os valores da vida em comum e da paz social. Esta problemática resulta destas formas especiais do crime e da necessidade daí decorrente de uma incriminação cada vez mais ampla e menos vinculada, e de uma tutela de bens jurídicos cada vez mais inapreensíveis.” (Morgado, 2003: 10)

[A Ilustre Procuradora refere um caso que se tornou case study, cuja acusação incluía os crimes de burla informática, associação criminosa e branqueamento de capitais, como realidade paradigmática de criminalidade global e de caso extremo de insegurança local (na residência), no qual uma empresa licenciada e credenciada pelo Instituto de Telecomunicações de Portugal como prestadora de serviços de audiotexto, que tinha contrato com a PT, criava um engano nos utentes da internet, com o objectivo de incrementar o tráfego de telecomunicações e o consequente enriquecimento ilegítimo de quantias elevadíssimas, mediante a utilização de um programa informático malicioso (Dieler). Este programa transferia as ligações de quem acedia através de chamadas de valor acrescentado, ligadas a chamadas eróticas, sendo que os conteúdos de cariz erótico e/ou sexual eram prestados por mulheres de países de leste em condições de exploração ilegal.]

Nesta perspectiva, os desafios do Direito e Processo Penal do século XXI, defende MARIA JOSÉ MORGADO, traduzir-se-ão fundamentalmente num reforço do Direito Penal e do Direito Processual Penal de intervenção, salvaguardando-se o princípio da culpa; o reforço do Direito Penal do Risco, capaz de maior eficácia na protecção dos interesses individuais e colectivos, salvaguardando-se as garantias próprias do processo penal de um Estado de Direito democrático; a prossecução de um Direito Penal com capacidade de dar resposta aos riscos hodiernos e às novas formas de criminalidade, sem, todavia, deixar de ser humano e justo.

Considerando a alta tecnologia utilizada nesta nova expressão de criminalidade, grande parte da prova a valorar provém de novos meios de prova, que se têm vindo a desenvolver.

Entre os mais utilizados, porque mais eficazes, para dismantelar a nova criminalidade estão as escutas telefónicas, as conversações por correio electrónico, em suporte digital ou não, possibilidades que a lei prevê nos artº 187º a 189º e 269º n.º 1 d) e e) todos do CPP.

Todavia, se por um lado estes novos meios constituem uma poderosa forma de chegar à nova criminalidade, verdade é, também, que se trata de uma ameaça à intimidade e vida privada dos cidadãos, motivo pelo qual têm suscitado, quer na doutrina, quer na jurisprudência, alguma celeuma.

Verificamos que a possibilidade de utilização destes meios alargou o catálogo de crimes, a fim de o combater nas formas mais graves e complexas.

Mas vemos também o cuidado com que foi tratada a questão pelo legislador quando estabelece, v.g., no n.º 7 e 8 do artº 187º CPP, além dos requisitos para a validade das provas obtidas, quando se refere à possibilidade de utilizar determinadas informações conseguidas através das escutas, noutros processos que não aquele ao abrigo de qual foram permitidas.

Falamos da valoração dos conhecimentos fortuitos ou casuais<sup>243</sup>, obtidos lateralmente e que não têm relação com o processo a decorrer.

Admite-se o seu valor probatório, desde que se reportem a crime referido no artº 187º CPP e, sublinham COSTA ANDRADE (Andrade, 2006) e QUIRINO SOARES, se na interceptação e gravação, tiver sido respeitado o âmbito objectivo e subjectivo das escutas e tal utilização se revelar indispensável à prova do crime fortuitamente conhecido.

Assim, e nos termos legais, terão de emanar das pessoas a que se refere o n.º 4 do 187º CPP (arguido, suspeito, intermediário, vítima de crime) e estar relacionados com algum dos crimes de catálogo previsto nos n.ºs 1 e 2 do mesmo preceito, e, naturalmente, obedecerem ao pressuposto formal da autorização do JIC .<sup>244</sup>

Da mesma opinião partilha SOUSA MENDES: só poderão ser valorados “se couberem na classe dos crimes do catálogo (art.º 187º n.º7)” (Mendes, 2014: 184)

A valoração destes elementos apresenta grande melindre, na medida em que se encontram implicados o direito à palavra, à intimidade da vida privada e ao sigilo das comunicações, direitos constitucionalmente previstos.

Na criminalidade informática – na qual se distingue a manipulação informática (modificação de dados), espionagem informática (furto de dados, ou seja acesso a dados armazenados e, eventualmente, a sua utilização contra a vontade do titular) e sabotagem informática (corrupção, destruição ou danificação de sistemas de dados) – a forma de execução dos crimes pode assumir procedimentos muito variados e a prova estar armazenada nos mais variados e dissimuláveis meios de suporte de informação: CD, DVD, Pen, etc.

---

<sup>243</sup> Conhecimentos fortuitos são os conhecimentos que se obtêm acerca da prática de um crime que até então não era objecto de investigação. Podem resultar não só de escutas telefónicas, mas também da apreensão de correspondência. Ou ainda de apreensões e de acções encobertas, admissíveis, estas, na repressão de determinados crimes, previstas na Lei 101/2001 de 25 de Agosto. A lei rejeita a figura do agente provocador, mas admite o infiltrado e o encoberto, como vimos.

<sup>244</sup> Se tal não se verificar o conhecimento poderá apenas relevar como notícia do crime.

Essa prova é facilmente susceptível de erros e falhas. E mesmo quando se consegue detectar esses erros, muitas vezes não se consegue distinguir se tal se deu por acção humana ou por erro do próprio equipamento ou programa.<sup>245</sup>

É, como vemos, uma prova pouco segura, que, se apresenta dificuldades técnicas, não menos dificuldades apresenta (alertados que estamos para a sua pouca fiabilidade) quando se trata de a valorar.

É certo que o Decreto-Lei 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado pelo Decreto-Lei 62/2003, de 3 de Abril, regula a validade, eficácia e valor probatório dos documentos electrónicos, e, bem assim a assinatura electrónica, todavia, as dúvidas sobre a autoria e genuinidade dos documentos digitais prendem-se com dificuldades técnicas inultrapassáveis, que saem do âmbito do texto legal.<sup>246</sup>

De notar que as Leis nº 32/2008, de 17-07 e 109/2009, de 15-09 (Lei do Cibercrime) revogaram a extensão do regime das escutas telefónicas, previsto nos artigos 187º a 190º do Código de Processo Penal, às áreas das “telecomunicações electrónicas”, “crimes informáticos” e “recolha de prova electrónica”, já que, refere o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 06/01/2015,<sup>247</sup> “a pretensão do legislador (quer o nacional quer o da Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime) é a de alargar o âmbito da aplicação da lei até onde haja necessidade de fazer prova com o conteúdo existente em qualquer “sistema informático”.”

---

<sup>245</sup> Acresce ainda que como a prova digital não é susceptível de apreensão material, já que, como escreve BRENO LESSA “um documento electrónico (textos, imagens, sons) nada mais é que uma sequência de números binários (isto é, zero ou um) que, reconhecidos e traduzidos pelo computador, representam uma informação (...) e tem a sua forma original em bits, ou seja, não é impresso ou assinado em papel: sua circulação e verificação de autenticidade se dão em sua forma original, eletrônica”, além de implicar, muitas vezes, conhecimentos e tecnologia de ponta, conforme bem recorda RENATO MILITÃO (Militão, 2012), mas apresenta as dificuldades de uma prova, nas palavras de B. SILVA RODRIGUES, “fragmentária, dispersa, frágil, volátil, alterável, instável, apagável e manipulável, invisível e espacialmente dispersa.” (Rodrigues B. d., 2011)

<sup>246</sup> Também neste tipo de prova – e porque muitas vezes se obtém a partir de sistemas informáticos de terceiros, nomeadamente das operadoras de telecomunicações (algumas delas à escala global, como a Google ou a Microsoft) – se coloca em causa relevantes valores sociais e subjectivos, não só os as suas obrigações contratuais, mas também, v.g., o dever de sigilo.

<sup>247</sup> Processo número 6793/11.2TDLSE-A.E1, relator João Gomes de Sousa.

Assim, e não obstante as dificuldades da prova digital, a sua importância tem vindo a crescer no sentido de se facilitar a prova dos factos em julgamento<sup>248</sup>, exigindo-se, todavia, particular cautela na apreciação deste tipo de prova, dada a sua fragilidade.

Um tipo de crime que teve nova abordagem com a alteração do CP em 1995, foi o crime de corrupção.

Mais ou menos sofisticada, consoante os tipos em causa, a corrupção (activa e passiva) é hoje muito frequente e de muito difícil prova, tendo, normalmente que se lançar mão da prova indiciária, mas, ainda assim, uma tarefa árdua.

MAFALDA MATOS distingue, em Portugal, 4 formas de corrupção.

A corrupção *sistemática* ou *fragmentada* consiste numa corrupção directa, não premeditada, sendo exemplo paradigmático o suborno a agentes da brigada de trânsito.

A corrupção *estrutural* ou *cultural*, socialmente aceite, que se traduz no recurso a conhecimentos para intercederem em favor próprio (ou de alguém próximo).<sup>249</sup>

A corrupção *sistemática* ou *política*, que “se caracteriza por modelos de troca bastante sofisticados que envolvem não apenas os actores directos da transacção mas também uma série de mediadores e actores periféricos à troca cujas únicas funções são as de camuflar, branquear ou assegurar a credibilidade dos actores perante a ameaça de riscos externos.” (Matos, 2013: 34)

E, finalmente, a corrupção *meta-sistemática* ou de *colarinho branco*, que, nas palavras de MARIA JOSÉ MORGADO e JOSÉ VEGAR é um “fenómeno sofisticado, invisível, diluído no sistema político e administrativo, em todas as modalidades de crime económico.” (Matos, 2013: 35)

Neste específico tipo de crime, dependendo das “modalidades”, além da prova indiciária, tem cabimento, boa parte das vezes, as declarações de co-arguido e o direito premial, e a prova conseguida pelo agente encoberto, com o valor probatório a que fizemos referência.

---

<sup>248</sup> Os meios de obtenção da prova digital, ainda que com as necessárias adaptações, são os tradicionais: exames, revistas, buscas, apreensões ou interceptação de comunicações, previstas no CPP.

<sup>249</sup> A autora refere-a pelo nome corrente: “cunha”.

## 8 O convencimento e o acto de julgar

Analisámos o que significa valorar, em que consiste a actividade do julgador perante a prova, mas há algo que ainda não foi cabalmente tratado e a isso nos propomos neste capítulo: o convencimento do julgador – o que o condiciona?

De forma unânime podemos afirmar que o que condiciona o convencimento do julgador são os factos carreados nos autos. E, já não unanimemente, diremos que o são também outros elementos extra-processuais.

A escolha por um de dois princípios que interessa aqui referir, manifesta a opção legislativa acerca da estrutura processual, conferindo o critério orientador sobre as fontes do convencimento. São eles: o princípio *iudex iudicare secundum allegata et probata* e o princípio *iudex debet iudicare secundum conscientiam*.

O primeiro determina que está vedada ao juiz a utilização de prova ou invocação de facto que não tenha sido produzido em juízo. O segundo, ao invés, demonstra uma actividade probatória desenvolvida pelo julgador.

O princípio *iudex iudicare secundum allegata et probata* não é compatível com o processo penal dos Estados de Direito Democráticos, na medida em que consubstancia um limite inaceitável ao poder-dever de investigação autónoma da verdade material pelo julgador.

Por sua vez, o princípio *iudex debet iudicare secundum conscientiam*, em sentido puro, implicaria que o próprio processo penal fosse insustentável por ser a actividade do juiz completamente arbitrária, obedecendo apenas à sua vontade, como, aliás, já tivemos oportunidade de ver aquando da análise dos sistemas de avaliação da prova. Daí que este princípio tenha sofrido alterações, por forma a compatibilizar-se com o actual conceito de processo penal das sociedades atuais, por forma a que a convicção do julgador seja decorrente da sua consciência, tendo, todavia, em conta o resultado do que se demonstrou no decurso do processo. (Neves, 2011) (Cagliari, 2001)

No seguimento desta concepção, poder-se-á afirmar que se os factos em que o julgador funda a sua convicção forem factos extra-processuais, que emanem exclusivamente da sua ciência privada, sem constarem do processo, sem conhecimento das partes e sem sobre eles ter havido contraditório, eles serão absolutamente vedados aquando da avaliação da prova.

Outra fonte de convencimento provém, como vimos, das regras da experiência, e que se reconduzem a dois grupos: regras facilmente apreensíveis para o homem de cultura média e regras de carácter técnico que transcendem aquele conhecimento e para as quais o juiz se socorre de técnicos especializados.

A forma de encarar as decisões judiciais foi também afectada pela alteração da tradição ocidental moderna, em que só o conhecimento científico era apto a expressar a verdade das coisas, para a concepção de física quântica do século XX, que implica a ideia de descontinuidade e que foi lançada sobre todas as áreas do saber, alterando a visão do mundo, não tendo o Direito ficado a ela alheio. (Pozzebon f. D., 2006)

A decisão judicial não é fruto da razão ou da subjectividade, mas da razão e da subjectividade. O juiz não é parcial ou imparcial, mas parcial e imparcial, simultaneamente. E é assim porque é humano.

A razão e as emoções misturam-se. Além disso, a complexidade que nos cerca não permite respostas prontas e acabadas, pelo que o juiz tem de saber que ao decidir não é neutro nem puramente racional, na medida em que terá que fazer uso dos seus sentimentos, da sua emoção e razão, da sua pré-compreensão das coisas. E não poderá ser de outro modo, já que julgar é um acto humano, e só “o humano percebe o humano”. (Vargas, 2013: 2)

A este propósito, na obra *O Erro de Descartes*, ANTÓNIO DAMÁSIO conclui que perder a capacidade de usar a emoção implica uma perda semelhante na capacidade de usar o raciocínio, e, portanto, de serem tomadas decisões eficazes. Ou, de outra forma, e de acordo com PRADO, “a inexistência de sentimento pode comprometer a racionalidade.” (Prado, 2007: 46)

É, pois, necessário levar em consideração estes dois aspectos quando analisamos o complexo tema das decisões judiciais.

É inegável que existe uma carga de subjectividade inerente a cada indivíduo quando julga, quando emite um juízo de valor. Ora, a decisão proferida pelo juiz também não foge a essa regra. Daí que se tenha vindo a notar uma valorização da emoção, sem desconsiderar a racionalidade, no acto de julgar e decidir.

DAMÁSIO alerta: temos de fugir da ideia falsa de que os sistemas racionais são sempre bons e que os sistemas emocionais são sempre maus. De facto, quando perdemos completamente a emoção tomamos decisões piores. Ambas, emoção e razão, têm coisas boas e menos boas. Nós somos uma mistura de sistemas. (Damásio, 2013)

Parece-nos, pelo exposto, não haver dúvida em considerar que razão e emoção são indissociáveis do acto de julgar.

Aliás, “admitir a emoção dos juízes na prolação das sentenças não significa propor o drástico abandono da racionalidade no direito, mas a um uso equilibrado dela.” (Oliveira, 2013: 4)

Quando o juiz julga, as suas opções, o seu passado, as suas emoções, são transpostas para a decisão, pois a decisão “é um acto do sentir humano e da sua complexidade enquanto ser humano, sendo que a neutralidade e a racionalidade pura sofre interferência do inconsciente e de diversos outros factores.” (Vargas, 2013: 8)

E é de salientar que é sempre necessário que o juiz decida, já que o *non liquet* não é admissível.

O acto de julgar é, assim, “co-natural à própria concretização da actividade jurisdicional” (Neves, 2011: 127)

Efectivamente, ainda que, por falta de norma jurídica que regule directa e especificamente aquela situação de vida, o julgador tem de apresentar uma solução para o caso submetido a tribunal: mesmo que seja necessário integrar lacunas recorrendo a outras fontes como seja a equidade, exige-se a concreta composição do litígio.

E é nesse “acerto decisório” que se traduz a especificidade do acto de julgar e que culminará com a decisão final, que é um acto jurídico, onde se explicita todo o raciocínio que o conduziu aquela tomada de posição.

A decisão judicial é uma avaliação pessoal, de convencimento próprio, limitado à condição humana e às regras jurídicas estabelecidas. (Giacomolli, 2008)

O resultado da decisão judicial revela o convencimento do juiz. E o livre convencimento não tem a ver, como vimos, com julgamento por convicção íntima, pois só o convencimento lógico e motivado é aceite pelo moderno processo penal.

## 8.1 Motivação, discurso judiciário e fundamentação da sentença

A motivação da sentença tem origem no período iluminista<sup>250</sup>. A retomada dos regimes democráticos tem como característica o fortalecimento do poder judiciário, de tal modo que se pode dizer que “não há Democracia sem juiz”. (Segado, 2004: 67)

Diz-se comumente que a motivação consiste em expressar os motivos ou razões do decidir, o *iter* lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão. Todavia, expressões deste teor não manifestam noções precisas, de modo que alguns autores entendem que o conceito de motivação é uma espécie de «recipiente vazio». Assim o designa, v.g. TARUFFO.

Também CALAMANDREI entende não ser a motivação o resultado lógico-psicológico fiel do processo que conduziu o julgador à decisão.

Quando autores da Escola de Direito Livre começaram a pôr em causa o modelo silogístico do juízo, por lhes parecer excessivamente simplista, ou, mais correctamente, por não traduzir/representar a actividade do juiz, surgiram outros autores, nomeadamente norte-americanos<sup>251</sup> e escandinavos<sup>252</sup> que negavam peremptoriamente que o juízo obedecesse a um procedimento lógico no qual se individualizassem de forma inequívoca as regras que vinculam as premissas e a conclusão e colocavam em primeiro plano «elementos extralógicos» que, a seu ver, tinham papel fundamental na determinação da realidade jurídica e na formação da decisão judicial.

Reconheceu-se, então, que pudessem ser dadas distintas noções de motivação, dependendo da perspectiva sob a qual estivesse a ser estudada, e, mais que isso, que nenhuma aproximação metodológica individualmente considerada seria idónea para se obter uma definição global do fenómeno.

De facto, não há um modelo exaustivo e unitário que permita identificar a estrutura do juízo nem da motivação. Aliás, provavelmente é impossível delinear um esquema homogéneo e unitário do raciocínio do juiz, que permita ilustrar todos os momentos em

---

<sup>250</sup> TARUFFO, em *La motivazione della sentenza civile*, (pág. 305, Edição de 2006) faz referência à influência dos reinados prussianos de Frederico II, de 1748, Frederico o Grande, de 1788, e da península itálica de Piemonte Nápoles e Trento. Neste sentido também GOMES FILHO. (Filho, 2001)

<sup>251</sup> Que tem como expoente máximo JEROME FRANK., com obras relevantes como “Law and the modern mind” (1930), “What Courts do in fact” (1932) e “Courts on Trial” (1949), entre outras.

<sup>252</sup> Com ALF ROSS e OLIVECRONA como seus maiores representantes (Escola de Uppsala), JORGENSE, NAESS e HÄGERSTRÖN.

que se articula aquele raciocínio. Isto di-lo TARUFFO, alicerçando-se em GIOVANNI TARELLO, que evidencia a heterogeneidade das operações nas quais se articula o pensamento e raciocínio do julgador.

TARUFFO acrescenta que o único dado empírico que, na motivação, é possível identificar de forma imediata, é o facto de que “toda la sentencia, y por lo tanto también la motivación, es un “discurso”. (...) Com el término “discurso” se pretende designar a un conjunto de proposiciones vinculadas entre sí e insertadas en un mismo contexto que es identificable de manera autónoma.” (Taruffo, 2006: 17)

Nesta obra<sup>253</sup> o autor desenvolve estas noções, nomeadamente a análise semiológica da motivação, e evidencia caracteres que crê importantes, como o conceito de signo<sup>254</sup> e de indício<sup>255</sup>. Trata, dessa forma, aspectos não jurídicos do fenómeno motivação, especificamente os «elementos metajurídicos» que julga serem necessários para a solução do problema sob a perspectiva jurídica.

Aponta, essencialmente, duas directrizes:

- 1) A motivação como indício, que tem a ver com os juízos de valor que o julgador realiza e com os condicionamentos que enfrenta;
- 2) A motivação como um signo em sentido estrito, que se conxiona com a individualização da estrutura lógica da motivação e da distinção da sua função no contexto da sentença.

Alguns dos pontos mais problemáticos para o estudo da motivação foram evidenciados quando se abandonou a concepção tradicional do *iter* lógico.

A análise da motivação como fonte de indícios respeitantes à decisão e à actividade do juiz, enquanto por um lado recupera a distinção entre razões reais e motivos expressos, por outro muda aquela distinção de plano, já que passa das proposições apriorísticas ao das

---

<sup>253</sup> Citamos a partir da tradução espanhola (título original: *La motivazione della sentenza civile*, Pádua, 1975).

<sup>254</sup> No sentido de sinal linguístico, palavra, série de frases, discurso, que constitui o instrumento material do processo de comunicação, ou, de significação. E por significado deve entender-se o pensamento, o conceito, “la información que se pretende comunicar mediante la expresión linguística que constitui el significante”. (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 23) Signo é, portanto, a união entre significante e significado.

<sup>255</sup> No sentido de mero facto.

hipóteses de trabalho utilizadas numa função heurística, ou seja, no sentido de procura e descoberta.

Além disso, demonstra como não há coincidência entre a estrutura da motivação e a da decisão.

Um outro ponto a ter em conta é o que se relaciona com o papel dos juízos de valor formulados pelo juiz, no âmbito da decisão, assim como as consequências que isso produz na estrutura da motivação.

A utilização da motivação como indício para reconstruir as opções valorativas feitas pelo juiz, conduz a dois objectivos:

Por um lado, a investigação concreta que identifica a existência e as características dessa escolha (opção valorativa) constitui uma confirmação da tese relativa à existência e ao papel dos juízos de valor no contexto da decisão; por outro, recupera-se a relação entre a decisão e a motivação, do específico ponto de vista da opção valorativa.

Esta perspectiva articula-se com duas ideias distintas:

1. A possibilidade da motivação oferecer elementos idóneos para identificar opções valorativas (escolhas) do juiz no momento da decisão;
2. Ainda que recusando a imagem da motivação como mero *iter* lógico seguido pelo julgador, admite-se que os juízos de valor encontrem manifestação no nível expressivo da motivação.

No fundo parece subsistir a aceitação de, ali onde a motivação expressa ou deixa antever um juízo de valor, haja um ponto de contacto ou de aproximação entre a motivação e as razões ideais da decisão.

O problema dos juízos de valor é uma espécie de banco de provas das possíveis teorias da motivação:

- Se se adoptar uma concepção que tenda a fazer coincidir a motivação com a estrutura da decisão, deparar-se-á com o problema da conciliação da existência dos juízos de valor na decisão, com a sua inadequada expressão no contexto da decisão.

- Se se partir da distinção entre motivação e razões reais da decisão, então, é necessário resolver a questão de, e em caso positivo, como, a opção valorativa do juiz pode ou deve encontrar expressão adequada no discurso justificativo que constitui a decisão.

A solução terá a ver com o papel que a motivação pode ter como fenómeno de relevância social, política e jurídica.

Tais linhas de orientação não serão, porém, aqui muito desenvolvidas por eventual proximidade do nosso texto face ao que nos propomos.

Salientamos, todavia, com TARUFFO, que a motivação e a sua estrutura não se confundem com a estrutura da sentença. Ela é um dos requisitos desta, e faz parte de um todo maior, juntamente com a fundamentação, o relatório e o dispositivo.

A motivação é uma actividade de interpretação e aplicação do direito, de valoração da situação de facto e da prova.

A sentença tem por objectivo demonstrar lógica e coerentemente a obra do julgador.

TARUFFO faz também uma distinção entre a lógica do juízo e a lógica da motivação. A lógica será diferente se tiver a ver com o modo como o juiz chega à decisão ou se tiver a ver com a forma como o juiz justifica a decisão a que chegou.

A “lógica do juiz” bifurca-se na lógica do juízo e na lógica da motivação que devem ser analisadas separadamente, ainda que haja correlação entre ambas.

No raciocínio decisório a actividade valorativa do juiz tem um papel decisivo. Desde logo porque interessa saber satisfatoriamente as características, modos e consequências daquela actividade.

Acresce ainda que tal questão tem relevo pelo facto de a presença da actividade axiológica no raciocínio do juiz determinar a crise daquilo a que o autor designa por sofisma logicista, uma vez que implica que deixe de se ver aquele raciocínio como “concatenación puramente lógico-dedutiva.” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 125)

Mas, o que interessa verdadeiramente é saber como e com que finalidade o juiz “cumple valoraciones de carácter axiológico, y de plantear instrumentos de control externos adecuados, sean de tipo jurídico que político-social.” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 126)

Nessa perspectiva é importante a distinção de fundo entre juízo e motivação. No plano do juízo a problemática dos valores divide-se em 3 aspectos, a saber:

1. Escolha do valor como critério-guia da valoração;
2. Valoração como formulação do juízo com base no valor eleito como critério-guia;
3. Colocação do juízo de valor no conjunto do raciocínio decisório

Cada um destes aspectos gera perspectivas diferentes e autónomas, e é nessas que se coloca a questão da racionalidade da actividade do juiz.

Por sua vez, no plano da motivação, o problema não é a racionalidade do juízo mas a sua justificação (justificação da escolha do valor-guia; justificação do juízo de valor e justificação das consequências que o juiz tira do juízo de valor para a decisão que vai tomar).

Cumprе referir algumas das contribuições para a solução das questões em análise, nomeadamente sobre as teorias do juízo e da motivação. De forma tão resumida quanto possível, refira-se:

- a) a Teoria do Silogismo Judicial, sistemático-dedutiva, de matriz juspositivista, para a qual existe uma premissa maior (a da norma a aplicar), uma premissa menor (factos relevantes comprovados) e a conclusão (decisão sobre os factos concretos). Este modelo foi amplamente criticado por CARNELUTTI e por CALOGERO (Calogero, 1937 (re-impressão 1964)) já que se mostra excessivamente sintético face à complexidade do raciocínio do juiz.<sup>256</sup>

É verdade que se utiliza o silogismo na actividade decisória, porém, não é o único instrumento lógico utilizável.

TARUFFO entende que a motivação dedutiva, além de não expressar o *iter* a que recorre o juiz até à decisão, acaba por não expressar sequer o procedimento lógico e valorativo no momento posterior em que racionaliza e fundamenta a decisão, reduzindo a motivação a um mau exercício de lógica formal.

- b) A Teoria Tópica do Raciocínio Jurídico de THEODOR VIEHWEG, segundo a qual a estrutura fundamental do pensamento jurídico é tópica. Esta tese assenta na contraposição entre pensamento sistemático e pensamento problemático.<sup>257</sup>

---

<sup>256</sup> CARNELUTTI, crítico do modelo, exclui a validade do silogismo como instrumento do juízo, reconhecendo, todavia, a sua eficácia como instrumento de controlo da racionalidade daquele juízo.

<sup>257</sup> VIEHWEG defende que jurisprudência tem uma estrutura problemática, cujas linhas coincidem com as do raciocínio tópico.

A crítica apresentada a este modelo é que, apesar de pôr em evidência alguns factores relevantes e que escapam à análise puramente lógico-dedutiva, a argumentação tópica não esgota a estrutura do raciocínio justificativo, sendo apenas um dos módulos argumentativos. Acresce ainda que a oposição entre tópico e sistemático não é rígida.<sup>258</sup>

- c) A Teoria Retórica da Argumentação Jurídica de CHAIM PERELMAN<sup>259</sup>, segundo a qual o raciocínio do juiz tem uma natureza retórico-argumentativa (e não lógico-demonstrativa), fundando-se em tomadas de posição sobre a relação entre a lógica e o direito (resumidamente, que a lógica<sup>260</sup> não é aplicável ao raciocínio jurídico, pelo que não se poderá dizer que este é lógico mas apenas razoável, de acordo com os critérios de persuasão propostos pela teoria da argumentação retórica); distinguindo as características do raciocínio jurídico face ao científico; definindo os critérios para aferição da racionalidade<sup>261</sup> dos juízos de valor, e, ainda, tratando a argumentação como modelo racional típico que exclui a lógica formal ou dedutiva.

Naquela obra pioneira, TARUFFO tratou o fenómeno complexo que é a actividade reflexiva do juiz no que toca quer aos factos quer ao direito e a estrutura da decisão judicial, e, bem assim, a estrutura do raciocínio judicial e da motivação, que aqui interessa tratar.

---

<sup>258</sup> TARUFFO dá a este propósito alguns exemplos de *topoi* de argumentação com a qual é justificada a decisão: a) argumentos tradicionais da lógica jurídica; b) princípios gerais de Direito, máximas jurisprudenciais ou de tendências doutrinárias e critérios de valoração ética, económica e social consolidadas na opinião comum; c) expedientes argumentativos mais estritamente retóricos.

<sup>259</sup> PERELMAN, Foi, provavelmente, o autor que mais contribuiu para a recuperação da tópica e da retórica tradicionais.

<sup>260</sup> Entendendo-a, o autor, como meramente formal, dedutiva e demonstrativa, portanto vendo-a de forma demasiado reducionista e simplista.

<sup>261</sup> O critério de racionalidade que se pode referir ao raciocínio jurídico é o da argumentação retórica, típica do raciocínio dialéctico valorativo, que se traduz na idoneidade para conseguir o assentimento do auditório, um “auditório universal”. O conceito de auditório universal, escrevem PERELMAN e LUCY OLBRECHTS-TYTECA, tem implícita uma ideia de apelo à razão, na medida em que «uma argumentação que se dirige a um auditório universal deve convencer o leitor do carácter constrangedor das razões fornecidas, da sua evidência, da sua validade intemporal e absoluta, independentemente das contingências locais ou históricas» (Olbrechts-Tyteca, 1988: 41)

Conclui o autor que não existe um modelo exaustivo e unitário que identifique a estrutura do juízo ou da motivação, e que, possivelmente até nem será exequível um modelo estruturalmente unitário e homogêneo do raciocínio do juiz.

Ainda que alguns autores defendam que a homogeneidade, a unidade e totalidade são características do raciocínio jurídico, outros, como TARELLO, negam essa ideia, pondo em evidência a heterogeneidade das operações nas quais se articula o pensamento do juiz.

E isso afirma-o, igualmente, TARUFFO, quando diz ser a homogeneidade, na verdade, meramente fictícia, já que nenhum dos modelos propostos logra uma representação cabal quer do raciocínio do juiz quer da sua motivação.

E explica: por um lado, o modelo silogístico apresenta-se unitário e coerente, todavia, essa unidade é conseguida “com el descuido de los elementos no lógicos o no deductivos que también están presentes en el razonamiento del juez”(Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 198), por outro, o modelo retórico, que também pretende essa unidade, definindo o raciocínio do juiz como discurso argumentativo, apresenta igualmente um problema: “la reducción del *definiendum* dentro de los márgenes del modelo es posible a cambio de descuidar el hecho de que el juez opera también com elementos lógicos y cognoscitivos, cuya función no es posible comprender manteniéndose exclusivamente dentro de la óptica del razonamiento tópico o de la argumentación retórica.” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 198)

Daí que ele próprio não pretenda, na sua obra, descrever a estrutura racional do raciocínio e da motivação como um paradigma lógica com validade geral, até porque as respectivas estruturas são diferentes, consoante o ordenamento jurídico e o momento histórico. Interessa antes evidenciar as componentes fundamentais que fazem parte do raciocínio do juiz e que têm características autónomas e específicas.

A racionalidade do raciocínio do juiz não depende da definição da sua estrutura homogênea ou heterogênea. A racionalidade subsiste na medida em que os factores que fazem parte do raciocínio têm uma racionalidade própria dependendo do seu “modo de operar, y en la medida en que aquellos se organizan en un contexto flexible en cada caso; contexto que es coerente respecto a la función que el razonamiento del juez está destinado a jugar, dependiendo de que se trate del proceso decisório (encaminado a la formulación de una decisión racional), o del procedimiento justificativo (encaminando a la formulación de una motivación racional de la decisión).” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 199)

A lógica e a racionalidade particular de cada fase do raciocínio determinam a sua posição na estrutura global do mesmo, de forma que é a natureza específica do juízo ou do argumento que determina as condições de validade. E a função decisória ou justificativa do raciocínio demarca a sua estrutura interna, determinando o uso de cada tipo de juízo ou argumento em particular, tendo em conta as suas características próprias. Assim, a estrutura global do raciocínio do juiz é gerada pela “interrelación entre la función del razonamiento globalmente considerado y la función que en el ámbito del mismo juega cada uno de los elementos que lo componen.” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 200)

Sendo assim, podemos afirmar que o raciocínio do juiz é uma entidade complexa e qualitativamente heterogénea, da qual fazem parte segmentos que serão definidos de acordo com uma ou mais formas lógicas, ou meramente tópicas, valorativas ou retóricas.

A função para a qual está orientado o discurso do juiz determina a sua estrutura interna, mas não só. Ela também, determina a função dos seus diversos elementos, que, apesar da heterogeneidade lógica ou ontológica, estão unidos por vínculos que estabelecem o papel de cada um dentro da estrutura global do discurso.

Assim, a estrutura de fundo que organiza o discurso terá de ser um sistema aberto de nexos funcionais adequado a uma estrutura constante, seja para o raciocínio decisório seja para o discurso justificativo.

A análise estrutural do raciocínio implica a individualização da função típica desse mesmo raciocínio. Destarte, enquanto que a “estructura del razonamiento decisório está condicionada por el hecho de que la finalidad que éste persigue es alcanzar la decisión, la estructura de la motivación está condicionada por el hecho de que ésta está encaminada a justificar la decisión.” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 202)

E acresce à distinção um fundamento adicional: a distinção entre descoberta (“context of discovery”) e justificação (“context of justification”), que, aplicado à presente estrutura, significará que *descoberta* é “el procedimiento que conduce a formular una determinada solución de un problema” e *justificação* é o “procedimiento encaminado a demostrar, justificándola, la validez de dicha solución”. (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 203)

A lógica do raciocínio é distinta conforme seja utilizada para decidir ou para motivar. E, sendo assim, cada modelo de raciocínio tem esquemas diferentes, de acordo com o seu fim (decidir/motivar), o que não significa que não haja coincidências entre ambos.

Escreve, a propósito, o autor: tal distinção “permite analizar la motivación como un ejemplo particular de *context of justification*, que es autonomo del *context of discovery* representado por el procedimiento decisório, aunque no deben ser subvaluados los vínculos que pueden existir entre los dos tipos de razonamiento.” (Taruffo, *La Motivación de la Sentencia Civil*, 2006: 203)

No caso da motivação há que precisar que ela poderá significar, ainda, uma de duas coisas: o raciocínio justificativo traduzido na escolha de razões para justificar a decisão e o discurso em si, através do qual se expõem aquelas razões. Nesse sentido, a estrutura justificativa da motivação traduzir-se-á na demonstração do *iter* percorrido pelo julgador que justifica a decisão.

E permite ainda explicar que o *context of discovery* do procedimento decisório e o *context of justification* da motivação são diferentes não só de acordo com a sua estrutura mas também de acordo com a fenomenologia, isto é, enquanto aquele é uma actividade, este é um discurso. TARUFFO representa a relação entre ambos da seguinte forma:

Raciocínio decisório (actividade) / decisão (resultado) / raciocínio justificativo (actividade) / motivação (resultado).

No que se refere às escolhas ou opções no processo de raciocínio, a noção de racionalidade dependerá do contexto. Ou seja, no contexto de descoberta (*discovery*) será racional aquela escolha que foi formulada racionalmente, tratando-se, desta forma, de uma racionalidade intrínseca do procedimento de decisão; no contexto da justificação (*justification*) a escolha feita é racional na medida em que o julgador a apresente como a melhor consequência das escolhas *ad hoc*. Logo, desde que sejam racionais os procedimentos argumentativos expostos no discurso da motivação.

Dando relevo ao princípio da plenitude do esquema lógico fundamental e do discurso justificativo da decisão, TARUFFO refere como requisitos substanciais da motivação, os seguintes:

- 1) Inteira – o juiz deve enunciar, além das premissas e outros dados relevantes, as regras de escolha com base nas quais demonstra que a decisão é consequência válida daquelas premissas. Deve justificar todos os elementos estruturais de cada decisão, evidenciando as opções que tomou, a interpretação que fez das normas, a valoração das provas e as consequências jurídicas da decisão;

- 2) Dialéctica – O processo é eminentemente dialéctico, pelo que o juiz deve ter em consideração todos os factos úteis que as partes trouxeram ao processo e isso deve reflectir-se no discurso justificativo;
- 3) Racionalidade – Entre as decisões que o juiz vai tomando não deve existir contradições, de forma a haver um discurso justificativo e lógico, uma forma de racionalidade lógica.

E,

como conteúdo mínimo essencial da motivação (“justificação de primeiro grau”), aponta:

- a) Enunciação das escolhas realizadas pelo juiz em função da:
  - a. Identificação as normas aplicáveis,
  - b. Verificação dos factos,
  - c. Qualificação jurídica,
  - d. Determinação das consequências jurídicas decorrentes desta qualificação.
- b) Explicitação dos nexos de coerência entre aqueles enunciados.
- c) Qualificação e justificação dos enunciados com base em critérios que demonstrem que as escolhas do juiz são racionalmente correctas.

Se os requisitos substanciais e os elementos mínimos essenciais forem atendidos, a motivação poderá considerar-se completa, ou seja, sem vícios que impliquem a nulidade da sentença, permitindo-se, assim, o controle externo da decisão por parte dos destinatários.

Todavia, se toda esta teoria é entendível em termos teóricos, na prática é bastante mais difícil determinar o seu significado, motivo pelo qual doutrina e jurisprudência têm optado por aferir os vícios da motivação de forma negativa.

Vale dizer, v.g.: quando não exista motivação ou quando alguma questão prejudicial não tenha sido fundamentada ou ainda quando a motivação decorra apenas das razões apresentadas pelo MP.

Identificar os vícios da motivação é, na prática, algo bastante complexo e de difícil determinação.

Verdade é que a obrigatoriedade de argumentar de forma lógica implica uma maior responsabilidade do magistrado, na medida em que presta contas perante a opinião pública, havendo assim um “controle difuso social” (Souza, 2011: 13), razão pela qual a motivação deve receber atenção redobrada. Refere a propósito CHAÏM PERELMAN, “aquele que se quer democrático, pela obra de persuasão e razão, deve procurar, pela motivação, obter uma adesão arrazoada.” (Perelman, 1996: 570)

De facto, ressaltam aqui também os fins políticos da motivação: a função extra-processual. A certeza e estabilidade social é conferida permitindo-se o controlo do conteúdo do raciocínio que o juiz levou a cabo.

Vale aqui a transparência, conjugada com a publicidade da decisão, permitindo-se o controlo social, político, académico, disciplinar e superior. Tudo isto visando reforçar a confiança dos cidadãos na magistratura, através da racionalidade da fundamentação.

Outra característica dos Estados de Direito democráticos é a adopção de garantias processuais, decorrentes do direito à tutela efectiva judiciária, enquanto direito fundamental.

A imparcialidade do juiz, o direito à defesa, ao contraditório, a proibição de provas ilícitas e a motivação das decisões fazem parte das regras mínimas para o «processo justo».

Diversos ordenamentos consagram-nos como direitos constitucionalmente garantidos. Tome-se como exemplo, além do português (artº 205º CRP), o brasileiro<sup>262</sup>, o espanhol<sup>263</sup>, o italiano<sup>264</sup>, ou ainda o peruano<sup>265</sup>, o mexicano<sup>266</sup> ou o equatoriano<sup>267</sup>.

Assumindo-se o dever de fundamentação das decisões como corolário da pretensão à tutela jurídica (Anspruch auf rechtliches Gehör), em decisão do Tribunal Constitucional alemão (Bundesverfassungsgericht)<sup>268</sup> pode perceber-se também que a pretensão à tutela jurídica envolve o direito do indivíduo ver os seus argumentos contemplados na decisão.

---

<sup>262</sup> Artº 93º IX da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

<sup>263</sup> Artº 120.3 Constituição Espanhola, de 1978.

<sup>264</sup> Artº 111º Costituzione della Repubblica Italiana, de 1947. - “Tutti i provvedimenti giurisdizionali devono essere motivati”

<sup>265</sup> Artº 139º Constitución Política do Peru, de 1993.

<sup>266</sup> Artº 16º Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos, de 1917 (actualizada em 2010)

<sup>267</sup> Artº 76º n.º 7 l) Constitución del Ecuador, de 2008.

<sup>268</sup> BverfGE 70, 288-293.

Assim, a fundamentação da decisão representa o momento em que as partes percebem se houve observação efectiva de muitas das suas garantias. Em termos gerais poder-se-á dizer com COMOGLIO e TARUFFO, que “após a apresentação da tese do autor e da antítese do réu, o ciclo dialéctico processual se encerrará com a síntese motivada.” (Comoglio, Ferri, & Taruffo, 1998: 68/69)

Uma das noções possíveis do termo *motivar* é, como vimos, argumentar para mostrar os motivos. Argumentar, por sua vez, traduz-se em expor as razões que fundamentam a tese defendida e que conduzem a uma conclusão. Na defesa da tese podem utilizar-se argumentos dedutivos, indutivos e analógicos (como vimos, mormente aquando da análise da prova indiciária).

A sentença é, segundo parte dos autores, um silogismo. De uma norma jurídica e um facto ou conjunto de factos interligados, mercê de um raciocínio dedutivo extrai-se uma consequência que é precisamente a que está prevista na norma.

“Para la conformación de cualquier sentencia nó so debe emplearse la *logica formal o pura*, como reguladora de la corrección formal de las operaciones intelectuales, entre las que se incluyen los diversos silogismos que se desarrollan en su seno, así como otras operaciones de razonamiento dedutivo o inductivo, (...) sino también debe utilizarse la *logica material o aplicada*, que se refiere a las *tecnicas argumentativas*, sean *probatorias* o sean *demonstrativas*, en la medida en que en la sentencia se examinan y resuelven cuestiones fácticas y temas valorativos. (...) Toda sentencia se estructura necesariamente en torno a un silogismo fundamental<sup>269</sup> y que, por outro lado, la formación de las premisas integrantes de este silogismo básico requiere el empleo de outro o otros silogismos de menor entidad y, lo que es mas importante, la realización de operaciones intelectuales que están fuera del campo de la pura lógica formal y que se insertan en el ámbito de la lógica

---

<sup>269</sup> Nesta lógica, KARL LARENZ (Larenz, 1991)

aplicada, dentro da qual tiene su exacto desarrollo la dialéctica o teoría de la argumentación.” (Climent Durán, 2005: 60)

DURAN denomina a lógica pura como lógica vertical, no sentido que se chega à consequência jurídica através de passos evidentes que os raciocínios dedutivos e indutivos permitem, enquanto que a lógica aplicada, por supor a discussão e a confrontação entre as partes (ao procurar convencer o juiz a aderir à sua tese) não propicia um tão grande avanço no curso no raciocínio judicial contido na sentença “ya que al término de cada discusión sobre una cuestión valorativa se habrá conseguido fijar una simple premisa fáctica o jurídica, que se inserta a sua vez dentro de un silogismo o de una inducción”, por isso a designa como lógica horizontal. (Climent Durán, 2005: 64)

A sentença é, nesta acepção, um silogismo, mas não redundando apenas nisso. Ela consiste em respostas aceitáveis integradas numa argumentação.

Na verdade, no discurso judiciário não é de optar pela lógica ou pela retórica. Ele comporta as vertentes narrativas, argumentativa e decisória, pelo que não é possível dissociar o papel da argumentação jurídica e da retórica forense em sede de fundamentação das decisões.

E, tratando de argumentação jurídica, não podemos deixar de destacar (também) as teorias de TOULMIN, MACCORMICK e ALEXY.

Tal como VIEHWEG e PERELMAN, TOULMIN rejeita a ideia da lógica formal dedutiva como base para uma teoria da argumentação, apontando caminho para a demonstração dos limites da concepção lógico-dedutiva.

O filósofo inglês sem se inspirar na tradição tópica ou retórica, entende que a lógica se relaciona com a forma como os indivíduos pensam, argumentam e inferem. E os argumentos apropriados e convincentes serão variáveis conforme o contexto histórico e social (e já não a racionalidade abstracta e analítica, aristotélica, aplicável a qualquer audiência).

“Toulmin no pretende sólo suministrar un modelo que sirva para el campo del derecho (como Viehweg), ni siquiera para el campo de lo que suele llamarse *razón práctica* (como Perelman), sino para el campo de la argumentación en general. (...) Y, a diferencia de la nueva retórica de Perelman, Toulmin no se há preocupado tanto de analizar la estructura de cada uno de los tipos o técnicas argumentativas, sino la de los argumentos

en general, y, además ha mostrado el carácter – por así decirlo – dialógico de la argumentación.” (Atienza, 2005: 97, 98)

Estas teorias dos anos 50 do século XX, supra referidas, se não podem dar-se como satisfatoriamente aceites por insuficiência de desenvolvimento dos conceitos ou por inaplicabilidade prática, pese embora contenham elementos relevantes, pelo menos têm o condão de terem aberto caminho para as actuais teorias da argumentação jurídica, onde se enquadram NEIL MACCORMICK e ROBERT ALEXY, que constituem aquilo que ATIENZA chama de “teoria standard da argumentação jurídica”. (Alexy, 2001: 106) <sup>270</sup>

Não deixa de ser curioso que tendo raízes filosóficas distintas<sup>271</sup>, estes dois autores formulem concepções de argumentação semelhantes.

Para MACCORNICK, a argumentação prática em general e a jurídica em particular tem uma função justificativa. Essa função está presente inclusivamente quando a finalidade da argumentação é persuadir, na medida em que só se pode persuadir se os argumentos estiverem justificados, ou seja, se estiverem em consonância com os factos estabelecidos e as normas vigentes.

Assim, justificar uma decisão jurídica é apresentar razões que mostrem que tal decisão asseguram a “*justicia de acuerdo con el derecho*” . (Atienza, 2005: 108).

Em alguns casos as decisões são juridicamente justificáveis através de silogismos, no entanto, impõe-se ao julgador mostrar as razões que justificam a sua decisão, isto é, não é suficiente que deduza logicamente a conclusão, tendo que explicar o caminho que seguiu.

ATIENZA aponta como principais problemas desta teoria o pretender ser, simultaneamente, descritiva e prescritiva.

---

<sup>270</sup> No contexto de descoberta e de justificação sobressaem duas perspectivas de análise da argumentação: 1) a de algumas ciências sociais, como seja a psicologia social, que apresentou vários modelos para explicar tomadas de decisão a que se chegou através de argumentos. No Direito sobressai Martin F. KAPLAN, com a “informação integrada”, para quem o processo de decisão é «o resultado da combinação de valores de informação e de impressão inicial». e 2) a perspectiva de outros que pretendem saber em que condições um argumento pode ser considerado justificado. Fala-se, aqui, de justificação formal dos argumentos e de justificação material. Esta distinção permite compreender a diferença entre lógica formal ou dedutiva e a lógica material ou informal, onde se incluem a tópicos e a retórica. A teoria standard da argumentação jurídica situa-se nesta perspectiva, isto é na justificação dos argumentos. (Vide, a propósito, ATIENZA)

<sup>271</sup> MACCORNICK: HUME e HART e a tradição da Common Law, enquanto as influências em ALEXY são de KANT, HABERMAS e da ciência jurídica alemã.

A argumentação jurídica como discurso racional de ROBERT ALEXY, além da influência da ética deontológica, formalista e universalista Kantiana, apresenta uma sistematização e reinterpretação da teoria do discurso prático<sup>272</sup> de HABERMAS, estendendo-o para o campo do Direito.

ALEXY considera o discurso jurídico e a argumentação jurídica como um caso especial do discurso prático geral. “A argumentação jurídica é caracterizada por seu relacionamento com a lei válida” (Alexy, 2001: 212)

O que distingue a argumentação jurídica da argumentação geral prática é uma questão essencial da teoria do discurso jurídico.

E assim conclui com base em três factores: “(1) as discussões jurídicas se preocupam com questões práticas, isto é, com o que deve ou não ser feito ou deixado de fazer e (2) essas questões são discutidas com a exigência da correcção. É questão de “caso especial” porque as discussões jurídicas (3) acontecem sob limites do tipo descrito.” (Alexy, 2001: 212)

Esta teoria é objecto de críticas, aliás, é o próprio autor, auto-crítico, que diz que a tese do caso especial está aberta a ataque em todos os pontos, na medida em que é possível afirmar o inverso, ou seja, “(1) não se preocupam com questões práticas, (2) não trazem com elas a exigência de correcção, ou (3) fazem essa exigência, porém os limites que regem as discussões jurídicas tornam injustificável designá-las como “discursos”. “(Alexy, 2001: 213)

MANUEL ATIENZA aponta-lhe o facto de as regras do discurso não garantirem que se consiga alcançar o acordo geral, e, ainda que o conseguisse, tal não significava que todos estivessem dispostos a segui-lo.

Daí que este autor apresente um projecto de teoria da argumentação jurídica plenamente desenvolvida.

---

<sup>272</sup> Teoria (com origem no filósofo alemão KARL-OTTO APEL que defende que a resolução dos conflitos vigentes na sociedade se consegue com uma solução que é resultado do consentimento de todos os interessados. Esse entendimento mútuo é atingido através de um processo de comunicação com uma argumentação em forma de discurso (que pressupõe interacção activa e igualitária dos cidadãos) que permite o acordo quanto à validade das proposições ou à legitimidade das normas.

ATIENZA afirma dever uma teoria da argumentação ser analisada sob três (3) perspectivas, a saber, objecto (o quê?), método (como?) e função (para quê?), e assevera que as cinco teorias analisadas na sua obra<sup>273</sup> são deficitárias nessas três dimensões, ainda que de diferentes formas.

Quanto ao objecto, critica a teoria de ALEXY, especificamente, quando refere o caso especial do discurso jurídico face ao geral e ao respeito pela lei. Diz aparentar “que la racionalidade en la aplicación del derecho depende de la racionalidade en la legislación; que la argumentación del juez, de las pares en el proceso o de los dogmáticos, no es independiente de la que tiene lugar en el parlamento o en los órganos administrativos que producen normas jurídicas válidas.” (Atienza, 2005: 205)

Relativamente à metodologia, e no que se prende com as duas teorias mais recentes, assinala-lhes o facto de não apresentarem um procedimento que permita perceber como o juiz fundamenta as suas decisões. Aqueles filósofos recorrem à lógica formal dedutiva, tradicional, e ela não é suficiente para dar tal explicação.

Quanto aos critérios de correcção do método, a objecção mais premente é que os critérios de racionalidade prática são critérios mínimos que apenas permitem concluir como irracionais algumas decisões ou formas de argumentação.

Relativamente à finalidade da teoria da argumentação jurídica, a crítica estriba no seguinte: uma tal teoria deveria cumprir três funções:

1. de carácter teórico ou cognoscitivo – saber até que ponto pode a teoria contribuir para o desenvolvimento de outras disciplinas (jurídicas ou não);
2. de natureza prática ou técnica – dar uma orientação útil nas tarefas de produzir, interpretar e aplicar o Direito;
3. política ou moral – esta função tem a ver com a ideologia que está na base na teoria. MACCORMICK e ALEXY partiram da valoração positiva do Direito dos Estados Democráticos. Não partem do princípio de que há uma só resposta correcta, mas sim, de que há, pelo menos, uma resposta correcta. Em última análise seria sempre possível, para aqueles autores, fazer justiça

---

<sup>273</sup> Na obra citada, o autor analisa cinco (5) concepções, e distingue-as em dois (2) grupos: VIEHWEG, PERELMAN e TOULMIN, que intitula como os precursores das actuais teorias da argumentação jurídica, e, MACCORMICK e ALEXY.

de acordo com o direito. Sustenta ATIENZA que é necessária uma concepção mais crítica e mais realista. “El derecho de los estados democráticos no configura necesariamente el mejor de los mundos jurídicamente imaginables (aunque sí que sea el mejor de los mundos jurídicos existentes).” (Atienza, 2005: 218)

Cumpra ainda referir o contributo dado pelo jurista norte-americano ROBERT SUMMERS. Este autor debruçou-se sobre o tema da justificação das decisões judiciais, contrastando com o desinteresse da filosofia norte-americana pelo assunto, consequência da influência do realismo jurídico naquela cultura, na senda do qual as decisões são actos que se podem explicar e criticar, mas não justificar.

SUMMERS, em “Two types of Substantive Reasons” (Summers R. S., 1978), apresenta um modelo de argumentação judicial que se traduz numa concepção material da argumentação, em contraposição à concepção formal e dialéctica.

A pergunta fundamental, nesta proposta, é, já não o que se pode aferir de determinadas premissas, como acontece na concepção formal, mas sim em que é que se deve acreditar e o que se deve fazer? Isto é, interessa apresentar boas razões para acreditar em algo ou para realizar uma determinada acção. Para isso é necessário mais do que saber se o que as premissas enunciam é verdadeiro ou falso. Impõe-se, agora, que tais premissas suponham razões relevantes para a conclusão.

Interessa, não a validade lógica, a forma (dedutiva) dos argumentos, nem a sua força persuasiva, mas, ao invés, a sua força justificativa, ou seja, de que maneira constrói, o juiz, as premissas e as razões que servirão de justificação para as suas decisões.

A força da justificação está no que se pode chamar-se “el *razionamiento práctico*, esto es, la deliberación práctica, la técnica consistente en construir y confrontar entre sí las razones para llegar a una determinada conclusión.” (Atienza, 2005: 224)

SUMMER sustenta um modelo normativo do que deve ser a prática justificativa. Tal tese basear-se-ia aos seguintes aspectos:

- 1) Uma tipologia de boas razões permite distinguir cinco (5) categorias:
  - a. razões substantivas – a sua força justificativa deriva de considerações de carácter moral, económico, político, social e ainda, de razões finalistas, de correcção e institucionais.
  - b. razões de autoridade – consistem em apelar ao precedente ou a outro tipo de autoridade jurídica: lei, analogia, doutrina.

- c. razões fácticas – permitem justificar enunciados fácticos
  - d. razões interpretativas – justificam determinada interpretação de um texto, v.g. contrato.
  - e. razões críticas – servem para criticar algo nas anteriores (por isso não são autónomas)
- 2) Na *Common Law* as razões que têm primazia sobre as demais, são as de autoridade o que explica que as razões substantivas serão as melhores. “A specific theory of the nature and role of substantive reasons must form the core of a comprehensive theory of common-law justification. Substantive reasons, more than authority reasons, determine which decisions and justifications are the best. (...) There are strong substantive rationales for following precedent. (...) Further, the power of substantive reasons is not unlimited. There may be no strong substantive reasons on either side of an issue, or the substantive reasons on each side may stalemate each other. If so, only authority reasons can tip the balance.” (Summers, 1978: 730)

De facto, nenhum juiz pode aplicar o precedente correctamente se não descortinar as razões substantivas que estão por trás desse precedente. O juiz terá que identificar e interpretar essas razões substantivas. “If no reasons are stated, the judge must go back to prior precedents in the line of authority and dig them out. If even this fails, he must imaginatively construct reasons that are faithful to the materials. The usual precedent ultimately consists of nothing less than facts, issues, rulings, and substantive reasons for those rulings. It is impossible to comprehend a precedent without grasping these elements.” (Summers, 1978: 731)

- 3) Razões finalistas, ou “goal reasons”, são aquelas cuja força deriva do facto de, a decisão que a suporta ter, previsivelmente, efeitos “that serve a good social goal” (Summers, 1978: 735) e constituem a maioria das razões substantivas. Como exemplos desses fins refira-se, v.g., a segurança e o bem-estar comunitário, a saúde pública, a promoção da harmonia familiar, etc.
- 4) Razões de correcção, ou “rightness reasons”, são uma segunda variedade de razões substantivas, cuja justificação deriva da aplicação de uma “sound sociomoral norm to a party’s actions or to state of affairs resulting from those actions”. (Summers, 1978: 72) Estas razões não têm a ver com a sua projecção no futuro, mas com o presente ou o passado, e não dependem de uma relação

causal. Veja-se os exemplos: não se aproveitar da fraqueza ou inferioridade da outra parte num contrato; actuar/ter actuado de boa-fé, etc.

- 5) As relações entre as razões finalistas e as de correcção são complexas, pelo que a construção e legitimação de cada uma delas coloca diversos problemas. Uma razão pode gerar a outra, dando origem a razões parasitárias, na medida em que estão dependentes entre si.
- 6) Razões institucionais, ou “institutional reasons”, são razões finalistas ou razões de correcção, ligadas a processos institucionais específicos. A sua força provém “from the way in which the projected decision would serve goals or accord with norms of rightness applicable to the actions of participants (...) in institutional roles and processes.” (Summers, 1978: 722) Exemplos: evitar uma decisão que suponha uma distinção arbitrária; recusar uma medida porque o tribunal não poderia supervisionar a sua execução; revogar uma decisão de um tribunal por falta de audiência de uma das partes, etc.
- 7) As razões de correcção têm uma legitimidade mais discutível que as finalistas, na medida em que estas se baseiam em valores tangíveis (segurança, saúde, etc) e aquelas se referem a valores que podem gerar alguma controvérsia ou cepticismo (boa fé, equidade, etc).

Apesar da proposta apresentada por SUMMERS não se poder considerar um modelo acabado do raciocínio judicial justificativo (o que o próprio reconhece), tem a vantagem de, por se tratar de uma análise com um menor grau de abstracção, nomeadamente através da comparação das razões finalistas e das de correcção, permitir uma melhor compreensão de parte do raciocínio justificativo, podendo ajudar os juízes na justificação das suas decisões.

Não se pode deixar de apontar que a própria definição de «boas razões» é problemática. Depois, transpor tal modelo para ordenamentos jurídicos onde não exista o sistema do precedente implicaria sérias dificuldades práticas.

Independentemente do modelo adoptado em determinada época histórica, o que nos parece poder ser de reter ao nível da argumentação jurídica e da sustentação da decisão, em termos práticos, é que o julgador, na decisão, se preocupe em convencer os destinatários da mesma de que aqueles argumentos são os mais adequados à resolução do caso concreto.

Deste modo o discurso judiciário deverá ser: coerente, no sentido de consistente, e lógico; objectivo, ou “perspectivado em dados autonomizáveis, exteriores à percepção subjectiva” (Graça, 2008 :14); fundamentado, ou seja, contendo dados que bastem à sua justificação; vinculado ou circunscrito ao *thema probandum* e ao *thema decidendum*, racional e portanto compreensível e justificável na convicção demonstrada; expressivo ou inteligível a quem o analisar; abrangente por conhecer todas as questões juridicamente relevantes no processo; crítico, correlacionando provas; e suficiente no sentido de ter a fundamentação necessária.

Uma boa decisão deverá, pois, ser clara, sem ambiguidades ou obscuridades que necessitem de uma pronúncia ulterior para as explicitar.

A completude, a inteireza dos fundamentos é, sem dúvida, outro dos requisitos necessários de um bom texto decisório. Deverá dar-se uma resposta detalhada dos fundamentos, e, se não de todos, dos relevantes para a decisão.

A sentença deve ser simples, objectiva e tanto quanto possível sucinta, sem, todavia, pecar por insuficiente fundamentação, determinando a sua nulidade, conforme muito bem refere o Acórdão do TRP de 25/11/2009.<sup>274</sup>

Facilmente compreensível. A justificação deve ser lógica e coerente, sem contradições.

Face à redacção do artº 374º n.º 2 CPP, além da enumeração das razões de facto e de direito, o juiz terá de fazer um exame crítico das provas, a fim de que este esclareça quais o convenceram e porquê, mediante critérios de razoabilidade.

Reclama-se, assim, o exame crítico de todas as provas, a favor ou contra, para que possa dizer da sua credibilidade e influência no processo decisório. É esse o momento da objectivação da livre convicção do juiz.

“Somente assim se cumpre a função *intraprocessual*, *endoprocessual* e ainda *exoprocessual* da motivação”, escreve GRAÇA. (Graça, 2008: 21)

---

<sup>274</sup> “Ao referir que a arguida confirmou quase integralmente os factos acima transcritos sem discriminar os que confirmou e os que negou e uma vez que além das suas declarações o tribunal apenas conta com as certidões juntas aos autos, é de concluir que a sentença revela insuficiência de fundamentação e de exame crítico da prova – o que determina a sua nulidade.” – Processo n.º 802/08.0TAVLG.P1, relator Artur Oliveira.

É na fundamentação que se vê o modo como se formou a vontade do juiz, de forma transparente, que permita a “sindicância exterior à decisão, nos parâmetros da lógica, e racionalidade crítica, de harmonia com as regras da experiência comum.” (Graça, 2008: 21)

O discurso judiciário deve ser, no dizer de VIEIRA DE ANDRADE, uma “declaração de autoria, explícita e contextual.” (Andrade J. C., 1991: 61)

Declaração de autoria, por se tratar de uma auto-responsabilização e auto-vinculação do julgador; explícita porque se impõe que seja expressa e racional e contextual, porque deve constar da decisão.

Nessa declaração de autoria definir-se-á quais as fontes atendíveis, o relevo que assumiram quanto ao *thema probandum*, a eficácia probatória demonstrada e a idoneidade concreta para confirmar a veracidade do enunciado fáctico.

A obrigatoriedade de fundamentação da sentença decorre dos artº 97º n.º 5 e artº 374º n.º 2 CPP. Mas também do artº 205º n.º 1 CRP.

Com a exigência da fundamentação da sentença consegue-se que as decisões judiciais se impunham pela razão que lhes subjaz e não pela autoridade de quem as profere.

Destarte, essa fundamentação consiste no elencar da prova carreada aos autos, na análise crítica e racional dos motivos que conduziram a atribuição da maior e menor relevância dada à prova (ou negada) na interligação da mesma e na apreciação dos factos assentes mostrando-se a articulação e correlação entre eles. Ou, como PAULO SARAGOÇA DA MATA traduz, na “concatenação racional e lógica das provas relevantes e dos factos investigados (o que permitirá arrolar e arrumar lógica e metodologicamente os factos provados e não provados)”. (Matta, 2004: 265)

A fundamentação traduz-se, assim, na indicação e no exame crítico das provas consubstanciado pela apresentação dos “elementos que, em razão da experiência ou de critérios lógicos, construíram o substracto racional que conduziu a que a convicção do tribunal se formasse num determinado sentido, sendo suficiente quando se consiga conhecer das razões do decisor.” (Pereira, 2012 :109)

A lei não diz em que consiste o exame crítico das provas. Porém, o critério a utilizar nesse exame será sempre a ponderação sob a condição da razoabilidade e da

prudência, que permita compreender o porquê da decisão e o processo lógico-racional que lhe serviu de suporte.

Neste mesmo sentido vai também o Acórdão STJ de 23/02/2011<sup>275</sup>, que, além desta ideia refere (citando Simas Santos e Leal Henriques) a importância da inexistência de saltos lógicos no desconhecido “dando por adquirido aquilo que não é suportável à face da experiência comum” uma vez que nesse caso se poderá afirmar a existência de vício do erro notório. (pág. 23)

E isso implica que se especifique cada uma das provas carreadas e referir a valoração que lhes é conferida.

A fundamentação da decisão funciona como uma “válvula de escape do sistema”, uma vez que permite o “reexame do processo lógico ou racional que subjaz á decisão”. (pág. 19).

Concretiza-se, desse modo a “legitimação do poder judicial contribuindo para a congruência entre o exercício desse poder e a base sobre o qual repousa: o dever de dizer o direito no caso concreto.” (pág. 19)

O dever constitucional de fundamentar a sentença implica, assim, a exposição dos motivos de facto e de direito, o exame crítico das provas e os elementos que em razão da experiência e dos critérios lógicos constituem o substrato racional que permitiu que o juiz tivesse aquela convicção.

Permitindo-se conhecer, compreender e acompanhar o percurso lógico e intelectual seguido na fundamentação de uma decisão sobre a matéria de facto, fundamentalmente quando se trate de prova indirecta ou indiciária ou quando dela constarem presunções naturais, concede-se a possibilidade de verificação da existência ou não dos vícios referidos no artº 410º n.º 2 CPP (principalmente da alínea c), que se refere ao erro na apreciação da prova e que é o fundamento da grande maioria dos recursos em processo penal) e a sua eventual sindicância.

---

<sup>275</sup> Processo 241/08.2GAMTR.P1.S2, relator Santos Cabral.

É, pois, também, ao indicar-se o *iter formativo da convicção* do tribunal, que se vai permitir conhecer o aspecto valorativo, cuja análise vai consentir que se comprove “se o raciocínio foi lógico ou se foi irracional absurdo” (Acórdão 19/12/2007: 15) <sup>276</sup>. E isto tem ainda maior pertinência se se tratar de prova indiciária. Nesse caso a convicção deverá ser expressada através da referência expressa aos factos base e às inferências, podendo tal explicação ser sintética, mas, obrigatoriamente, clara.

Impõe-se a demonstração de forma clara refere o STJ no Acórdão de 19/12/2007, que se tenha em atenção que o mesmo corresponde à síntese de um processo lógico de formação de conhecimento em que foram essenciais dois momentos: a oralidade e a imediação.

A ulterior análise de um tribunal superior permite observar-se o princípio da dupla jurisdição, uma vez que se permite àquele verificar e confirmar o processo lógico e racional de apreciação da prova.

Tratando-se a avaliação da prova de uma questão de facto, ela será objecto de análise dos Tribunais da Relação, que podem determinar a renovação da prova, nos conforme os artigos 427º, 430º e 431º. CPP.

O Supremo Tribunal de Justiça conhece apenas questões de direito, estabelece o artº 434º CPP. No entanto, é o próprio CPP que nos diz, no artº 410º n.º 2, que, mesmo nesses casos, o recurso pode ter como fundamento: a insuficiência para a decisão da matéria de facto provada; a contradição insanável da fundamentação ou entre a fundamentação e a decisão e o erro notório na apreciação da prova. Trata-se daquilo que a doutrina designa como “recurso de Revista Ampliada.”

É esta, como bem entende FIGUEIREDO DIAS, a consequência mais relevante da aceitação dos limites à discricionariedade: sempre que tais limites sejam violados a decisão é susceptível de recurso, ainda que o tribunal *ad quem* conheça apenas matéria de direito. Também neste seguimento o Acórdão do STJ de 14/03/2007. <sup>277</sup>

---

<sup>276</sup> Citando o Acórdão do STJ de 13/10/1992.

<sup>277</sup> Processo 07P21, relator Santos Cabral.

A tal matéria se referem os Acórdãos do Tribunal Constitucional de 09/10/1996<sup>278</sup> e de 22/10/1996<sup>279</sup>. No primeiro refere-se a necessidade de a fundamentação da decisão do tribunal recorrido permitir ao tribunal superior “uma avaliação segura e cabal do porquê da decisão e do processo lógico-mental que serviu de suporte do respectivo conteúdo decisório”.

Acrescentando ainda que tal solução é compatível com a exigência constitucional consagrada no artº 32º n.º 1, estes arestos julgam não serem inconstitucionais as normas constantes dos artigos 410º, n.º 1 e 2 e 433º do CPP relativas ao sistema de recursos e aos poderes de cognição do STJ em matéria penal.

Como se refere no Acórdão do STJ de 19/12/2007, “a sindicância deverá ter sempre uma visão global da fundamentação sobre a prova produzida, de forma a acompanhar todo o processo dedutivo seguido pela decisão recorrida em relação aos factos concretamente impugnados” e não uma visão parcial e segmentada dos mesmos.

Uma referência apenas à necessidade de valoração e de fundamentação especiais no caso de concurso de crimes, uma vez que, além dos factos é necessário avaliar a personalidade do arguido, desde logo para perceber se existe uma tendência criminosa ou apenas uma “pluriocasionalidade que não radica na personalidade”<sup>280</sup> havendo que observar igualmente os fundamentos da medida da pena, conforme o artº 71º n.º 3 CP.

A decisão de cúmulo jurídico tem que ponderar interligadamente a apreciação dos factos e a personalidade do arguido, de modo a apreciar globalmente a gravidade dos factos e a motivação do agente subjacente ao crime.

Se omitir esta avaliação global, o tribunal incorre em omissão de pronúncia, nos termos do preceituado pelo artº 379º CPP, o que determina a nulidade da decisão. Violando-se, inclusive o artº 32º n.º 1 CRP, já que ao arguido, então condenado, não lhe é

---

<sup>278</sup> Acórdão n.º 96-1049-1, processo n.º 96-0591, relator Monteiro Diniz, com voto de vencido do Conselheiro Ribeiro Mendes.

<sup>279</sup> Acórdão n.º 96-1078-1, processo n.º 96-493, relator Monteiro Diniz, com voto de vencido dos Conselheiros Fernanda Palma, Assunção Esteves e Ribeiro Mendes.

<sup>280</sup> Ponto III do sumário do Acórdão STJ de 28/04/2010, processo n.º 260/07.6GEGMR.S1, relator Henriques Gaspar, e PIRES DA GRAÇA, (Graça, Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal, 2015)

possível defender-se cabalmente daquela decisão por dela não constarem “as razões de facto e de direito que justificam, em exame crítico de ponderação conjunta dos factos e personalidade do agente”<sup>281</sup> que levou à aplicação da pena em concreto.

Uma nota apenas para referir que na doutrina se distinguem 3 espécies de motivação que carecem redobrada cautela: a motivação implícita<sup>282</sup>, a motivação *per relationem*<sup>283</sup> e a motivação por formulários<sup>284</sup> ou modelos.

As três técnicas traduzem-se numa atenuação do dever de motivar, todavia circunscreve-se a situações específicas.

Concluimos que a motivação, enquanto binómio dever/direito, tem um papel fundamental na actividade do julgador. Ao ter que seguir os passos para demonstrar a sua convicção objectivável “encontra uma contenção à sua actividade racional, da qual deve prestar contas não apenas às partes do processo, mas também a toda a comunidade. Em respeito, ao final, à própria soberania popular.” (Souza, 2004: 29)

---

<sup>281</sup> Ponto XVI do sumário do Acórdão do STJ de 15/04/2010, proc. n.º 138/08.6TALRA.S1, relator Fernando Fróis.

<sup>282</sup> Traduz-se em lacunas logicamente aceitáveis, embora não desejáveis. Pode ocorrer em três casos: quando o julgador não refere um determinado ponto por achar que é supérfluo perante os demais já referidos; quando, havendo teses contrapostas, aceitar uma exclui a outra; quando a apresentação da solução de uma questão faz precluir logicamente a análise de outras. O TC pronunciou-se a este propósito no Acórdão 408/2007 (proc. 268/07, relator Cons. João Cura Mariano).

Não se confunde com a mera omissão de motivação.

<sup>283</sup> Ou *motivação aliunde* ou por remissão. Quando não existe uma justificação *ad hoc*, mas em vez disso o julgador faz uma remissão para os argumentos de decisão anterior nos autos, «fazendo-os seus» no [seu] texto decisório. Dito de outro modo, trata-se de utilizar fundamentação de outra decisão existente no mesmo processo.

<sup>284</sup> Apenas se aceita nos casos em que o tema analisado o é reiteradamente e diz respeito exclusivamente a matéria de direito.

## Conclusão

A partir do séc. XIX, os poderes do juiz foram aumentando paulatinamente, passando de espectador ou mero árbitro a agente activo, podendo mandar realizar provas e conhecendo *ex officio* circunstâncias que até ali de si não dependiam, assumindo a iniciativa com o objectivo de descobrir a verdade e bem instruir a causa.

O juiz metamorfoseou-se, passando a ser uma espécie de artista jurídico, já que ele passou a criador do direito. A actividade jurisdicional exige a utilização da hermenêutica, concretizando a lei a cada caso concreto.

Importante para a consecução da actividade de julgar é, pois, a imparcialidade do juiz, pelo que, o princípio da independência e da imparcialidade não podem deixar de ser referidos ao se tratar esta questão.

Estes dois princípios não são senão garantias, com uma dupla função: por uma lado asseguram a objectividade do julgamento, consistindo numa correcta apreciação dos factos e aplicação das respectivas normas, e, por outro, permitem ao juiz exercer as suas funções sem pressões externas que qualquer ordem.

Todavia, há que sublinhar que imparcialidade não significa nem pode confundir-se com neutralidade.

O juiz não é, nem pode ser, neutro, no sentido de lhe ser indiferente o pleito. O julgador não tem interesse pessoal na demanda e no seu resultado, mas isso não significa que não tenda para o lado onde se encontra a razão e a justiça.

Aliás, é precisamente nesse sentido, e pretendendo-se obter um apuramento dos factos o mais fiel possível à realidade, que a lei permite ao juiz mandar investigar factos e contribuir para a actividade probatória do processo.

Dá a opção pelo princípio da investigação. O princípio da investigação é de base inquisitória, mas, dentro de alguns limites, compatibiliza-se com os desígnios do Estado de Direito, da “tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado.” (Dias, 1988/89: 33)

A estrutura acusatória do processo penal é uma exigência constitucional, mostrando-se ser a estrutura processual mais apropriada a conformar o imperativo das garantias de protecção do arguido.

E de entre as garantias em causa apontamos como essenciais no presente estudo, o princípio da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, o princípio da imediação e o do

contraditório, consagrados, respectivamente, no artº 32º, n.º 2 da CRP, tratando-se de um direito fundamental (artº 18º n.º 1 CRP), reconhecido pela DUDH (artº 11º), pela CEDLG Convenção Europeia para a protecção dos Direitos, Liberdades e Garantias (artº 6º n.º 2) e pelo PIDCP (artº 6º n.º 2); no artº 355º CPP (possível extraí-lo também do conteúdo dos artº128º n.º1, 129º, 130º, 140º n.º 2, 145º n.º 3 CPP); e artº 3º, artº 327º n.º 2, sendo também inferido dos artº 301º n.º 2, 321º n.º 3, 322 n.º 2 e 323 f) CPP, e, ainda do artº 32º n.º 5 CRP.

A prova constitui, também, um direito do arguido. O direito à prova decorre do direito constitucional à tutela efectiva, uma vez que emana dos direitos, liberdades e garantias do cidadão, que, conforme refere TEIXEIRA DE SOUSA, assegura e efectiva o seu direito de acção e de defesa.

Importa sublinhar que o direito à prova deverá ser entendido como o direito à prova relevante.

Fixado o *thema probandum*, com o despacho de acusação (ou de pronúncia, havendo Instrução) o arguido adquire o direito de defesa na sua plenitude.

Durante todo o processo, o arguido tem direito a requerer produção de prova (não obstante, no Inquérito, tal direito é muito limitado). Donde decorre que as limitações ao direito de apresentar prova terão que ser proporcionais e não arbitrárias.

E sendo o processo um procedimento epistémico, nele se recolhem e se utilizam conhecimentos com o objectivo de reconstruir a verdade das situações de facto em crise.

E, não obstante alguma discórdia da doutrina, hoje aparentemente já praticamente ultrapassada, relativamente à alegada diferença da verdade que se busca no processo civil e no penal, – referindo-se uma verdade formal e uma outra, a verdade material – o que é certo, é que deste ponto de vista não há grandes diferenças entre ambos os tipos de processo, na medida em que em ambos a decisão só será justa se estiver fundada numa determinação correcta e científica dos factos.

Ultimamente a doutrina moderna do direito processual tem vindo a contrariar aquela distinção de verdade(s), considerando que os interesses objecto da relação jurídica processual penal não têm qualquer particularidade que permita a inferência de que se deva aplicar métodos distintos dos utilizados no processo civil. E, neste sentido, o argumento base é que se o processo penal lida com a liberdade do indivíduo, no processo civil existem também interesses fundamentais da pessoa humana, como sejam a família e a capacidade jurídica do indivíduo e os direitos metaindividuais.

Assim, a distinção entre verdade formal e material deu lugar à diferenciação entre verdade e verosimilhança. Distinção esta que nos parece mais fecunda (quer do ponto de vista teórico, quer prático).

Por mais atento e escrupuloso que seja o julgador, alerta CALAMANDREI, existe sempre o limite da relatividade, inerente à natureza humana, daí que “o que se vê é aquilo que parece ser visto. Não é verdade, mas verossimilhança, isto é, aparência (que pode ser ilusão) de verdade.” (Arenhart, 2005: 17).

Para atingir o conceito de verosimilhança VALLE lança mão da ideia de experiência, daquilo que normalmente acontece. Assim: “a verossimilhança tem uma forte ligação com as máximas da experiência, ou seja, tem-se algo por verossímil quando, presente um dado antecedente, acredita-se possivelmente verdadeiro aquele alegado consequente, tudo com base na experiência anteriormente adquirida por meio de observação. [...] A ideia de se algo é verossímil ou não é revestida de um grau de subjectividade bastante elevado.” (Valle, 2007: 4)

O conceito em causa implica uma conexão com a ideia de possibilidade e probabilidade. Interessa, pois, procurar um referencial que consubstancie essas distinções e que possa ser utilizado pelo juiz no decorrer do processo. Referencial esse capaz de se adequar às necessidades da ciência e às possibilidades de cognição humana.

A filosofia moderna apresenta algumas propostas, dentre as quais se destaca a de JURGEN HABERMAS, que cremos ainda mais exacta e assertiva, e que radica na ideia de que a verdade se constrói dialecticamente, através da argumentação das partes, pelo que a comunicação (diálogo) terá um papel preponderante, já que se buscará a verdade através de um processo dialéctico.

Assim, a probabilidade é o mais próximo da verdade possível para o conhecimento humano – verdade factível. E esta obtém-se através do debate e do contraditório pleno, no qual há interacção entre os sujeitos.

A verdade é um factor de legitimação do direito processual. Ligado à busca da verdade material está o principal instituto do direito processual: a prova.

Daí que alguns autores (v.g ARENHART) vejam a prova como um meio retórico porque se destina a estabelecer o diálogo entre as partes e o juiz, por forma a conseguir o convencimento do juiz da validade ou verosimilhança dos factos, das pretensões ou excepções objecto desse diálogo.

Entre nós, CASTANHEIRA NEVES defende que a verdade que interessa ao processo penal é aquela que traduza uma “determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela pois uma verdade teórico-prática.” (Neves A. C., 1968: 48/9)

De facto parece-nos que assim é. A reconstituição judicial dos factos não escapa à subjectividade não só do juiz mas também dos demais intervenientes no processo, v.g. testemunhas, peritos, pelo que não pode ser captado na sua plenitude. E esta ideia é completada por MALAFAIA: cada indivíduo apreende apenas a parte de um todo, do que realmente sucedeu. Somos, “ou podemos ser, atraídos pelos nossos sentidos e ainda devemos contar com o factor ilusão que outrem possa provocar.” (Malafaia, 2010: 566)

Esta amálgama de ideias propostas pelos autores ora citados, e a nosso ver nada conflitantes, fez com que a tendência que hoje prevalece, como bem sublinha TARUFFO, seja a de que no processo civil o critério é o da probabilidade prevaemente (preponderance of evidence), e, no processo penal o critério a adoptar seja o da prova além de toda a dúvida razoável (proof beyond any reasonable doubt).

Estes critérios parecem ser, e bem, seguidos pela moderna doutrina e, como tivemos oportunidade de ver, pela jurisprudência maioritária dos tribunais superiores.

Mas as distinções entre processo civil e penal não se ficam por aqui. Desde logo, porque o processo civil se caracteriza pelo princípio do dispositivo, pertencendo às partes o impulso processual.

Já no processo penal (e pese embora em Portugal nunca tenha sido acolhido um princípio do inquisitório rígido) o código de 1987 – diploma exemplar e de importância incontornável na legislação internacional – aproveitou os méritos daquele sistema e instituiu um princípio do acusatório, ainda que mitigado, por ser o que mais se adequa aos princípios de um Estado de Direito Democrático. Caracteriza-se, portanto, por uma estrutura basicamente acusatória integrada por um princípio subsidiário complementar, ou supletivo de investigação oficial, como bem descreve FIGUEIREDO DIAS.

Compreende-se, cremos, perante tal cenário, que a actividade do juiz no processo, a sua relação com a prova, a valoração da mesma, os raciocínios a fazer e opções que a tomar face ao que lhe é apresentado, nunca ignorando as garantias de defesa do arguido, e a preocupação de elaborar uma decisão que além de justa seja compreensível e objectivamente justificável, sejam as questões que nos suscitaram maior interesse, pelo que sobre elas nos debruçamos no presente estudo.

O juiz tem que tem depurar e delimitar factos trazidos ao processo, verificando os que são provados pela prova apresentada, distinguindo-os dos não provados, fixando em concreto a matéria sobre a qual vai recair a sentença, para, de seguida, os subsumir na norma jurídica correspondente.

Neste refinamento, a operação valorativa do juízo de facto poderá distinguir-se em quatro (4) fases:

1. Factos alegados pelas partes, orientadores do processo, nas suas alegações.

2. Factos trazidos ao processo pelos meios probatórios. As provas oferecem um conjunto de afirmações instrumentais que o julgador vai comparar com as alegações das partes para determinar se são ou não factos provados. A prova tende a comprovar se tais alegações se adequam à realidade, ou seja, se são verdadeiras ou falsas.

As afirmações instrumentais trazidas pelos meios probatórios podem referir-se a meros factos ou a regras de experiência que permitam valorar um facto concreto ou, inclusive, servir de base para suportar a existência de um outro facto.

Os meios probatórios podem referir-se a factos puros, como a confissão, o testemunho, a prova documental ou a inspecção, ou a regras de experiência (por ex. através da prova pericial) que permitam inferir um outro facto: o facto presumido.

Daí que CLIMENT DURÁN proponha fazer-se a distinção entre provas primárias e provas secundárias, e, dentro das primeiras ainda a diferenciação entre as que se referem a factos puros ou a máximas de experiência.

Convém saber do que falamos quando nos referimos a regras de experiência. E STEIN é explícito: son definiciones o juizos hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos. Toda máxima de experiencia se firma, por tanto, por inducción, pues es una previsión a que podemos llegar «en la medida que partimos de la experiencia de que, en una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada.» (Stein, 1990: 30)

Há, então, provas que se traduzem numa informação directa. (v.g. confissão, da prova testemunhal, documental e da inspecção judicial). Todas comportam afirmações instrumentais que traduzem factos puros. São as provas primárias.

As provas secundárias permitem chegar a outras, através da indução e/ou da dedução, baseando-se nas provas primárias. O ponto de partida é a prova primária, de

factos puros, para chegar a outra, a de presunção ou indiciária, sempre respeitando a lógica vulgar e a experiência colectiva.

**3. Determinação dos factos provados.** Trata-se aqui da valoração propriamente dita. Esta fase implica um trabalho valorativo complexo. Numa primeira fase o julgador filtra a eficácia de cada meio probatório. Depois, caber-lhe-á comparar os factos que julgou provados.

Ao examinar cada meio probatório o juiz desenvolve um raciocínio dedutivo, no qual considera as manifestações de cada meio (confissão, testemunho, etc), relacionando-os com regras de experiência, a fim de determinar se o facto analisado é susceptível de ter acontecido, concluindo pelo valor a dar à informação transmitida pelo meio probatório analisado.

No final desta etapa o julgador está perante dois tipos de factos: as afirmações básicas (alegadas pelas partes) e as afirmações instrumentais (que crê serem credíveis). A tarefa que se segue é a comparar estes dois tipos de afirmações e verificar se as afirmações instrumentais comprovam ou não as básicas.

Concluimos, assim, que valorar implica, então, um esforço de comparação de factos. E, ainda, que existem três níveis de valoração, a que chamaremos:

- 1) Elementar
- 2) Acessória
- 3) Coadjuvante

Assim:

A valoração elementar – principal – reporta-se à comparação entre os factos alegados pelas partes e os obtidos pelos meios probatórios, após a que resultam provados ou desacreditados os factos.

A valoração acessória traduz-se no exame de indícios ou presunções, ou seja, na análise de factos cuja prova é feita indirectamente, mediante inferência resultante das regras de experiência e do senso comum. Prova-se a existência de um facto, mediante raciocínio indutivo, através da existência de outro/outros, já provado(s), e com aquele conectado(s) directamente. Este tipo de valoração tem muita importância, também, quando se trata de elementos de índole subjectiva (intenções do agente). Aqui a estrutura lógica é a da indução.

A valoração coadjuvante traduz-se na verificação da existência de ónus da prova e sobre quem impende. Esta valoração terá lugar fundamentalmente na prova civil, uma vez

que é o local próprio para aferição de ónus da prova, já que em processo penal em sentido próprio não existe.

4. Por fim, a 4ª fase do juízo de facto, que se consubstancia na fixação dos factos provados na sentença. É a motivação fáctica: a demonstração do raciocínio judicial e as razões do convencimento.

Por sua vez, a valoração jurídica que toma como ponto de partida os factos já fixados (através da operação valorativa do juízo de facto) para lhes aplicar uma norma e obter a consequência que tal norma estatui, é o juízo de direito.

O raciocínio aqui desenvolvido tem natureza dedutiva, silogística, na medida e, que existe uma premissa maior (a norma jurídica aplicável aos factos), uma premissa menor (factos provados que resultaram do juízo de facto) e uma conclusão, (consequência jurídica).

Considerando que o legislador português optou por consagrar um princípio de prova livre ou como é unanimemente definido na doutrina portuguesa, um sistema da livre apreciação da prova, – reflectido no artº 607º, n.º 4 e 5 CPC, e, no que ao processo penal diz respeito, no artº 127º CPP, que refere: “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente.” – uma conclusão se impõe: não existe, portanto, neste sistema um arbítrio, mas sim uma vinculação a princípios de direito probatório de extrema importância.

Há uma liberdade, sim, mas uma liberdade de acordo com um dever, como bem recorda FIGUEIREDO DIAS. Esse dever é o de perseguir a verdade material, de tal forma que “a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptíveis de motivação e controlo.” (Dias, 1974: 203)

Não se trata, portanto, de uma convicção puramente subjectiva e emocional, ao invés, tratando-se de uma convicção pessoal, “ela é necessariamente objectivável e motivável” (Brito, 2013) (Dias, 1974)

E o critério prático adequado para conseguir tal convicção dá-no-lo FIGUEIREDO DIAS, assentando na jurisprudência anglo-americana: quando o juiz se convença da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável.

O artº 127º CPP estabelece três (3) tipos de critérios para avaliação da prova:

1. uma avaliação inteiramente objectiva quando a lei assim o estabelecer (como é o caso, v.g., dos documentos autênticos);
2. outra, também objectiva, que se reporta às regras da experiência;
3. e por fim, uma eminentemente subjectiva, que resulta da livre convicção do julgador.

Além da definição de STEIN, supra, refiramos aquela que, entre nós, foi dada por CASTRO MENDES: regras de experiência são “argumentos que ajudam a explicar o caso particular como instância daquilo que é normal acontecer.” (Mendes, 2010: 1011) Tais argumentos ajudam à passagem de um facto conhecido para um desconhecido. O julgador terá que apurar se e em que medida os factos concretos confirmam ou não “as inferências gerais, típicas e abstractas.” (Brito, 2013: 5)

E o Acórdão STJ de 06/10/2010 dá, ainda, uma achega: “Na análise e interpretação dos comportamentos humanos há feixes de apreciação que se formaram e sedimentaram ao longo dos tempos: são as regras da experiência da vida e das coisas que permitem e dão sentido construtivo à regra que é verdadeiramente normativa e tipológica como meio de prova – as presunções naturais.”

À liberdade valorativa são impostos determinados limites.

PINTO DE ALBUQUERQUE aponta-lhe limites exógenos (o *in dubio pro reo*, a busca da verdade) e endógenos (grau de convicção requerido para a decisão e à proibição dos meios de prova) que condicionam o próprio processo de formação da convicção e da descoberta da verdade.

Além dos limites que as regras da experiência e a lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica, que são verdadeiros limites à discricionariedade do julgador, e não olvidando o as regras da proibição de valoração de provas, ínsito no artº 355º CPP, existem também os limites impostos pelo valor a atribuir: à prova pericial, aos documentos autênticos e autenticados, à confissão do arguido em audiência, ao caso julgado.

Mas a par destes que a doutrina costuma enumerar, existem outros, a nosso ver de extrema importância: os limites impostos pelas declarações para memória futura, pelas declarações do co-arguido e pelas declarações das testemunhas protegidas.

O artº 151º CPP estatui a possibilidade de, caso sejam necessários conhecimentos específicos de determinada área para avaliação de um facto, ela seja feita por um perito, competente na matéria em causa, que fundamentará o seu laudo, e cujo juízo está, em

princípio, subtraído à apreciação do juiz (artº 163º CPP). De facto, o perito é um verdadeiro auxiliar daquele.

O artº 255º CP define o que é um documento: a declaração corporizada em escrito, ou registada em disco, fita gravada ou qualquer outro meio técnico, que permitindo reconhecer o emitente é idónea a provar facto juridicamente relevante. E podem ser: particulares ou autênticos (artº 363º CCivil)

Os documentos autênticos e autenticados têm força probatória plena: consideram-se provados os factos que eles consubstanciarem, enquanto não forem fundamentadamente postos em causa. É o que traduz o artº 169º CPP. Por exclusão de partes, os documentos particulares são avaliados pelo juiz nos termos do artº 127º CPP: livremente.

No que diz respeito à confissão do arguido, prevê o artº 344º CPP, que tem valor probatório pleno, considerando-se confessados os factos, salvo se se verificarem as circunstâncias do n.º 3 daquele artigo.

Todavia, não podemos deixar de referir que há que ter em conta que as declarações do arguido, de onde pode constar a sua confissão dos factos, constituem um direito de defesa e, em simultâneo, traduzem-se num meio de prova. De salientar também, que, em 2013, foi alterado o normativo e deixado de ser excepcional a possibilidade de leitura das declarações do arguido.

Na prova por declarações o momento processual em que acontece a confissão determina, portanto, a valoração da prova que dela resulte. E isto porque é diferente se se tratar de declarações feitas perante uma autoridade policial, em sede de inquérito, ou se se tratar de declarações em audiência de discussão e julgamento.

No que se prende com o caso julgado, não existe na legislação qualquer preceito que lhe defina o valor.

Na verdade, uma decisão não é imodificável. Ela é-o apenas tendencialmente (por necessidade de garantir a certeza e a segurança do direito), já que existe a possibilidade de ser sindicada mediante recurso extraordinário, nos termos dos artº 437º e 449º CPP.

Tendo presente a distinção entre caso julgado formal e material facilmente se depreenderá que o caso julgado formal não constitui um limite ao princípio da livre apreciação da prova, na medida em que a decisão é intra-processual.

O mesmo não sucede no caso julgado formal “quando se verifique identidade do agente (...) e identidade do facto, por força da proibição constitucional do ne bis in idem”, nos termos do artº 29º n.º 5 CRP. (Neves, 2011: 104)

Recorda-se, no entanto, que a admissibilidade dos fundamentos de revisão do caso julgado material se circunscrevem ao artº 449º n.º 1 CPP, precisamente com o fito de, como se referiu supra, manter a imutabilidade da decisão pela necessidade certeza jurídica.

Os depoimentos para memória futura (artº 271º CPP) inserem-se no âmbito da produção antecipada de prova, tratando-se de um meio cautelar de produção de prova. Reconduzem-se a situações de doença grave, deslocação da testemunha para o estrangeiro e que posteriormente não possa ser ouvida em julgamento e casos de vítima de crime de tráfico de pessoas ou contra a liberdade e autodeterminação sexual.

A admissibilidade destes depoimentos levanta questões pertinentes: uma contraposição de valores conflituantes: por um lado o exercício de um pleno contraditório; e, por outro, a necessidade de recolha e produção antecipada de prova.

E a problemática acentua-se se se tratar de declarações prestadas através de videoconferência, e, mediante invocação e aplicação da Lei de Protecção de Testemunhas, se produzirem com ocultação da identidade da testemunha

A jurisprudência tem entendido que deve prevalecer a recolha de prova e a sua produção antecipada, pelo que tem deferido estas declarações. A valoração das declarações para memória futura está dependente da sua leitura em audiência e da sujeição ao contraditório. Neste sentido acompanhamos ANTÓNIO GAMA e JOAQUIM MALAFAIA e a doutrina maioritária.

Também nas declarações de co-arguido arrependido não existe nenhum dispositivo legal que determine o valor probatório das suas declarações, valendo, portanto, o princípio geral da liberdade de apreciação da prova. Todavia, há nuances que vão determinar uma maior ou menor credibilidade das mesmas.

É verdade que o arrependimento consubstancia o primeiro passo para a interiorização do comportamento, mormente da culpa, reencontrando os valores societários. Mas é igualmente verdade que saber se tal arrependimento é consciente e sincero, sem segundas intenções que possam beneficiar o declarante, é quase impossível. (O texto “Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos”, de GERMANO MARQUES DA SILVA, é paradigmático.) Por essa razão, cremos, TERESA BELEZA desvaloriza o depoimento do co-arguido, atribuindo-lhe credibilidade diminuta. O que nos parece perfeitamente válido e compreensível.

Para que sejam de passível valoração, as declarações do co-arguido terão de ter uma verificação suplementar: elas terão de ser corroboradas.

Quer a doutrina quer a jurisprudência têm alertado para a existência de motivos espúrios e tentativas de auto-exculpação que podem minar (e minam!) tais declarações, pelo que nunca será demais alertar para os cuidados a ter aquando da sua valoração.

A Lei de protecção de testemunhas (lei 93/99, de 14/7) prevê casos de especial vulnerabilidade de testemunha e a possibilidade de prestarem declarações em condições de segurança (ocultação da imagem, da voz, ou de ambas), de modo a evitar-se o seu reconhecimento, quando se trate de crimes do catálogo.

O comprometimento do princípio da imediação justifica-se pelos valores envolvidos que se pretende proteger (normalmente a vida ou integridade física da testemunha).

O valor probatório das declarações prestadas, estabelecido no artº 19º n.º 2 da referida Lei, reconduz-se à impossibilidade de condenação quando existam apenas depoimentos ou declarações produzidas por testemunhas (ainda que várias) cuja identidade não foi revelada. Compreensível, já que um dos princípios estruturantes do processo penal – o contraditório – é posto em crise.

Não obstante, saliente-se o alerta que FERNANDO TORRÃO faz quando escreve que se trata de “um dos métodos mais eficazes nos processos de feição inquisitória com vista a uma justiça que, sobretudo, se realiza com a punição do réu.” (Torrão, 2003: 66)

Considerando a necessidade de o Direito Penal dar resposta às novas tendências criminais – e ainda que não se possa permitir colocar-se em causa princípios que alicerçam o Estado de Direito – entendeu-se tratar-se de uma excepção e que tais procedimentos incertos na referida lei seriam aceitáveis para a prossecução dos fins da realização da justiça, descoberta da verdade material e restabelecimento da paz jurídica.

Uma vez expostas as limitações à livre apreciação da prova, diremos ainda que esta liberdade de valoração está intimamente relacionada com o exame da prova na sentença, sendo a liberdade de valoração e motivação de facto indissociáveis.

A explicação dada acerca de um facto estar ou não comprovado, de uma prova ser ou não relevante, deve ser dada na decisão, pois só assim se assegura que se analisou todas as provas. É necessário demonstrar as razões pelas quais se fez determinadas opções durante o processo valorativo e motivacional e se chegou à conclusão apresentada. Daí a necessidade da fundamentação da sentença, imposta por lei ordinária (artº 97º n.º 5, 389º A

[391º F], e, por conexão lógica, o artº 410º n.º 2 e 412º CPP) e constitucional (artº e 205º n.º 1 CRP).

A prova indirecta, indiciária e circunstancial ou por presunções, reveste uma maior complexidade que a prova directa, pelo que também implica exigências especiais de fundamentação.

“A prova indiciária pressupõe um facto, demonstrado através de uma prova directa, ao qual se associa uma regra da ciência, uma máxima da experiência ou uma regra de sentido comum. Este facto indiciante permite a elaboração de um facto-consequência em virtude de uma ligação racional e lógica.” (Cabral, 2011: 1)

O indício funciona como uma premissa cuja conclusão, à qual se chega através de um raciocínio lógico de inferência, acrescenta algo novo ao facto base. Mas, para ser(em) considerado(s) têm que cumprir alguns pressupostos: ser certos, inequivocamente acusatórios e incriminatórios, ser contemporâneos do facto a provar e terem com este uma relação de interdependência e inter-relação. Têm ainda que ser graves, precisos e concordantes. E ainda que inexistir contra-indícios.

A prova dos factos que realizam o tipo subjectivo do crime, e, especificamente do dolo, é um exemplo paradigmático de demonstração por prova indirecta.

Os factos internos, psíquicos, não são observáveis empiricamente, pelo que têm que ser inferidos a partir da conduta externa do agente.

Para auxiliar na avaliação da prova indirecta, a jurisprudência criou um catálogo de «indícios-tipo» para inferir o dolo em diversos tipos de crime (v.g. aptidão da arma utilizada; parte do corpo em que a vítima foi atingida; comportamento posterior do agente do crime, entre outros).

DE MIRANDA VÁZQUEZ enriquece o «catálogo semiótico» dos indícios-tipo falando dos *factos avisadores*. Trata-se de indícios anteriores à representação mental, e estão intimamente relacionados com as regras de experiência, na medida em que são circunstâncias fácticas que surgem como antecedente lógico de processos de pensamento. No fundo, tais factos, “proporcionan información sobre un posible escenario factual que puede pasar de potencia a acto en cualquier momento” (Vázquez, 2011: 31)

Por entender que não é suficiente o recurso a métodos indiciários e que a sua valoração pode não ser correcta, tendo em conta a variabilidade das convicções pessoais, RAGUÉS I VALLÈS, entende ser necessário analisar as regras de experiência,

nomeadamente as «regras de experiência sobre o conhecimento alheio», que, perante determinados elementos externos concorrentes, vão permitir determinar o que é que o agente representou no momento em que praticou determinada conduta.

Assim, o parâmetro para definir se certa regra de experiência é ou não correcta será a existência de um "amplo consenso social em torno de su vigência" (Ragués i Valles, 2004:20). Só quando o juiz verificar a existência de interacção com uma dessas regras de experiência cuja vigência seja indiscutível, nos termos da qual um indivíduo forçosamente tenha conhecimento de determinados factos, pode imputar tais conhecimentos de forma correcta ao arguido.

A prova indiciária apresenta hoje uma importância fundamental. Principalmente se nos ativermos na nova tipologia de crimes, no avanço da tecnologia, na capacidade de camuflagem e no hermetismo da actuação de muitos grupos organizados, mormente quando estão em causa crimes como o branqueamento de capitais, o tráfico de droga, de armas ou de pessoas, ou de terrorismo, pedofilia em larga escala e em rede, que implicam quase sempre uma organização complexa, que impedem ou, pelo menos, dificultam grandemente a prova directa.

Se esta «nova ordem mundial» tem, inclusive, suscitado uma reflexão doutrinária da dogmática jurídico-penal, a ela não pode ficar indiferente a Magistratura.

É nesta realidade que o juiz se insere e tem necessariamente que saber raciocinar, interpretar e decidir, sempre tendo por base os princípios fundamentais de direito, mas adaptando-se às novas realidades, pois caso não o faça tornar-se-á obsoleto, ou, pelo menos, desactualizado.

Analisámos o que significa valorar, em que consiste a actividade do julgador perante a prova, mas, e o que é a motivação?

A motivação consiste em expressar os motivos ou razões do decidir, o *iter* lógico seguido pelo juiz para chegar à decisão. Esta noção é comumente referida, mas peca pela incompletude.

Não há um modelo exaustivo e unitário que permita identificar a estrutura do juízo nem da motivação. Aliás, provavelmente é impossível delinear um esquema homogéneo e unitário do raciocínio do juiz, que permita ilustrar todos os momentos em que se articula aquele raciocínio. Isto di-lo TARUFFO, que secundamos, evidenciando a heterogeneidade das operações nas quais se articula o pensamento e raciocínio do julgador.

TARUFFO desenvolve estas ideias, debruçando-se sobre a análise semiológica da motivação, e evidencia caracteres que crê importantes, como o conceito de signo e de

indício. Trata, dessa forma, aspectos não jurídicos do fenómeno motivação, especificamente os «elementos metajurídicos» que julga serem necessários para a solução do problema sob a perspectiva jurídica.

E demonstra que não há coincidência entre a estrutura da motivação e a da decisão, ou seja, a estrutura da motivação não se confunde com a estrutura da sentença. Ela é um dos requisitos desta, e faz parte de um todo maior, juntamente com a fundamentação, o relatório e o dispositivo.

A motivação é uma actividade de interpretação e aplicação do direito e a valoração da situação de facto e da prova.

A sentença tem por objectivo demonstrar lógica e coerentemente a obra do julgador.

O autor faz também uma distinção entre a lógica do juízo e a lógica da motivação: a lógica será diferente se tiver a ver com o modo como o juiz chega à decisão ou se tiver a ver com a forma como o juiz justifica a decisão a que chegou.

A “lógica do juiz” bifurca-se na lógica do juízo e na lógica da motivação que devem ser analisadas separadamente, ainda que haja correlação entre ambas.

No raciocínio decisório a actividade valorativa do juiz tem um papel decisivo. Desde logo porque interessa saber satisfatoriamente as características, modos e consequências daquela actividade.

Referimos algumas das contribuições para a tentativa de explicação destas questões, nomeadamente sobre as teorias do juízo e da motivação, nomeadamente:

- a) Teoria do Silogismo Judicial, sistemático-dedutiva;
- b) Teoria Tópica do Raciocínio Jurídico de THEODOR VIEHWEG;
- c) Teoria Retórica da Argumentação Jurídica de CHAIM PERELMAN;

E salientamos a crítica feita por TARUFFO aos autores que defendem a homogeneidade do raciocínio jurídico, afirmando, que, ao invés, a homogeneidade é, na verdade, meramente fictícia, já que nenhum dos modelos propostos logra uma representação cabal quer do raciocínio do juiz quer da sua motivação.

Daí que ele próprio não pretenda, na sua obra, descrever a estrutura racional do raciocínio e da motivação como um paradigma lógico com validade geral, até porque as respectivas estruturas são diferentes, consoante o ordenamento jurídico e o momento histórico. Interessa antes evidenciar as componentes fundamentais que fazem parte do raciocínio do juiz e que têm características autónomas e específicas.

A lógica e a racionalidade particular de cada fase do raciocínio determina a sua posição na estrutura global do mesmo, de forma que é a natureza específica do juízo ou do argumento que determina as condições de validade.

A lógica do raciocínio é distinta conforme seja utilizada para decidir ou para motivar. E, sendo assim, cada modelo de raciocínio tem esquemas diferentes, de acordo com o seu fim (decidir/motivar), o que não significa que não haja coincidências entre ambos.

No caso da motivação há que precisar que ela poderá significar, ainda, uma de duas coisas: o raciocínio justificativo traduzido na escolha de razões para justificar a decisão e o discurso em si, através do qual se expõem aquelas razões. Nesse sentido, a estrutura justificativa da motivação traduzir-se-á na demonstração do *iter* percorrido pelo julgador que justifica a decisão.

TARUFFO refere como requisitos substanciais da motivação, os seguintes: a inteireza; a dialéctica e a racionalidade, assegurando que existe um conteúdo mínimo essencial da motivação.

Caso os requisitos substanciais e os elementos mínimos essenciais sejam respeitados, a motivação poderá considerar-se completa, ou seja, sem vícios que impliquem a nulidade da sentença, permitindo-se, assim, o controle externo da decisão por parte dos destinatários.

Dentre as propostas apresentadas sobre o tema, a estrutura lógica organizativa do raciocínio do julgador elaborada por TARUFFO supera, a nosso ver, pelos motivos expostos, todas as demais.

Todavia, identificar os vícios da motivação é, na prática, algo bastante complexo e de difícil determinação.

Há que ter consciência que a motivação tem também fins políticos – é a sua função extra-processual. A transparência, conjugada com a publicidade da decisão, permite o controlo social, político, académico, disciplinar e superior. Tudo isto visando reforçar a confiança dos cidadãos na Magistratura, através da racionalidade da fundamentação.

No discurso judiciário não é de optar pela lógica ou pela retórica. Ele comporta as vertentes narrativa, argumentativa e decisória, pelo que não é possível dissociar o papel da argumentação jurídica e da retórica forense em sede de fundamentação das decisões.

Por essa razão, chamámos à colação teorias de TOULMIN, MACCORMICK e ALEXY.

Relativamente à metodologia dos dois últimos e no que se prende com as duas teorias mais recentes, ATIENZA assinala-lhes o facto de não apresentarem um procedimento que permita perceber como o juiz fundamenta as suas decisões. Aqueles filósofos recorrem à lógica formal dedutiva, tradicional, e ela não é suficiente para dar tal explicação.

Quanto aos critérios de correcção do método, a objecção mais premente é que os critérios de racionalidade prática são critérios mínimos que apenas permitem concluir como irracionais algumas decisões ou formas de argumentação.

Entendendo que as teorias propostas são manifestamente insuficientes, não obstante lhes reconhecer alguns méritos, ATIENZA refere ainda a proposta de apresentada pelo norte-americano SUMMERS. No entanto, é de opinião que nem esta se pode considerar um modelo acabado do raciocínio judicial justificativo (o que, aliás, o próprio SUMMERS reconhece). Não obstante, tem a vantagem de, por se tratar de uma análise com um menor grau de abstracção, nomeadamente através da comparação das razões finalistas e das de correcção, permitir uma melhor compreensão de parte do raciocínio justificativo, podendo ajudar os juízes na justificação das suas decisões.

Não se pode deixar de apontar que a própria definição de «boas razões» é problemática. Depois, transpor tal modelo para ordenamentos jurídicos onde não exista o sistema do precedente implicaria sérias dificuldades práticas.

Independentemente do modelo adoptado em determinada época histórica, o que nos parece poder ser de reter ao nível da argumentação jurídica e da sustentação da decisão, em termos práticos, é que o julgador, na decisão, se preocupe em convencer os destinatários da mesma de que aqueles argumentos são os mais adequados à resolução do caso concreto.

Deste modo o discurso judiciário deverá ser: coerente, no sentido de consistente, e lógico; objectivo, ou “perspectivado em dados autonomizáveis, exteriores à percepção subjectiva” (Graça, 2008 :14); fundamentado, ou seja, contendo dados que bastem à sua justificação; vinculado ou circunscrito ao *thema probandum* e ao *thema decidendi*, racional e portanto compreensível e justificável na convicção demonstrada; expressivo ou inteligível a quem o analisar; abrangente por conhecer todas as questões juridicamente relevantes no processo; crítico, correlacionando provas; e suficiente no sentido de ter a fundamentação necessária.

Uma boa decisão deverá, pois, ser clara, sem ambiguidades ou obscuridades que necessitem de uma pronúncia ulterior para as explicitar.

A sentença deve ser simples, objectiva e tanto quanto possível sucinta, sem, todavia, pecar por insuficiente fundamentação, e deve ser lógica e coerente, sem contradições.

Face à redacção do artº 374º n.º 2 CPP, além da enumeração das razões de facto e de direito, o juiz terá de fazer um exame crítico das provas, a fim de que este esclareça quais o convenceram e porquê, mediante critérios de razoabilidade.

Reclama-se, assim, o exame crítico de todas as provas, a favor ou contra, para que possa dizer da sua credibilidade e influência no processo decisório. É esse o momento da objectivação da livre convicção do juiz.

“Somente assim se cumpre a função intraprocessual, endoprocessual e ainda exoprocessual da motivação”, escreve GRAÇA. (Graça, 2008: 21)

É com a exigência da fundamentação da sentença que se consegue que as decisões judiciais se impunham pela razão que lhes subjaz e não pela autoridade de quem as profere.

285

---

<sup>285</sup> Neste sentido MARQUES FERREIRA (Ferreira M. M., 1989) e, entre outros, Acórdãos STJ 12/03/2015, 30/10/2013, 17/12/2009, 15/10/2008, 13/02/2008, 09/01/2008.

## Bibliografia

- A. Cintra, A. G. (2002). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Adomeit, K. (1984). *Introducción al teoría del Derecho*. Madrid: Ed. Civitas.
- Albuquerque, P. P. (2008). *Comentário do código de processo penal à luz da constituição da república e da convenção europeia dos direitos do homem*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa.
- Alexy, R. (2001). *Teoria da Argumentação Jurídica*. São Paulo: Landy Livraria Editora e distribuidora, Ltda.
- Andrade, B. (2012). *Particularidades da investigação: meios especiais de obtenção e valoração da prova no âmbito da criminalidade económico-financeira*. Obtido em 04 de 2015, de [www.cej.pt](http://www.cej.pt): [http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Jurisdicao\\_Penal\\_Trabalho.pdf?id=9&username=guest](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/ebooks/trabalho/Jurisdicao_Penal_Trabalho.pdf?id=9&username=guest)
- Andrade, J. C. (1991). *O dever da fundamentação expressa de actos administrativos*. Coimbra: Almedina.
- Andrade, M. d. (2006). *Sobre as proibições de prova em Processo Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Aragão, E. D. (Outubro-Dezembro de 2002 - ano 27). Hobbes, Montesquieu e a teoria da acção. *Revista de Processo (108)*, pp. 9 - 22.
- Aranha, A. J. (1994). *Da Prova no Processo Penal (3ª ed. atual. e ampl)*. São Paulo: Saraiva.
- Aranha, A. J. (2006). *Da Prova no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva.
- Arenhart, S. C. (2005). A verdade e a prova no Processo Civil. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, pp. 71-109.
- Arruda, T. d. (2014). *Defesa da Obrigatoriedade das Declarações para Memória Futura: um levante contra a vitimização secundária?* Obtido em 25 de 05 de 2015, de <http://alvoradamaringa.com.br/>: <http://www.alvoradamaringa.com.br/revista/index.php/smg/article/download/15/16>.
- Atienza, M. (2005). *La Razones del Derecho - Teorías de Argumentación Jurídica*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Azevedo, P. (2000). *Aplicação do direito e contexto social (2ª ed., 2ª tir)*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

- Baptista, J. J. (1990). *Processo Civil I - Teoria Geral do Processo Declarativo com Referências ao Anteprojecto do Novo Código de Processo Civil*. Lisboa: Universidade Lusíada.
- Beleza, T. P. (1998). «Tão amigos que nós éramos»: o depoimento do co-arguido no Processo Penal Português. *Revista do Sindicato dos Magistrados do Ministério Público*, p. 39 ss.
- Beltrán, J. F. (2004). *Prova e verità nel diritto*. Bologna: II Mulino.
- Braz, J. (2010). *Investigação Criminal - A organização, o método e a prova*. Coimbra: Almedina.
- Brito, A. M. (Maio de 2013). Apreciação da prova e prova indirecta. *Curso de Temas de Direito Penal e Processual Penal - Formação Contínua - CEJ*. Lisboa.
- Bucho, J. M. (02 de 04 de 2012). *Declarações para memória futura (elementos de estudo)*. Obtido em 02 de 05 de 2015, de Tribunal da Relação de Guimarães: [http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes\\_para\\_memoria\\_futura.pdf](http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf)
- Cabral, S. (2012). Prova Indiciária e as novas formas de criminalidade. *Revista Julgar*, pp. 13 - 33.
- Cagliari, J. F. (Julho/Setembro de 2001). A prova no processo penal. *Revista Justicia - A Revista do Ministério Público de S. Paulo*, pp. 78-100.
- Calamandrei, P. (1955). Verità e verossimiglianza nel processo civile. *Rivista de diritto processuale*, pp. 164-192.
- Calamandrei, P. (2000). *Eles, os juízes, vistos por um advogado*. São Paulo: Martins Fontes.
- Calogero, G. (1937 (re-imepressão 1964)). *La logica del giudice e il suo controllo in Cassazione*. Pádua: CEDAM.
- Câmara, A. F. (2006). *Lições de direito processual civil (Vol. I)*. Rio de Janeiro : Livraria e Editora Luman Iuris Ltda.
- Camisão, S. D. (2012). *A verdade Processual*. Obtido em 15 de 06 de 2015, de Universidade do Porto: [http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs\\_pesquisa.show\\_publ\\_file?pct\\_gdoc\\_id=10743](http://sigarra.up.pt/fdup/pt/publs_pesquisa.show_publ_file?pct_gdoc_id=10743).
- Canotilho, G. (2014). *Constituição da República Portuguesa - Anotada (Vol. I)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, J. G. (1999). *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- Cappelletti, M. (1993). *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris.

- Carnelutti, F. (XX (2ª série) de 1965). Veritá, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, pp. 4-9.
- Carnelutti, F. (1982). *La Prueba Civil*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
- Carvalho, A. B. (N.º 7 de 2002 ). O juiz e a jurisprudência - um desafio crítico. *Revista de Estudos Criminais - ITEC*, pp. 13 – 18.
- Carvalho, M. C. (Setembro - Dezembro de 2008 (n.º 6)). A base argumentativa na decisão judicial. *Julgar*, pp. 69-76.
- Ceccaldi, P. F. (1988). *A Criminalística (trad.Pilar Delvaux)*. Lisboa: Publicações Europa-América.
- Climent Durán, C. (2005). *La Prueba Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Comoglio, L., Ferri, C., & Taruffo, M. (1998). *Lezione Sul Processo Civile (2ª ed.)*. Bologna: Il Mulino.
- Correia, E. (1983). *A Teoria do Concurso em Direito Criminal*. Coimbra: Almedina.
- Correia, E. H. (1956). *Processo Criminal (fascículos policopiados)*. Coimbra.
- Correia, J. C. (2010). *O mito do caso julgado e a revisão propter nova*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Correia, J. M. (s.d.). *Morra Alberto dos Reis!* Obtido em 10 de 02 de 2015, de [www.oa.pt](http://www.oa.pt): [https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oa.pt%2FUploads%2F%257B9E583891-7066-461F-967A-2A57AD8C5C98%257D.doc&ei=\\_IPaVISDJ8PwUo2ihEg&usg=AFQjCNGbzvrjGmCteB37VmYp4YpAFxPABw](https://www.google.pt/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0CC8QFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.oa.pt%2FUploads%2F%257B9E583891-7066-461F-967A-2A57AD8C5C98%257D.doc&ei=_IPaVISDJ8PwUo2ihEg&usg=AFQjCNGbzvrjGmCteB37VmYp4YpAFxPABw)
- Costa, J. F. (2001). O fenómeno da globalização e o direito penal económico (Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares). *Studia Iuridica (61)*, p. 535 ss.
- Couture, E. (1977). *Fundamentos del derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Cunha, D. d. (N.º 3, Separata de 1977). O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento – artº 356º e 357º CPP. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* , pp. 403-443.
- Dellepiane, A. (2004). *Nueva teoría de la prueba*. Bogotá: Edit. Temis.
- Delmas-Marty, M. (Ano 9 de 1999). A caminho de um modelo europeu de processo penal. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, pp. 229-243.
- Delmas-Marty, M. (Ano 9 de 1999). A caminho de um modelo europeu de processo penal. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, pp. 229-243.

- Dias, A. S. (4/5 de 2007). De que Direito Penal precisamos nós Europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário. *Lusíada. Direito*, pp. 13-28.
- Dias, J. F. (1974). *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, J. F. (1988/89). *Direito Processual Penal (Lições coligidas por Maria João Antunes - Secção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra)*. Coimbra.
- Dias, J. F. (2008). Sobre a revisão de 2007 do Código de processo penal Português. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 368 e ss.
- Dias, J. F. (18, n.º 2 e 3 de 2009 ). Sobre a Revisão de 2007 do Código de Processo Penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*.
- Dias, M. J. (N.º 13 de 2011). A fundamentação do juízo probatório - Breves Considerações. *Julgar* , pp. 175 - 199.
- Díez-Picazo, L. (1973). *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Díez-Picazo, L. (1999). *Experiencias Jurídicas y Teoría del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Dinamarco, C. R. (2009). *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Dominguez, C. (1988). *Derecho Procesal, Gimeno Sendra (et alii - tomo II*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Duarte, E. B. (2011). *Prova Criminal e Direito de Defesa - Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal (Coordenação Frederico Lacerda da Costa Pinto e Teresa Pizarro Beleza)*. Coimbra: Almedina.
- Fenoll, J. N. (Maio de 2011). Oralidad e Inmediación en la Prueba: Luces y Sombras. *Interior Revista*, pp. 35-51.
- Ferreira, J. D. (1892). *Novíssima Reforma Judiciária Anotada*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra.
- Ferreira, M. C. (1955-1958). *Curso de Processo Penal II*. Lisboa: Gomes & Rodrigues .
- Ferreira, M. C. (1986). *Curso de Processo Penal (1º Vol)*. Lisboa: Editora Danúbio.
- Ferreira, M. M. (1989). Meios de Prova. In CEJ, *Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina.
- Filho, A. M. (2001). *A motivação das decisões penais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Fornaciari, M. a. (2007). *Reflexiones acerca del objeto de la prueba en el proceso civil*. Obtido em 07 de 07 de 2015, de Rede Iberoamericana de Escuelas Judiciales: <http://www.riaj.com/node/262>

- Foucault, M. (1996). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau.
- Gadamer, H.-G. (2003). *O problema da consciência histórica (2. ed.)*. Rio de Janeiro: Editora FGV.
- Gama, A. (2009). Reforma do Código de Processo Penal: prova testemunhal, declarações para memória futura e reconhecimento. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 391 - 420.
- Ghirard, O. A. (1982). *Lecciones de Lógica del Derecho*. Córdoba: Publicaciones de la Universidad Nacional de Córdoba.
- Giacomolli, N. J. (2008). *Reformas (?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Graça, A. P. (07 de 03 de 2008). *Aspectos metodológicos do discurso judiciário*. Obtido em 03 de 2015, de [www.stj.pt](http://www.stj.pt): [http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/apiresgraca\\_discursojudiciario.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/apiresgraca_discursojudiciario.pdf)
- Graça, A. P. (13 de 03 de 2015). *Produção, apreciação e valoração da prova em julgamento no processo penal*. Obtido em 10 de 05 de 2015, de [ww.cej.pt](http://ww.cej.pt).
- Homem, C. d.-A. (2014). *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do STJ - Acórdãos seleccionados*. Lisboa.
- Huppfer, H. M. (Agosto de 2011). A Filosofia do Jusnaturalismo Moderno-Iluminista como Paradigma Precursor da Cientificidade do Direito. *Temas Actuais do Processo Civil - Revista Electrónica*.
- Jacinto, F. T. (Abril/Junho de 2009). O Modelo de Processo Penal entre o inquisitório e o acusatório: repensar a intervenção judicial na comprovação da decisão de arquivamento de inquérito. *Revista do Ministério Público*, pp. 5 - 43.
- Jakobs, G. (2009). *Direito Penal do Inimigo (Org. Luiz Moreira, E. Pacelli de Oliveira; tradução de Gercélia B. de Oliveira Mendes)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Jr, F. D., Braga, P., & Oliveira, R. (2010). *Curso de direito processual civil*. Salvador: Juspodivm.
- Khader, E. M. (2012). *A prova do dolo*. Rio de Janeiro : Universidade do Estado do Rio de Janeiro .
- Lagier, D. G. (2004). *La prueba de la intención y el Principio de Racionalidad Mínima*. Obtido em 02 de 08 de 2015, de [dialnet.unirioja.es](http://dialnet.unirioja.es): <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=964175>
- Larenz, K. (1991). *Metodologia da Ciência do Direito*. Berlim: Springer - Verlag.

- Leite, I. F. (21 de Junho de 2014). *"Arrependido" - A colaboração processual do co-arguido na investigação criminal*. Obtido em 30 de Abril de 2015, de <http://www.researchgate.net>:  
[http://www.researchgate.net/publication/263276818\\_Arrependido\\_A\\_Colaborao\\_d\\_o\\_Co-Arguido\\_na\\_Investigao\\_Criminal](http://www.researchgate.net/publication/263276818_Arrependido_A_Colaborao_d_o_Co-Arguido_na_Investigao_Criminal)
- Lira, G. (2005). *A motivação na valoração dos fatos e na aplicação do direito*. Obtido em 28 de 08 de 2015, de Universidade Federal do Rio Grande do Sul: <http://www.ufrgs.br/>
- Lopes, J. M. (Abril de 2007 (n.º 26)). O interrogatório da vítima nos crimes sexuais: as declarações para memória futura. *Revista Sub Judice – Justiça e Sociedade*, pp. 13-19.
- Lopes, J. M. (janeiro-abril de 2010). Gestão processual: tópicos para um incremento da qualidade da decisão judicial. *Julgar*.
- Lopez Moreno, S. (1879). *La Prueba de Indicios*. Madrid: Imprenta de Aurelio J. Alaria.
- Malafaia, J. (Outubro-Dezembro de 2004 - V. 14, n. 4). O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 509-539.
- Malafaia, J. (Outubro - Deembro de 2010). A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, p. 555 ss.
- Malatesta, N. F. (1927). *A lógica das provas em matéria criminal*. Lisboa: Livraria Clássica Editora.
- Malta, C. G. (24 de Fevereiro de 2002). *Do poder criativo do Juiz - Resenha crítica de "Aplicação do Direito e contexto social" de Plauco Faraco de Azevedo*. Obtido em 09 de Fevereiro de 2015, de O poder criativo do Juiz: <http://www.geocities.ws/cynthiamalta/podcria.html>
- Mañalich, J. P. (2012). *El concepto de acción y el lenguaje de la imputación*. Obtido em 02 de 06 de 2015, de Biblioteca Virtual Miguel Cervantes: [http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47461/1/Doxa\\_35.pdf](http://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/47461/1/Doxa_35.pdf)
- Marinoni, L. G. (2005). *Manual do processo de conhecimento*. S.Paulo: Revista dos Tribunais.
- Masseno, M. D. (29 e 30 de Outubro de 2015). Do furto de identidade digital nas Fontes Internacionais e Europeias. *Seminário Proteus - IPBeja*. Lisboa.

- Matos, M. (Janeiro de 2013). *O Direito Premial no combate ao crime de corrupção*. Obtido em Maio de 2015, de repositorio.ucp.pt: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/16884/1/Trabalho%20Final%20de%20Mestrado.pdf>
- Matta, P. S. (2004). A Livre Apreciação da Prova e o Dever de Fundamentação da Sentença. In C. C. Palma, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (pp. 221-281). Coimbra: Almedina.
- Meireis, M. A. (1999). *O Regime das Provas Obtidas pelo Agente Provocador em Processo Penal*. Coimbra: Almedina.
- Mendes, J. d. (1961). *O conceito de prova em processo civil*. Lisboa: Ática Editora.
- Mendes, P. S. (2014). *A prova penal e as Regras da Experiência - Estudos em homenagem ao Prof. Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Mendes, P. S. (2014). *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina.
- Militão, R. L. (Jan-Mar de 2012). *A propósito da prova digital no processo penal*. Obtido em 20 de 03 de 2015, de Ordem dos Advogados: <https://www.oa.pt/upl/%7B53f46e96-536f-47bc-919d-525a494e9618%7D.pdf>
- Miranda Estrampes, M. (2008). *Juicio y estrategia probatoria del ministerio público*. Santo Domingo: Escuela Nacional del Ministerio Publico de la Republica Dominicana.
- Mittermaier, C. J. (1879). *Tratado da prova em matéria criminal ( 2ª ed.)*. Rio de Janeiro: Eduardo & Henrique Laemmert Ed.
- Monteiro, C. L. (1997). Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo. *Studia Juridica 24 - Universidade de Coimbra - Boletim da Faculdade de Direito*.
- Moreira, J. J. (2014). *Constituição da República Portuguesa - Anotada (vol. I)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Morgado, M. J. (Maio de 2003). *Criminalidade Global e Insegurança Local. Um caso. Algumas questões*. Obtido em 04 de 2015, de Centro de Estudos Sociais Laboratório Associado Universidade de Coimbra: [www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/MariaJoseMorgado.pdf](http://www.ces.uc.pt/direitoXXI/comunic/MariaJoseMorgado.pdf)
- Morgado, M. J. (2003). *O inimigo sem rosto: fraude e corrupção em Portugal*. Publicações D. Quixote.
- Moura, J. B. (Julho - Dezembro de 2013). O contraditório e o direito ao anonimato da testemunha na acção encoberta. *Revista do Ministério Público do RS*, pp. 183 - 218.
- Nawiasky, H. (2002). *Teoría general del Derecho*. Granada: Comares.

- Neto, A. (2014). *Código de Processo Civil Anotado - 2ª Edição Revista e Ampliada*. Lisboa: Ediforum, Edições Jurídicas, Lda.
- Neves, A. C. (1967). *Questão-de-facto - questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade*. Coimbra: Almedina.
- Neves, A. C. (1968). *Sumários de Processo Criminal (1967-1968)*. Coimbra: Polic.
- Neves, A. C. (2003). *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da Filosofia: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Neves, R. V. (2011). *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Novais, J. R. (2004). *Os princípios constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Olbrechts-Tyteca, C. P. (1988). *Traité de l'argumentation*. Bruxelles: Editions de l'Université de Bruxelles.
- Oliveira, D. K. (2013). *Razão e Emoção no Ato de Julgar: As Contaminações do Julgador e seus Pré-Julgamentos na Fase de Investigação Preliminar*. Obtido em 2015, de Pontifícia Universidade Católica de Rio Grande do Sul: <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/26.pdf>
- Oneto, I. (2013). As declarações do arguido. *Revista da Universidade Lusófona do Porto*.
- Ost, F. (14 de 1993). Júpiter, Hercules, Hermes: tres modelos de juez. *Revistas - DOXA - Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 169-194.
- Paiva, J. d. ([19--]). *Estudos de Direito Penal, Livraria Bertrand, Lisboa*. Paris - Lisboa: Aillaud e Bertrand.
- Palma, M. F. (2007). *Estudos em Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Pedro, A. R. (Novembro de 2007). *Declarações do co-arguido*. Obtido em 29 de Abril de 2015, de [https://sites.google.com: http://penal2trabalhos.blogspot.pt/2007/04/declaraes-do-co-arguido.html](https://sites.google.com/http://penal2trabalhos.blogspot.pt/2007/04/declaraes-do-co-arguido.html)
- Pereira, P. S. (Outubro de 2012). *Prova indiciária no âmbito do Processo Penal - Admissibilidade e Valoração*. Obtido em 20 de Abril de 2015, de Repositorium Universidade do Minho: <http://hdl.handle.net/1822/24001>
- Pereira, S. (2011). A recolha de prova por agente infiltrado. In P. T. BELEZA, *Prova criminal e direito de defesa* (pp. 137-159.). Coimbra: Almedina.
- Perelman, C. (1996). *Ética e Direito*. São Paulo: Martins Fontes.

- Pimenta, P. (2013). *Os temas da prova*. Obtido em 15 de 03 de 2015, de [www.cej.pt](http://www.cej.pt):  
[www.cej.mj.pt/cej/recursos/.../Texto\\_comunicacao\\_Paulo\\_Pimenta.pdf](http://www.cej.mj.pt/cej/recursos/.../Texto_comunicacao_Paulo_Pimenta.pdf)
- Pinto, B. A. (1861). *Lições de Direito Criminal Portuguez*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Pinto, B. C. (07 de 11 de 2012). “*A prova no processo tributário: análise comparativa com o Direito Processual Civil e Penal: abordagem jurisprudencial*”. Obtido em 28 de 04 de 2015, de RepositóriUM: <http://hdl.handle.net/1822/19875>
- Pinto, F. L. (1998). *Direito Processual Penal (Curso Semestral)*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito Lisboa,.
- Portanova, R. (1994). *Motivações ideológicas da sentença (2ª ed.)*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Pozzebon, F. D. (2005). *A crise do conhecimento moderno e a motivação das decisões judiciais*. Rio Grande do Sul: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.
- Pozzebon, f. D. (2006). *A Crise do Conhecimento Moderno e a Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Fundamental*. In R. M. (Coord.), *Sistema Penal e Violência* (pp. 231-244). Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Prado, L. (2007). *Racionalidade e Emoção na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Millenium Editora.
- Puigarnau, J. M. (1978). *Lógica para Juristas*. Barcelona: Ed. Bosch.
- Ragués i Vallès, R. (2004 (n.º 4)). Consideraciones sobre la prueba del dolo. *Revista de Estudios de la Justicia (REJ)*, pp. 13-26.
- Reale, M. (1994). *Fontes e modelos do direito para um novo paradigma hermenêutico*. São Paulo: Saraiva.
- Recásens Siches, L. (1997). *Introducción al estudio del Derecho*. México: Editorial Porrúa, S.A.
- Reis, A. d. (1985). *Código de Processo Civil anotado*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Ribeiro, V. (2011). *Código de Processo Penal - Notas e Comentários*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Rodrigues, A. M. (61 de 2001). *A Fase Preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O Caso Português*. *Studia Iuridica*, p. Coimbra Editora.
- Rodrigues, A. M. (12 de 2002). *A defesa do arguido: uma garantia constitucional em perigo no "admirável mundo Novo"*. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*, pp. 549-572.

- Rodrigues, B. d. (2011). *Da Prova Penal Tomo IV*. Lisboa: Rei dos Livros.
- Rodrigues, C. (2009). Que futuro para o processo penal da Europa? In C. M. al.], *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* (pp. 153-164). Coimbra: Coimbra Editora.
- Rodrigues, C. L. (Maio de 2013). *Proibição de prova no âmbito do direito processo penal: escutas telefónicas e da valoração da prova proibida pro reo*. Obtido em Abril de 2015, de Verbo Jurídico: [http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/clauidiolimarodrigues\\_proibicaoaprovaescutas.pdf](http://www.verbojuridico.com/ficheiros/doutrina/ppenal/clauidiolimarodrigues_proibicaoaprovaescutas.pdf)
- Rodrigues, S. (2014). *Dever de fundamentar as decisões proferidas pelas Autoridades da Concorrência*. Obtido em 07 de 05 de 2015, de Revista Julgar : <http://julgar.pt/>
- Rosenberg, L. (1955). *Tratado del Derecho Procesal Civil (Tomos I, II e III)*. Buenos Aires: EJEA.
- Roxin, C. (2003). Derecho Penal, parte general. *Colóquio Internacional Direito E Justiça no Século XXI*. Coimbra.
- Roxin, C. (Maio - Agosto de 2010). Por uma proibição de valorar a prova nos casos de omissão do dever de informação qualificada: reflexões sobre a decisão do 4º Senado do Bundesgerichtshof. *Revista Liberdades (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais)*, pp. 44-50.
- Ryle, G. (2009). *The Concept of Mind*. Obtido em 02 de 06 de 2015, de Routledge - Taylor & Francis Group: [http://s-f-walker.org.uk/pubsebooks/pdfs/Gilbert\\_Ryle\\_The\\_Concept\\_of\\_Mind.pdf](http://s-f-walker.org.uk/pubsebooks/pdfs/Gilbert_Ryle_The_Concept_of_Mind.pdf)
- Santiago, R. (Janeiro - Março de 1994 (V 4 n.º 1)). Reflexões sobre as «declarações do arguido» como meio de prova no Código de Processo Penal de 1987. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, pp. 27-62.
- Santos, L. H. (2004). *Código de Processo Penal Anotado*. Lisboa: Editora Rei dos Livros.
- Santos, L. H. (2004). *Recursos em Processo Penal*. Lisboa: Rei dos Livros.
- Santos, M. A. (1981). *Primeiras linhas de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva.
- Sapalo, A. C. (Junho de 2012). A prova e o ónus da prova nos processos civil e penal. *Revista do Centro de Investigação sobre Ética Aplicada*.
- Scariot, J. (Setembro de 2010). *Hermenêutica jurídica: a função criativa do juiz*. Obtido em 05 de Fevereiro de 2015, de Âmbito Jurídico: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8360](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8360)

- Segado, F. F. (2004). *La justicia constitucional ante el siglo XXI. La progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelsiano*. México: UNAM.
- Seiça, A. A. (1999). *O conhecimento probatório do co-arguido*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Seiça, A. A. (2003). *Legalidade da prova e reconhecimentos atípicos em processo penal: notas à margem da jurisprudência (quase) constante”, em Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Sentis Melendo, S. (1978). *La prueba: los grandes temas del derecho probatório*. Buenos Aires: EJEA.
- Silva, B. G. (12 de 2008). *A Admissibilidade Das Provas Ilícitas No Processo Penal*. Obtido em 20 de 04 de 2015, de <http://br.monografias.com/http://br.monografias.com/trabalhos3/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal/admissibilidade-provas-ilicitas-processo-penal2.shtml>
- Silva, G. M. (1993). *Curso de Processo Penal (II)*. Lisboa: Editorial Verbo.
- Silva, G. M. (Dezembro de 1994). Bufos, infiltrados, provocadores e arrependidos. *Direito e Justiça*, pp. 27-34.
- Silva, J. A. (2001). *A Prática Judiciária entre o Direito e a Literatura*. Coimbra: Almedina.
- Silva, M. A. (2006). *Direito Penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. Coimbra: Almedina.
- Silva, O. A. (27 de 08 de 2009). *Verdade e significado*. Obtido em 25 de 04 de 2015, de Centro Nacional de Cultura da Justiça: <http://www.cenajus.org.br/moodle/mod/forum/discuss.php?d=222>
- Silva, V. P. (Abril de 2014). Poderes instrutórios do juiz no processo de conhecimento. *Revista Jus Navigandi*, pp. 1-5.
- Simões, E. D. (N.º 2 de 2007). Prova indiciária (contributos para o seu estudo e desenvolvimento em dez sumários e um apelo premente). *Revista Julgar*.
- Soares, Q. (2007). *Processo Penal (apontamentos)*. Porto: Universidade Portucalense.
- Sousa, L. F. (2013). *Prova Testemunhal*. Coimbra: Almedina.
- Sousa, M. T. (1997). *Estudos sobre o Novo Processo Civil (2ª Edição)*. Coimbra: Almedina.
- Sousa, S. A. (2003). *Agent provocateur e meios enganosos de prova. Algumas reflexões (Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias)*. Coimbra: Coimbra Editora.

- Souza, R. R. (Julho-Setembro de 2011). Luzes sobre Têmis: a motivação como imperativo ético e legitimador do Juiz. *Revista da AGU (Advocacia-Geral da União)*, pp. 7-37.
- Stein, F. (1990). *El conocimiento privado del juez*. Madrid: Ed. Centro de Estudios Ramon Areces, S.A.
- Summers, R. S. ((Vol. 63, n.º 5) Junho de 1978 ). Two types of substantive reasons: the core of a theory in common law justification. *Cornel Law Review*, pp. 707 - 788.
- Summers, R. S. (Junho de 1978). Two Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common-Law Justification. *Cornel Law Review*, pp. 707 - 787.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos (tradução Jordi Ferrer Beltrán)*. Madrid: Editorial Trotta.
- Taruffo, M. (2006). *La Motivación de la Sentencia Civil*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación - Coordinación de Documentación y Apoyo Técnico.
- Taruffo, M. (2008). *Conocimiento Científico Y Estándares de Prueba Judicial*. Obtido em 10 de 02 de 2015, de [www.proiure.org.pe](http://www.proiure.org.pe).
- Taruffo, M. (2008). *La Prueba, Articulos y Conferencias*. Santiago: Editorial Metropolitana.
- Teixeira, C. A. (1º Semestre de 2005 (n.º 2)). Depoimento indirecto e Arguido: Admissibilidade e Livre Valoração versus Proibição de Prova. *Revista do CEJ*, p. 127 e ss.
- Tonini, P. (2010). *Diritto processuale penale. Manuale breve. Tutti il programma d'esame com domanda e risposte*. Giuffrè.
- Torrão, F. (2003). Reserva do conhecimento da identidade das testemunhas e declarações para memória futura (Limites do Princípio do Secreto). *Lusíada - Direito*, pp. 65-72.
- Tozadori, A. C. (2006). *Sistemas de apreciação das provas no Processo Penal*. Obtido em 15 de 04 de 2015, de Buscalegis: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/12688-12689-1-PB.htm>
- Valle, M. D. (28 de 09 de Ano 12, n.º 1549 - 2007). *Livre Apreciação da Prova*. Obtido em 03 de 02 de 2015, de Jus Navigandi: <http://jus.com.br/artigos/10469/livre-apreciacao-da-prova>
- Valverde, A. A. (01 de 02 de 2010). *La prueba indiciaria o circunstancial en materia penal*. Obtido em 28 de 08 de 2015, de [Monografias.com](http://Monografias.com):

- <http://www.monografias.com/trabajos78/prueba-indiciaria-circunstancial-materia-penal/prueba-indiciaria-circunstancial-materia-penal.shtml#ixzz3k7L1T4d>
- Vargas, R. (8 de 2013). *O juiz e o acto de julgar -alguns aspectos envolvidos na construção da decisão judicial*. Obtido em 3 de 2015, de Jus Navigandi: <http://jus.com.br/artigos/25142>
- Vázquez, C. D. (Julho - Agosto de 2011). Índicios para la prueba del dolo en proceso penal. *www.revistaiuris.com*, pp. 30 - 32.
- Veiga, A. M. (Janeiro-Março de 2009 (ano 19, n.º 1)). Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente "insensibilidade judicial" em sede de audiência de julgamento. *Revista Portuguesa de Direito Criminal*.
- Verde, G. (1988). Prova (diritto processuale civile). In G. E.-D. Calasso, *Enciclopedia del diritto* (vol. XXXVII). Milano: Giuffrè Editore.
- Vidal, B. M. (11 de Janeiro de 2011). *A leitura em audiência de declarações de testemunhas proferidas durante o inquérito*. Obtido em 26 de 05 de 2015, de Repositório da Universidade Nova de Lisboa: [http://run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1/Vidal\\_2011.PDF](http://run.unl.pt/bitstream/10362/6901/1/Vidal_2011.PDF)
- Villey, M. (1995). *Réflexions sur la philosophie et le droit. Les Carnets*.(Edition posthume préparée Marie-Anne Frison-Roche et Christophe Jamin, préface de B. Kriegel et F.). PUF.
- Voltaire. (1877). *Oeuvres Completes, Garnier Frère, Libraires-Editeurs (Vol. 3 e vol 20)*. Paris: Libraires-Editeurs.