



## Universidades Lusíada

Guerra, José Luís Guerrero, 1989-

### **A livre apreciação da prova em processo penal : em especial a prova pericial**

<http://hdl.handle.net/11067/2155>

#### **Metadados**

<b>Data de Publicação</b>	2016-04-14
<b>Resumo</b>	A livre apreciação da prova surge como um dos princípios basilares do processo penal, constituindo uma autêntica norma legal através da qual tem vindo a ser regulado o poder jurisdicional, sobretudo quando estejam em causa não só as garantias de defesa, máxime as do arguido, mas também os direitos de defesa que assistem aos distintos sujeitos processuais, desde logo, os relacionados com o contraditório. Vigorando no ordenamento jurídico português o princípio da prova livre, torna-se necessário ...
<b>Palavras Chave</b>	Prova (Direito), Prova criminal - Portugal, Processo penal - Portugal
<b>Tipo</b>	masterThesis
<b>Revisão de Pares</b>	Não
<b>Coleções</b>	[ULL-FD] Dissertações

Esta página foi gerada automaticamente em 2024-04-25T15:28:07Z com informação proveniente do Repositório



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

**A livre apreciação da prova em processo penal:  
em especial a prova pericial**

**Realizado por:**  
José Luís Guerrero Guerra

**Orientado por:**  
Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa

**Constituição do Júri:**

Presidente: Prof. Doutor Afonso Filipe Pereira d'Oliveira Martins  
Arguente: Prof.<sup>a</sup> Doutora Ana Bárbara Pina de Morais de Sousa e Brito  
Vogal: Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Eduarda de Almeida Azevedo

Dissertação aprovada em: 27 de Janeiro de 2016

Lisboa

2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

A livre apreciação da prova em processo penal:  
em especial a prova pericial

José Luís Guerrero Guerra

Lisboa

Julho 2015



UNIVERSIDADE LUSÍADA DE LISBOA

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito

A livre apreciação da prova em processo penal:  
em especial a prova pericial

José Luís Guerrero Guerra

Lisboa

Julho 2015

José Luís Guerrero Guerra

A livre apreciação da prova em processo penal:  
em especial a prova pericial

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da  
Universidade Lusíada de Lisboa para a obtenção do  
grau de Mestre em Direito.

Área científica: Ciências Jurídico-Criminais

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Margarida da Costa e  
Silva Pereira Taveira de Sousa

Lisboa

Julho 2015

## Ficha Técnica

**Autor** José Luís Guerrero Guerra  
**Orientadora** Prof.<sup>a</sup> Doutora Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa  
**Título** A livre apreciação da prova em processo penal: em especial a prova pericial  
**Local** Lisboa  
**Ano** 2015

### Mediateca da Universidade Lusíada de Lisboa - Catalogação na Publicação

GUERRA, José Luís Guerrero, 1989-

A livre apreciação da prova em processo penal : em especial a prova pericial / José Luís Guerrero Guerra ; orientado por Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de Sousa. - Lisboa : [s.n.], 2015. - Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Lusíada de Lisboa.

I - SOUSA, Maria Margarida da Costa e Silva Pereira Taveira de, 1957-

#### LCSH

1. Prova (Direito)
2. Prova criminal - Portugal
3. Processo penal - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Teses
5. Teses - Portugal - Lisboa

#### 1. Evidence (Law)

2. Evidence, Criminal - Portugal
3. Criminal procedure - Portugal
4. Universidade Lusíada de Lisboa. Faculdade de Direito - Dissertations
5. Dissertations, Academic - Portugal - Lisbon

#### LCC

1. KKQ4679.G84 2015

Aos meus pais, por todo o apoio incondicionável que me deram ao longo deste tempo.



## **AGRADECIMENTOS**

O presente trabalho não teria sido possível realizar sem o apoio prestado pela Orientadora Maria Margarida Silva Pereira, a qual sempre se mostrou atenta e disponível a todas as questões que lhe foram colocadas ao longo da elaboração da dissertação de mestrado.

Dessa forma, e em atenção a todo o trabalho realizado, dirijo um especial agradecimento à Orientadora Maria Margarida Silva Pereira, esperando, de facto, que a presente dissertação venha a corresponder àquelas que foram as indicações e conselhos prestados ao longo de todo o trabalho.



## **APRESENTAÇÃO**

### **A livre apreciação da prova em processo penal Em especial a prova pericial**

José Luís Guerrero Guerra

A livre apreciação da prova surge como um dos princípios basilares do processo penal, constituindo uma autêntica norma legal através da qual tem vindo a ser regulado o poder jurisdicional, sobretudo quando estejam em causa não só as garantias de defesa, máxime as do arguido, mas também os direitos de defesa que assistem aos distintos sujeitos processuais, desde logo, os relacionados com o contraditório.

Vigorando no ordenamento jurídico português o princípio da prova livre, torna-se necessário saber em que medida tal norma pode limitar a tarefa valorativa que assiste aos julgadores, pois que estes decidem em função da prova produzida, regra geral, em sede de audiência de julgamento.

Porque nem toda e qualquer prova pode ser admitida no processo, deverá atender-se àqueles casos em que a prova pode ou não ter lugar no processo, atenta aquela que é a sua função demonstrativa dos factos.

Assim, em atenção a critérios legais como os respeitantes às máximas da experiência e à convicção do julgador, delimitar-se-á aquele que é campo de aplicação do princípio da prova livre, sempre e quando se entenda este como uma verdadeira garantia processual decorrente da nossa lei fundamental, ou seja, da Constituição da República Portuguesa.

**Palavras-chave:** prova livre, valoração da prova, máximas da experiência, convicção do julgador.



## PRESENTATION

### **The free assesement of evidence in criminal proceedings especially in expert evidence**

José Luís Guerrero Guerra

The free assesement of evidence appears like one of the main principles of the criminal proceeding, which constitute a legal norm from which the jurisdictional power was being regulated, mainly the guarantees of defense, maxime of the defendant, but also the rights of defense of all of the subjects involved in the criminal proceeding, therefore the rights related with the contradictory.

Prevailing in the portuguese jurisdictional order, the principal of the free evidence, it became necessary to know in what measure that norm could limit the valorative task of the judges, because they decide in relation to the evidences produced in the audience of judgment.

Because nor or neither evidende could be admitted in the proceeding, will should focus our attention to that cases when the evidences could take place in the proceeding, according to it demonstratitve function of the facts.

Thereby, in what concerns to the legal criteria like the experience and the conviction of the judge, we will delay what is the area of application of the principle of the free assesement of evidence, whatsoever it is understed like true proceeding guarantee, due from our fundamental law, the Constituição da República Portuguesa.

**Keywords:** free evidence, valuation of evidence, maxims of the experience, judge conviction.



## **LISTA DE ABREVIATURAS, SIGLAS E ACRÓNIMOS**

- Ac. - Acórdão
- CC - Código Civil
- CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem
- CP - Código Penal
- CPC - Código de Processo Civil
- CPP - Código de Processo Penal
- CRP - Constituição da República Portuguesa
- STJ - Supremo Tribunal de Justiça
- TC - Tribunal Constitucional



## SUMÁRIO

1. Introdução.....	17
2. O princípio da livre apreciação da prova .....	21
2.1. A autonomização do princípio da livre apreciação da prova no direito processual penal.....	21
2.2. Sistemas ou modelos de apreciação/valoração da prova .....	25
2.2.1. Considerações Gerais .....	25
2.3. Prova legal ou tarifada.....	26
2.3.1. Prova livre .....	29
2.3.2. Evolução histórico-social dos sistemas de valoração da prova.....	31
2.3.3. Prova livre <i>versus</i> sistema da prova legal.....	40
2.4. Princípios processuais penais .....	44
2.4.1. Princípio da descoberta da verdade e da investigação .....	46
2.4.2. Princípio da imediação .....	52
2.5. Ónus da prova.....	53
2.6. Direito à prova .....	56
2.7. O objecto da prova .....	60
2.8. O conceito de prova .....	68
3. A formação da convicção do julgador.....	71
3.1. Graus de convicção do julgador .....	71
3.1.1. Indícios ou suspeitas .....	71
3.2. Meios probatórios.....	76
3.2.1. Valor probatório .....	76
3.2.2. A prova pericial em particular .....	77
3.2.3. O relatório pericial .....	79
3.2.4. Valor da prova pericial .....	83
3.2.5. Jurisprudência .....	87
3.2.6. Relevância da prova pericial enquanto meio de prova.....	89
3.3. Classes de prova.....	91
3.4. Prova directa e indirecta. Indícios.....	93
3.5. Prova antecipada e pré-constituída .....	96
3.6. Níveis de valoração da prova .....	99
3.7. Factos que não carecem de prova .....	103
3.8. Actos de investigação <i>versus</i> actos de prova .....	106
4. Limites à livre apreciação da prova .....	111

4.1. Apreciação da prova.....	111
4.1.1. Juízo valorativo.....	111
4.1.2. Juízo de facto .....	118
4.1.3. Juízo do perito .....	121
4.2. Máximas da experiência.....	128
4.2.1. Regime das máximas da experiência .....	136
4.3. A exigência de motivação das decisões judiciais.....	142
4.4. A lei processual penal e a Constituição .....	148
4.4.1. Limites ao princípio da prova livre.....	148
5. Considerações finais .....	153
Referências .....	161

## 1. INTRODUÇÃO

A livre apreciação da prova em processo penal aparece no ordenamento jurídico português como o princípio que proporciona ao julgador a possibilidade de poder apreciar de forma livre e, portanto, sem sujeição a critérios ou normas, a prova produzida em sede de audiência de julgamento.

Ainda que seja unanimemente aceite a vigência do princípio da prova livre, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, não deixará de ser necessário atender a toda a evolução histórico-social que permitiu essa constatação, pois que tal princípio não implica, como melhor se compreenderá ao longo da análise aqui levada a cabo, a prevalência de um sistema de valoração da prova (neste caso o da prova livre) em relação a outro (o da prova legal).

Assim ver-se-á como o contributo proporcionado pelos distintos sistemas ou modelos de valoração da prova permitiu que o legislador, sobretudo a partir do séc. XIX, pudesse firmar a exigência de um sistema em que a decisão judicial, meta a que se dirige todo o processo, evidenciasse características muito próprias, como as respeitantes ao estrito cumprimento de princípios processuais: como o da legalidade, da imediação, do contraditório, entre outros.

Também veremos como modelos de valoração da prova como foram os do júri ou da íntima convicção acabariam por revelar de forma bastante acutilante as fragilidades de um sistema baseado em tais critérios ou pressupostos, desde logo, ao não se exigirem características hoje indiscutíveis, como são a objectividade e a racionalidade que devem pautar a conduta, máxime, no exercício da função (jurisdicional) dos julgadores.

De todo o modo, e fruto também da corrente liberal a que se fora assistindo a partir da Revolução Francesa (1789), passaria a vingar uma nova corrente doutrinária, reunindo-se então as condições necessárias para a afirmação de um sistema em que a valoração da prova surgisse como verdadeiro critério delimitativo dos poderes do julgador.

Até aí, constatar-se-á como ao longo da história foram sucedendo vários percalços e até verdadeiros atentados contra a legalidade das decisões judiciais, muitas das vezes baseadas num mero sim ou não, desprovido de qualquer motivação ou fundamentação.

Eram autênticos abusos de poder os quais consubstanciavam uma notória arbitrariedade e até discricionariedade incapaz de acautelar os princípios fundamentais norteadores do Estado de Direito Democrático, designadamente, o respeito pelas garantias constitucionais, sobretudo as respeitantes ao arguido.

Mas a implementação do sistema da prova livre implicou também, como se verá, uma reestruturação da matéria respeitante à prova, uma vez que a sua disciplina e conseqüentemente, o seu regime legal, comportariam também algumas importantes alterações.

É portanto em função da clivagem que se verificou em ordem a esta transição, de um modelo de valoração da prova para outro, designadamente, ao contemplar a transposição de tal matéria, respeitante à prova do ramo do processo civil para o do processo penal, que faz sentido a análise aqui realizada.

O impulso que se pretendeu dar ao processo penal através das sucessivas alterações legislativas acabaria por permitir passar de um processo penal de natureza inquisitória para um novo processo penal, agora de natureza acusatória.

Como objectivo primordial desta análise surge não só a necessidade de percorrer os distintos modelos ou sistemas de valoração, mas ainda o interesse prático associado ao modo do julgador formar a sua convicção.

Sendo a fase de julgamento onde, de facto, se assiste ao exercício deste poder do julgador apreciar livremente a prova, produzindo-se aí os necessários actos de prova tendentes à descoberta da verdade (material), não deixará contudo de se atender àqueles casos em que a prova não é aí produzida, pois que já teve lugar em momento prévio (seja na fase de inquérito, onde o MP é o detentor e, portanto o titular da acção penal, seja na fase de instrução, onde o juiz de instrução dirige e controla os actos probatórios que aí venham a ter lugar).

Ainda que produzida em momento anterior ao julgamento, tal prova, como veremos, poderá vir a ser incorporada na audiência de julgamento (prova antecipada ou pré-constituída), desde que se verifique o respectivo direito ao contraditório.

A prova, do inquérito ao julgamento, vai sendo delimitada no sentido de que os factos que se destinam provar (factos probandos) e sobre os quais incidirão os respectivos meios de prova, constituam o objecto da prova, o qual comporta os factos juridicamente relevantes para a discussão da causa.

A discussão, ainda que contemplando quer a referida evolução dos sistemas ou modelos de valoração da prova quer o regime e disciplina da prova, comportará também a análise da prova pericial, enquanto meio de prova em que, de facto, o princípio da livre apreciação da prova é limitado pela perícia, acto através do qual o perito emite um juízo de valor que se encontra, atento os especiais conhecimentos aí manifestados, subtraído à livre apreciação do julgador.

Todavia, consubstanciando tal regra uma reminiscência do sistema da prova legal, não deixará de se alertar para o facto de o legislador ter deixado em aberto a possibilidade do julgador divergir do laudo pericial (onde relevam as conclusões do perito), o que sucederá sempre e quando o julgador fundamente essa sua divergência com base em argumentos de idêntica natureza, ou seja, com base em perícia distinta.

Serão ainda contempladas as perspectivas e, portanto, posições, tanto da doutrina como da jurisprudência, deixando-se nota dos principais temas que preocupam os nossos tribunais em matéria de valoração da prova (desde logo, a pericial).

Para finalizar, tratar-se-á de apontar aqueles que são os limites à livre apreciação da prova, dando nota não só dos critérios e pressupostos da aplicabilidade e abrangência de tal sistema, evidenciado sobretudo no teor do art.º 127.º do CPP, mas apontando ainda os especiais deveres/ obrigações a que deve submeter-se a actividade jurisdicional dos tribunais, ou seja, o dever de motivação e fundamentação das decisões judiciais.

Creemos tratar-se de uma análise estruturada de modo a permitir entender o princípio da prova livre quando esteja em causa a prova pericial, um meio de prova (tipificado) que encontra algumas dificuldades de apreciação e, conseqüentemente, valoração por parte dos julgadores, mais que não seja, por ser muito ténue a fronteira que delimita o juízo de valor emitido pelo perito daquelas que são as razões que levam o julgador a desconsiderar e, portanto, a divergir de tal entendimento, como se verá, baseado nos especiais conhecimentos do perito, os quais escapam ao domínio do conhecimento do tribunal.

Será assim objectivo último desta análise tentar articular todo o procedimento que deve presidir à boa e correcta valoração da prova pericial em respeito pelos princípios fundamentais e estruturantes do processo penal, desde logo, em ordem ao princípio da livre apreciação da prova.



## **2. O PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA**

### **2.1. A AUTONOMIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

A apreciação da prova tem sido um tema particularmente próximo às distintas alterações que têm movido o legislador português, sobretudo por se tratar de uma matéria que inicialmente era estranha ao processo penal, bastando ao legislador as disposições que existiam no âmbito do direito processual civil.

Actualmente, no direito processual penal, a livre apreciação da prova revela a sua própria autonomia em relação ao direito processual civil, tratando-se de um verdadeiro princípio de natureza penal, tal como resulta do Art.º 127.º do CPP, onde é dito: “Salvo quando a lei dispuser diferentemente, a prova é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”.

Deixou, portanto, o direito processual penal de ter que recorrer ao direito processual civil (perdendo, portanto, o carácter subsidiário que lhe vinha sendo atribuído) para ter que se socorrer deste princípio geral, o que realmente acabou por se manifestar no nosso ordenamento jurídico através da consagração do sistema da prova livre, por oposição ao sistema da prova legal, como adiante melhor se verá.

A prova que aqui é objecto de análise, em função do princípio aqui abordado, é aquela que se designa por prova não vinculativa, ou seja, aquela prova que não vincula de uma forma directa e imediata o julgador, e, portanto, que é susceptível de ser livremente valorada.

Como já se frisou, o legislador entendia que a aplicação subsidiária das normas constantes do CPC, nomeadamente, do seu Art.º 655.º, era suficiente para permitir o recurso ao princípio da livre apreciação da prova, não preconizando, desse modo, a necessidade de autonomizar o mesmo<sup>1</sup>.

Só com a alteração legislativa que incidiu sobre o CPP de 1929 é que o legislador passou a consagrar o princípio da livre apreciação da prova, concedendo assim ao direito processual penal uma verdadeira autonomia em relação ao processo civil.

Dir-se-á, de todas as maneiras, que poucos ou nenhuns efeitos terão daí surgido, a não ser a autonomização que se verificou de um ramo processual em relação a outro.

---

<sup>1</sup> REIS, José Alberto dos, coment. - Código de processo civil: anotado: Coimbra : Coimbra Editora, 1981. Vol. 4, pp. 566 e ss.

E é esse, de facto, o entendimento que tem sido evidenciado pela doutrina, senão vejamos:

A introdução de uma norma sobre livre apreciação da prova não vinculativa no CPP obedeceu mais ao intuito de autonomizar o CPP em relação ao CPC do que ao de introduzir qualquer alteração significativa – que não existe -, em relação ao regime de livre apreciação da prova não vinculativa, do art. 655.º do CPC<sup>2</sup>.

Ora, do supra exposto, revela-se necessário atender àquela que foi a evolução jurídica que o princípio da livre apreciação da prova sofreu até aos dias de hoje atendendo, para tal, ao contributo quer do direito processual civil quer do direito processual penal.

O princípio da livre apreciação da prova rompe, e isto dito de uma forma bastante genérica, com as regras ou normas legais, as quais delimitavam a forma como o julgador devia apreciar ou valorar as provas que lhe eram apresentadas em juízo, sendo, no entanto, apenas a partir da primeira metade do século XIX que tal princípio começaria a fazer parte dos actuais ordenamentos jurídicos.

O contributo das sucessivas revoluções liberais foi, neste aspecto, determinante para que se fizesse sentir, não só no ordenamento jurídico português, mas também em outros ordenamentos, a implementação do sistema da prova livre.

São todo um conjunto de mudanças que surgem em resultado ou, pelo menos, de harmonia com o já implementado regime de apreciação da prova pelo júri.

Note-se que tem sido unanimemente aceite e defendido pela doutrina que o princípio da livre apreciação da prova não pode ser confundido com um modelo ou sistema de apreciação da prova arbitrário<sup>3</sup>, ou seja, que deixasse nas mãos do julgador, sem qualquer critério, a faculdade e o poder de julgar<sup>4</sup>.

O próprio preceito legal, nomeadamente, o Art.º 127.º do CPP, define o modo como deve o legislador proceder no momento de apreciar a prova que lhe é apresentada em juízo, proporcionando o que alguns autores chamam de “pressupostos valorativos”<sup>5</sup>, devendo assim, atender-se, em primeiro lugar, às regras da experiência e, seguidamente, ao critério da livre convicção.

---

<sup>2</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código de processo penal: anotado: legislação complementar. 12.ª ed. Coimbra : Almedina, 2001, p. 354.

<sup>3</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – Código..., p. 354, “[...] livre apreciação da prova não se confunde de modo algum com apreciação arbitrária da prova nem com a mera impressão gerada no espírito do julgador pelos diversos meios de prova”.

<sup>4</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso de processo penal. Lisboa : Danúbio, 1986. Vol. 1, p. 210.

<sup>5</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – Código ..., p. 354, “[...] a obediência a critérios da experiência comum e da lógica do homem médio suposto pela ordem jurídica”.

Estes pressupostos valorativos são referências que devem nortear a actuação do julgador no momento de apreciar a prova, mas são também verdadeiros limites, capazes de acautelar aquelas que podem ser as consequências severas ou menos justas de um ordenamento onde vigore um sistema pautado pela arbitrariedade.<sup>6</sup>

O princípio da livre apreciação da prova como hoje o conhecemos, resultou e já frisámos anteriormente, das sucessivas reformas judiciais que se foram fazendo ao longo dos últimos anos, sobretudo a partir da primeira metade do século XIX (revoluções liberais), momento a partir do qual se assistiria a um novo paradigma ideológico no que respeita ao modo de valoração da prova.

Na epígrafe do então art.º 655.º do CPC fazia-se menção ao sistema da prova livre, onde no seu primeiro período expressamente era referido: “O tribunal colectivo julga segundo a sua convicção, formada sobre a livre apreciação das provas, de modo a chegar à decisão que lhe parecer justa”, consagrando-se assim o princípio da prova livre.

Nem sempre foi esta a opção do legislador português, pois, como se referiu, existem dois princípios que podem influir no direito probatório, por um lado, o da prova livre e, por outro lado, o da prova legal, tendo cada um deles alcançado a sua relevância em distintos momentos da história.

O primeiro destes modelos “[...] consiste em deixar ao julgador plena liberdade de apreciação das provas” ao passo que o segundo “[...] consiste em sujeitar a apreciação das provas a regras ditadas pela lei que lhes marcam o valor e a força probatória”<sup>7</sup>.

São sistemas ou modelos de valoração que apresentam diferenças bastante particulares e, pese embora as diferenças, nenhum dos elementos que existem, levam a considerar o desvanecimento absoluto de um destes sistemas em relação a outro, pois, o que sucedeu e continua a suceder, é que se trata de sistemas que têm aprendido a viver próximos um do outro, com a particularidade de que “[...] ora domina um, ora domina o outro”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio da livre apreciação da prova. In EIRAS, Henrique, coment. - Processo penal elementar. Colaboração de Guilherme Fortes. 7.ª ed. Lisboa : Quid Juris?, 2008, p. 65: “Em ambos os sistemas o tribunal produz as provas necessárias que lhe permitam decidir quanto à existência ou inexistência do crime e demais circunstâncias, cuja apreciação é indispensável para a elaboração da sentença”.

<sup>7</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ...., Vol. 3, p. 243.

<sup>8</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ...., Vol. 3, p. 243.

A verdade é que o direito que hoje conhecemos, o direito moderno, tem convivido e adoptado o princípio da prova livre como modelo que lhe é próximo e característico na hora de proceder à valoração da prova, atribuindo-se, contrariamente, a vigência do sistema da prova legal, ao direito comum medieval<sup>9</sup>.

Não deixa de ser curioso o segundo período do então art.º 655.º do CPC ao referir: “Mas quando a lei exigir, para a existência ou prova de um acto ou facto jurídico, qualquer formalidade especial, não poderá esta ser dispensada”, manifestando assim aquelas que são as reminiscências dos tempos em que vigorava o sistema da prova legal, sendo até bastante curioso o facto do nosso CC ter sido influenciado por este último sistema, como bem resultava da redacção dos arts. 2412.º, 2419.º, 2426.º, 2432.º, 2512.º, 2514.º, 2515.º e 2518.º, todos do CC.

Além do art.º 655.º do CPC também pode ver-se como o sistema da prova livre estava presente noutros preceitos legais, como era o caso dos arts. 543.º, 582.º, 619.º e 625.º, todos do CPC.

E o mesmo regime está presente no art.º 791.º do CPC, onde sucedia o mesmo, com o juiz singular, naqueles casos em que não intervesse o tribunal colectivo.

Ainda assim, a conclusão que daqui deve retirar-se é a de que o princípio da livre apreciação da prova conquistou o seu próprio lugar no direito processual penal, sendo hoje indiscutível tratar-se de um pilar fundamental da actividade jurisdicional, máxime, quando está em causa a apreciação e consequente valoração da prova levada a cabo pelo julgador em sede de audiência de julgamento.

---

<sup>9</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 243, “[...] por influência sobretudo das instituições germânicas”.

## **2.2. SISTEMAS OU MODELOS DE APRECIÇÃO/VALORAÇÃO DA PROVA**

### **2.2.1. CONSIDERAÇÕES GERAIS**

Em ordem ao que tem sido a prática jurídico-penal ao longo da história, entendeu o legislador regular o critério do julgador quanto à apreciação da prova, prevendo para tal normas ou regras que delimitem essa função.

Surgem então os mencionados sistemas ou modelos de apreciação da prova, o da prova legal e o da prova livre<sup>10</sup>.

O primeiro destes sistemas caracteriza-se pela arbitrariedade que assistia aos julgadores, sobretudo no período inquisitório.

Assenta essencialmente em regras que fixam previamente o valor a atribuir aos meios de prova, impedindo assim o julgador de ir além dessa valoração, o que implica certamente uma maior certeza (legal) quanto à valoração.

Já o segundo sistema, o da prova livre, prende-se com um critério bastante distinto, ou seja, toma por referência a íntima convicção do julgador.

As razões do abandono do sistema da prova legal prendem-se, na sua maioria, com o facto de se tratar de um sistema que violentava a consciência do juiz, obrigando-o, efectivamente, a condenar ou a absolver na falta do seu convencimento sobre a realidade dos factos.

Repare-se que a principal incongruência do sistema da prova legal se prendia com o facto de este sistema, por um lado, colocar nas mãos do julgador total liberdade quanto aos meios de obtenção da prova (o julgador dispunha os actos processuais que julgasse necessários) sujeitando-o depois, por outro lado, às regras legais, as quais fixavam previamente o valor a atribuir aos meios de prova (pondo fim a qualquer liberdade de apreciação da prova).

Esta e outras razões conduziram assim ao progressivo abandono do sistema da prova legal.

Este sistema atingiu a sua relevância em Roma (mantendo-se até à época medieval), onde o julgador se mantinha distanciado em relação à prova.

---

<sup>10</sup> JIMENEZ ASENJO, Enrique - Derecho procesal penal. Madrid : Revista de Derecho Privado, [1949]. Vol. 1, p. 411, onde o autor fala em sistema oficial ou legal e ainda em sistema livre ou humano.

Depois de suspenso durante a Idade Média só com o Renascimento se voltaria a reabilitar o sistema da prova livre, onde através da Revolução Francesa (1789) se caminharia para a adopção de uma nova estrutura processual, já não de natureza inquisitória, mas antes de natureza acusatória.

A actual doutrina processualista assume a preponderância e vigência do sistema da prova livre afirmando, contudo, que o sistema da prova legal, sobretudo, no que concerne às regras legais, continua a ter alguma importância e necessidade.

Não se trata de atender às regras legais como normas que fixam previamente o valor a atribuir aos meios de prova, mas considerá-las antes como verdadeiros critérios do julgador, máxime, na hora deste apreciar e conseqüentemente valorar a prova que é produzida em tribunal.

### **2.3. PROVA LEGAL OU TARIFADA**

O primeiro sistema ou modelo a que nos reportamos é o da prova legal ou tarifada, sendo a sua característica fundamental o facto do valor das provas se encontrar previamente definido por lei, cabendo única e exclusivamente ao julgador aplicar a lei<sup>11</sup>.

Neste sistema da prova legal ou tarifada

[...] a lei prescreve quais os meios de prova que podem ser utilizados, quando há numerus clausus de meios de prova. Também se utiliza a expressão prova tarifada quando o legislador estabelece como e quando os factos devem ser considerados provados<sup>12</sup>.

São hoje visíveis no nosso CPP os efeitos<sup>13</sup> deste tipo de sistema, como pode depreender-se,<sup>14</sup> por exemplo, quanto ao valor probatório dos documentos autênticos e autenticados (art.º 169.º), ao caso julgado, ao pedido cível (art.º 84.º), à confissão integral e sem reservas no julgamento (art.º 344.º), à prova pericial (art.º 163.º), isto porque tal sistema “[...] é usualmente baseado na segurança e na certeza das

---

<sup>11</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ...., Vol. 1, p. 210: “[...] só podiam valer como provas aquelas às quais a lei atribua valor de prova”.

<sup>12</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 139.

<sup>13</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ...., Vol. 1, p. 210, onde o autor fala em casos de fixação do valor da prova por lei.

<sup>14</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 244: “Mas o princípio da prova livre cede perante o princípio da prova legal em certos casos”.

decisões, consagração de regras da experiência comum e facilidade e celeridade das decisões”.<sup>15</sup>

Deste sistema resultam verdadeiras normas legais, as quais constituem, em si mesmas, excepções ao princípio da livre apreciação da prova, situações em que o julgador perde, portanto, com a implementação de tal princípio (o da prova legal), a sua liberdade de apreciação da prova, tendo assim que obedecer a verdadeiras regras legais de valoração da prova.

Também se trata de verdadeiros limites, como adiante melhor se entenderá, naquela que é a função do julgador de apreciar directa e imediatamente os factos que lhe são apresentados em juízo.

Dado este ponto de partida em relação à sumária definição do sistema da prova legal, será útil recuar historicamente até um momento de particular interesse à discussão, ou seja, à implementação dos jurados ou do júri, uma figura através da qual surgiu uma nova forma de valorar a prova, a partir da qual se atribuíam relevância e, até, mais do que isso, validade, à convicção íntima dos jurados.

Seria o confronto entre o sistema da prova legal, em que o valor das provas se encontrava previamente definido, e a implementação do júri, em que o critério deixaria de ser o conjunto de regras legais que fixavam previamente o valor das provas legais em detrimento do critério da convicção íntima dos jurados, que acabaria por abrir caminho no sentido de alcançar um sistema de valoração da prova liberto do crivo das regras legais.

“Pensava-se então que na convicção íntima dos jurados, emanação ao mesmo tempo da razão individual e da soberania popular, estava o critério último e infalível da verdade judicial”<sup>16</sup>.

Quer num ou noutro sistema de valoração o que estava realmente em causa era a mesma coisa, o mesmo objectivo, portanto, permitir ao julgador conhecer a verdade que então se preconizava, ou seja, uma verdade formal.

O sistema das provas legais pecava ao impor ao julgador verdadeiras regras de valoração, aniquilando assim qualquer liberdade no momento do julgador poder

---

<sup>15</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código ...*, p. 355.

<sup>16</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso de processo penal*. 3.ª ed., revista e actualizada. Lisboa : Verbo, 1993, Vol. 1, p. 77.

apreciar a prova, não contemplando, desde logo, o mencionado critério da convicção íntima.

Tais regras de valoração apresentavam-se como arbitrárias, incapazes de garantir o correcto e bom funcionamento do sistema jurídico nos termos que hoje são conhecidos, sobretudo, no que concerne a aspectos como o respeito e observância pelos princípios fundamentais que regem o processo penal, deixando a apreciação e valoração da prova nas mãos de um tão severo método.

A grande clivagem entre os sistemas surgiria em 1789, com a Revolução Francesa, momento a partir do qual passaria a afirmar-se, por toda a Europa, o princípio da prova livre, também designado como da prova moral.

Presentemente, contra esta limitação aos poderes do julgador, não deixa também de ser relevante o facto de o legislador possibilitar *ab initio* (durante a fase de Inquérito) a indicação de todos os meios de prova que se considerem necessários à descoberta da verdade, como bem resulta da conjugação dos arts. 124.º (Objecto da prova) e 125.º (Legalidade da prova), ambos do CPP, pois que em processo penal “[...] vigora o princípio do conhecimento amplo dos factos, só a partir da pronúncia existindo limitações formais, que radicam no princípio do contraditório e nos direitos da defesa”<sup>17</sup>.

O processo penal vai assim do mais para o menos, consoante a fase ou momento processual em que nos encontremos, permitindo que o julgador possa atender a todo e qualquer facto (juridicamente relevante) que venha a influenciar na descoberta da verdade.

É, de facto, como se disse, uma liberdade de indicação e reprodução de meios de prova que vai sendo progressivamente recortada desde a acusação, “[...] visto que os factos constitutivos da infracção penal se encontram já definidos”<sup>18</sup> por esta, até ao julgamento, onde pode então falar-se numa verdadeira restrição quantitativa das provas admitidas em processo penal.

De todo o modo, não dependendo a indicação das provas em processo penal da vontade das partes, poderá sempre o julgador produzi-las independentemente dessa vontade (oficiosamente).

---

<sup>17</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – *Código ...*, p. 344.

<sup>18</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Curso ...*, Vol. 1, p. 210.

### 2.3.1. PROVA LIVRE

Em ordem ao até aqui explanado, será útil referir a relevância das normas que estabelecem previamente o valor a atribuir a um determinado meio de prova, como atrás se viu, o que leva a não incorrer na posição daqueles que definem o sistema da prova livre pela negativa, ou seja, como aquele sistema onde não existem (ausência) regras ou normas que definem previamente o valor a atribuir aos meios de prova.

Aceitar este tipo de definição conduziria obviamente a não aceitar o importante contributo que o sistema da prova legal proporciona ao fixar (previamente) o valor de determinados meios de prova, sobretudo, as vantagens deste modo de valoração, em que o juiz simplesmente aplica a lei, fazendo com que determinadas situações sejam previsíveis e, portanto, manifestem credibilidade e segurança no ordenamento jurídico.

O sistema da prova livre, como anteriormente já se referiu, deve fazer com que o julgador balize a sua actuação (tarefa apreciativa/valorativa) atendendo às regras da experiência e ainda à sua livre convicção, isto porque a apreciação neste sistema

[...] é também vinculada. Não consiste na afirmação do arbítrio na apreciação das provas. Não o é em função de regras legais prefixadas em abstracto, mas é vinculada directamente a apreciação judicial aos princípios em que se consubstancia o direito probatório, e às normas de experiência, de lógica, regras incontestáveis de natureza científica, que se devem incluir no âmbito do direito probatório<sup>19</sup>.

Ao dizer que o julgador julga segundo a sua convicção, “[...] formada sobre a livre apreciação das provas, não se pensa em proclamar o império do arbítrio, do capricho, da vontade desregrada e discricionária na avaliação e julgamento das provas”<sup>20</sup>, mas antes em evidenciar que “[...] o juiz não está adstrito a critérios legais fixos e predeterminados, a normas absolutas, abstractas e severas, impostas pela lei”<sup>21</sup>.

O que realmente caracteriza o sistema da prova livre é a capacidade que o julgador tem de poder apreciar livremente a prova que lhe é apresentada em juízo sem ter que, em princípio, submeter-se a quaisquer regras que ditem o valor probatório de alguns meios de prova (como sucede nos casos atrás enunciados, por exemplo, quanto ao valor probatório dos documentos autênticos e autenticados),

---

<sup>19</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – *Curso ...*, Vol. 1, pp. 211 e ss.

<sup>20</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, pp. 244 e ss.

<sup>21</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 245: “Prova livre não quer dizer prova arbitrária ou irracional”.

[...] sem obediência a uma tabela ditada externamente, mas em perfeita conformidade, como é natural e compreensível, com as regras da experiência e as leis que regulam a actividade mental<sup>22</sup>.

Quanto aos sistemas de apreciação da prova pode ainda fazer-se uma breve referência àquilo que alguns autores designam como uma terceira alternativa, ou melhor, um modelo ou sistema de valoração, se assim se pode chamar (a par quer do da prova livre, quer do da prova legal), designado por modelo da crítica sã, apenas se tratando de um modelo que, depois de confrontado com os dois modelos atrás enunciados, acaba por perder a sua eventual autonomia, devendo, assim “[...] encarar-se como uma regra de orientação do sistema da prova livre”<sup>23</sup>.

Assim, a consagração deste princípio da prova livre só pode ser entendido como um modo de apreciação da prova que não ignore, prescindida ou torne irrelevantes as provas, que não leve o julgador e, conseqüentemente, o tribunal, a “[...] apreciar e a julgar os factos como lhe aprouver, segundo as provas produzidas, sem provas, ou mesmo contra as provas”<sup>24</sup>.

O princípio da prova livre não será, nem é, obviamente, estranho àquele que é o percurso histórico-social a que se assistiu relativamente à forma do julgador valorar as provas que lhe eram apresentadas, sendo, de facto, actualmente, e graças a esse percurso evolutivo, o sistema ou princípio vigente no nosso ordenamento jurídico (actual art.º 127.º do CPP).

Como anteriormente se disse é, de facto, em virtude das referidas revoluções de inspiração liberal que começa então a ganhar contornos o princípio da prova livre, inicialmente definido pela negativa, ou seja, pela ausência de regras legais, um novo sistema de valoração que não romperia totalmente com o da prova legal, mas que buscaria antes alguma utilidade e experiência neste, pois seria

[...] erro grosseiro pensar que as regras legais quanto ao valor das provas são necessariamente arbitrárias. Elas assentam na experiência comum e representam a estratificação de conhecimento empírico obtido através dos séculos<sup>25</sup>.

Trata-se de um princípio que começou, no nosso ordenamento jurídico, por aplicar-se primeiro aos jurados, nos julgamentos, e só mais tarde aos julgadores, contrariamente

---

<sup>22</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 245.

<sup>23</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, pp. 244 e ss.: “O princípio da crítica sã só pode constituir um conceito diferenciador do da prova livre, quando este se entenda no sentido de apreciação discricionária e caprichosa da prova”.

<sup>24</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 245.

<sup>25</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 245.

ao Código de Instrução Criminal francês, de 1808, que aplicava validamente esta forma de valoração a ambas as figuras, quer à dos jurados quer à dos julgadores<sup>26</sup>.

O ponto de partida será assim, como acontece em relação a muitos outros institutos, o contributo dado pela corrente liberal, consubstanciado obviamente naquela que foi a Revolução Francesa (1789), a partir da qual se passaria a falar numa verdadeira separação de poderes (o poder legislativo, o poder executivo e o poder judicial).

### **2.3.2. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-SOCIAL DOS SISTEMAS DE VALORAÇÃO DA PROVA**

É, de facto, com a corrente liberal que se começam a questionar e a pôr em causa os anteriores sistemas de apreciação e/ou valoração da prova, modelos em que a liberdade do julgador nem sequer existia, sujeitando-o, portanto, a severas, duras e incontornáveis normas sobre a apreciação e conseqüente valoração que este deveria fazer das distintas provas que lhe eram apresentadas em juízo.

O ordenamento jurídico de então achava defensável que a apreciação e posterior valoração que o julgador fizesse da prova, ficasse dependente de normas ou regras legais que fixassem previamente o valor a atribuir aos meios de prova, aniquilando assim por completo qualquer intento do julgador apreciar livremente a prova.

Na seqüência dessa atitude, não interessa se mais ou menos benéfica, o certo é que o paradigma acabaria por mudar com a influência liberal, vivida a partir da França até aos demais pontos da Europa, não tendo Portugal sido alheio nem estranho a essa mudança, como aconteceu com as sucessivas revoluções liberais que se fizeram sentir no nosso país.

Passa assim a falar-se num sistema da livre convicção ou da íntima convicção e de prova moral<sup>27</sup>, por contraposição ao chamado princípio da prova legal, um sistema ou modelo que, como se disse, fixava previamente o valor a atribuir pelo julgador a cada meio de prova.

O anterior princípio da prova legal nascera numa época em que, de facto, o que se assistia era a um verdadeiro domínio do julgador por regras, muitas das vezes, criadas por monarcas e outros titulares do poder legislativo, destituídos de qualquer objectividade e bom senso.

---

<sup>26</sup> REIS, José Alberto dos, coment. ..., Vol. 3, p. 108.

<sup>27</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso de ..., Vol. 2, p.148.

Dominava então o chamado princípio do inquisitório, um modelo através do qual princípios como os que hoje conhecemos (da imediação, da oralidade, do contraditório e da publicidade, entre outros) não tinham qualquer relevância ou aplicabilidade.

Abandonado este paradigma passou assim a ganhar um particular relevo o chamado modelo acusatório, ainda hoje em vigor, um sistema através do qual passou a prevalecer o formalismo em detrimento de outros critérios bastante mais subjectivos e questionáveis.

Repare-se que já nesse momento começavam a surgir algumas dificuldades de articulação entre o princípio da prova legal e figuras mais recentes como eram os jurados, instituto a partir do qual começou a firmar-se o chamado modelo acusatório.

Como facilmente se depreende, tal modelo do júri teria que ser inevitavelmente incompatível com o princípio da prova legal, pois, o intento de lograr compatibilizar as regras que fixavam previamente o valor a atribuir pelo julgador aos meios de prova com o critério baseado na convicção íntima dos jurados, revelar-se-ia infrutífero.

Dada a Revolução Francesa e em ordem àquelas que eram as dificuldades que se vinham sentido em relação à coordenação e ajuste entre o sistema da prova legal e os novos métodos de valoração (figura dos jurados), passou assim a abrir-se caminho ao sistema das provas morais, até porque

[...] para além da dificuldade de os jurados conhecerem as complexas regras legais de valoração da prova, na convicção íntima dos jurados, emanação ao mesmo tempo da razão individual e da soberania popular, estava o critério último e infalível da verdade<sup>28</sup>.

Note-se que em Portugal, a implementação de um sistema concebido nestes moldes ficaria a dever-se ao movimento liberal iniciado na cidade do Porto, onde através da chamada Revolução do Porto, passariam então a reunir-se as condições necessárias para o aparecimento de uma monarquia constitucional, o que veio a suceder em 1822, com a consequente aprovação da Constituição da República Portuguesa<sup>29</sup>.

Em países vizinhos como a Espanha ou a França tal sistema de valoração foi adoptado de uma forma bastante mais célere, reportando a Constituição da República Francesa a 1791 e a Constituição Espanhola de Cádiz a 1812.

---

<sup>28</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso de ..., Vol. 2, p.148.

<sup>29</sup> NEVES, Rosa Vieira das - A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal). Coimbra : Coimbra Editora, 2011, pp. 67 e ss.

Não nos interessa aqui entrar na discussão daquelas que possam ser as dificuldades associadas ao modelo ou sistema do júri, baseado na convicção íntima dos jurados e, portanto, particularmente ligado a critérios bastante subjectivos, alertando, de todo o modo, para o facto de tal sistema jogar com sentimentos e emoções individuais, de cada elemento do júri, aspectos ou critérios que deixam muito que dizer, designadamente, quanto à sua inferência sobre os distintos meios de prova.

A implementação do sistema da prova moral foi, de facto, movida pela constituição dos já mencionados júris, um modelo segundo o qual os distintos jurados intervinham apreciando e, conseqüentemente, valorando cada meio de prova, estando presentes, portanto, no julgamento (imediação da prova), fase processual na qual pode dizer-se que se concentra o processo penal.

Era uma faculdade que era própria dos jurados e nessa medida também exclusiva, só mais tarde tendo sido alargada aos julgadores (sendo certo que o Código de Instrução Criminal francês de 1808 previa já esta novidade, estendendo tal faculdade quer aos jurados quer aos magistrados).

A estrutura do júri foi, de facto, muito permeável, sobretudo no que ao sistema de prova moral concerne, tendo sido várias os critérios adoptados pelos julgadores na hora de acolher tal modelo, passando não só a recorrer e, portanto, a usar este modelo baseado na prova livre, mas também a deixar-se contagiar pelos distintos sintomas já adoptados e praticados pelos jurados.

Foi o que aconteceu, num primeiro momento, em relação à motivação das decisões, pois que se aos jurados bastava um mero sim ou não sem qualquer justificação (volte a frisar-se que o critério dos jurados para a apreciação da prova era o da convicção íntima), também os julgadores passaram a bastar-se com tal conduta,

[...] entendendo-se então que a livre convicção do julgador dispensava a fundamentação da valoração feita da prova, pois o juiz julgava apenas de acordo com a sua consciência, tendo-se chegado ao limite de admitir que o princípio da prova moral significava que o juiz podia decidir com prova, sem prova e contra a prova<sup>30</sup>.

Todavia, as repercussões da adopção de um sistema constituído e consagrado nestes termos não se ficaria por aqui, tendo-se ainda chegado ao ponto de tal ausência de motivação das decisões judiciais ser vista como uma faculdade típica do que vinha sendo visto como a soberania do julgador, o que veio a traduzir-se na impossibilidade de se poder recorrer das decisões, em matéria de facto, isto, como se disse, por se

---

<sup>30</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 149.

pensar que o único critério a considerar para a prolação das decisões era a consciência do julgador.

Com tal medida, a matéria de facto encontrava-se definitivamente julgada e, dessa forma, fixada, sendo insusceptível de recurso em matéria de facto, permitindo-se apenas uma nova reapreciação das decisões judiciais (para as Relações e para o Supremo Tribunal de Justiça) sempre e quando estivesse em causa matéria de direito.

Isto significava que, logo em sede de primeira instância, a matéria de facto passaria a considerar-se, para todos os efeitos legais, definitivamente fixada, deixando de ser susceptível de recurso, uma situação que se manteve até à reforma e subsequente revisão do CPP, em 1931<sup>31</sup>, momento a partir do qual começou a questionar-se a posição e entendimento da jurisprudência quanto a estas regras que condicionavam o recurso em matéria de facto.

Quanto a este tema, o acento tónico surgiu quando passou a prevalecer o entendimento de que a matéria respeitante às regras de apreciação e consequente valoração da prova comportavam verdadeiramente matéria de direito, razão pela qual passariam também a poder ser objecto de recurso.

A violação das regras legais sobre a prova como, por exemplo, a necessidade da sua produção em audiência, ou a aplicação do princípio *in dubio pro reo*, são violações do direito. E violação do direito é ainda, pelo menos em certa medida, a violação de máximas da experiência que integram as normas jurídicas<sup>32</sup>.

Postas em causa estas distintas questões, não tardou, de facto, a aparecerem novas concepções do sistema da prova moral, pois que passou a conceber-se esta liberdade de apreciação da prova como um poder-dever,

[...] uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material -, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo (possa embora a lei renunciar à motivação e ao controlo efectivos)<sup>33</sup>.

Em função desta breve passagem pelas características gerais dos modelos ou sistemas de valoração da prova, pode agora aprofundar-se mais detalhadamente cada um destes *modus*, o que ganhará extrema importância no momento de caracterizar o actual princípio da livre apreciação da prova em processo penal.

---

<sup>31</sup> DECRETO-LEI n.º 20:147, de 1.8.1931. D.G. I-Série. 177 (1931-08-01) p. 1803.

<sup>32</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso de processo penal. Lisboa : Danúbio, 1986, Vol. 2, p. 300.

<sup>33</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito processual penal. Coimbra : Coimbra Editora, 1974, p. 202.

A estreita relação que se verificou entre o modelo do júri e o sistema da prova moral tem ainda sido motivo de alguma discussão, sobretudo, quando se contempla tal sistema na óptica de uma terceira fase da evolução histórica dos sistemas jurídicos da prova criminal<sup>34</sup>, pois que o que estaria agora em causa e no centro do processo penal, não seria já a submissão do julgador a uma inquestionável durez de regras legais, em que, de facto, ao julgador pouca ou quase nenhuma intervenção processual cabia, mas antes um objectivo tendente à descoberta da verdade histórica e, portanto, real, em que ao julgador passaria a caber um novo papel, agora de averiguação dos factos.

A verdade é que se

num primeiro estágio, que corresponde ao regime probatório do processo germânico-medieval, tudo estava em darem ou não as partes cumprimento a certas formalidades rigidamente prescritas, e o que através delas se visava era menos a averiguação de factos do que apoiar a directa alegação de direitos. Numa segunda fase, a que corresponde fundamentalmente ao processo inquisitório, era já o juiz que havia de concluir por um juízo probatório tendo por objecto apenas factos, mas submetido esse juízo a um sistema de prova legal o que ele oferecia, ainda no domínio que se afirmava ser de prova de factos, era a aplicação formal e abstracta de presunções legais *juris et de jure*.<sup>35</sup>

Entrando agora nos *modus* de valoração da prova será de todo relevante começar por destacar a notável mudança de paradigma a que se assistiu com a prevalência do sistema da prova livre sobre o da prova legal, desde logo, pelo conjunto de poderes (que, como adiante melhor se verá, consubstanciam autênticos deveres processuais) que passaram a estar concentrados na esfera jurídica do julgador, o qual deixou de estar subordinado às regras legais, que determinavam previamente o valor a atribuir a cada meio de prova.

Tal característica, tendencialmente qualificada pela ausência de regras legais, não pode, como já se referiu, permitir cair na delimitação do princípio da prova livre pela negativa, uma vez que há que

[...] destacar antes o seu significado positivo, que há-de traduzir-se em valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita ao julgador objectivar a apreciação dos factos.<sup>36 37</sup>

---

<sup>34</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso de ...*, Vol. 2, p. 150.

<sup>35</sup> NEVES, A. Castanheira - *Sumários de processo criminal: (1967-1968)*. Coimbra : [s.n.], 1968, pp. 48 e ss.

<sup>36</sup> MALAFAIA, Joaquim - A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Lisboa. ISSN 0871-8563. 20:4 (Outubro-Dezembro 2010) p.561.

De todas as maneiras, deve sempre atender-se ao sistema da livre apreciação da prova como um modo de valoração das provas que proporciona, isso é óbvio, liberdade de apreciação da prova (na medida em que estejamos diante da chamada prova não vinculativa), mas que também exige, na hora da decisão de valorar, que o julgador acarrete deveres, desde logo, e como adiante melhor se verá, os que estejam relacionados com a motivação e fundamentação das decisões judiciais (despachos, sentenças e acórdãos).

Tal conjunto de deveres resulta, em primeira instância, da nossa lei fundamental, da CRP, através da concretização de importantes princípios constitucionais que são verdadeiras normas que ganham, em segunda instância, aplicação nas distintas áreas do direito, seja no direito substantivo seja no direito adjectivo, onde cabe inevitavelmente, o processo penal.

Pode falar-se, a propósito deste princípio da prova livre, de um

[...] dever do julgador que axiologicamente se lhe impõe pelo princípio do Estado de Direito e da Dignidade da Pessoa Humana traduzindo-se na possibilidade de formar uma convicção pessoal de verdade dos factos, convicção essa ainda assim racional, assente em regras de lógica e de experiência, objectiva e comunicacional<sup>38</sup>.

O lugar próprio e de destaque para a produção de prova passou a ser, de facto, o julgamento, local onde as partes deveriam oferecer os meios de prova necessários à formação da convicção do julgador, isto como se viu, vigorando ora o sistema da prova legal ora o sistema da prova livre (actualmente em vigor no nosso ordenamento jurídico).

Quer olhemos para um sistema ou para outro, devemos ter bem presente os distintos contributos de ambos na evolução do direito processual penal, mais que não seja, pelos momentos históricos em que cada um destes sistemas se localizou.

O sistema das provas legais vai buscar a sua origem à Idade Média, sendo aí que através da instituição da Inquisição, onde predominava a força e rigidez das leis que eram emanção do poder soberano, se assiste a um verdadeiro papel de subordinação do julgador às regras

[...] de apreciação da prova, assentes em regras da vida e da experiência que tradicionalmente eram tidas por seguras, e através das quais se fixava ou se

---

<sup>37</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – Acórdão n.º ACTC7148, de 19-11-1996, processo n.º 96-0142, relator Monteiro Diniz. *D.R. II série*, 31 (6.2.1997) 1569.

<sup>38</sup> MALAFAIA, Joaquim - A linguagem no depoimento das testemunhas e ..., p.561.

hierarquizava o valor dos diversos meios de prova, segundo a força que a cada um se atribuía,<sup>39</sup>

ficando fora das preocupações e até dos deveres do julgador os meios ou as formas como se alcançavam as provas (daí as sucessivas práticas de torturas tendentes, por exemplo, à obtenção de uma confissão).

Muitos anos passaram até se entender que a grande problemática que assistia a este sistema da prova legal era o seu carácter geral e abstracto, pois que o valor previamente atribuído a cada meio de prova era feito sem qualquer interesse ou obediência à realidade concreta do caso em apreço<sup>40</sup>.

“[...] tabelar significa cercear a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo.”<sup>41</sup>

Em atenção às dificuldades que o sistema da prova legal vinha manifestando e ainda em ordem às sucessivas reformas que se vinham impondo, fruto das já mencionadas revoluções liberais, passou assim a antever-se a exigência que o processo penal vinha reivindicando quanto ao modo de valoração da prova, sendo dado o impulso a esta mudança, num primeiro momento, como se disse, pela figura do júri, um modelo que atribuía e depositava a apreciação e conseqüente valoração da prova no critério da convicção íntima dos jurados e, num segundo momento, pelo aparecimento dos chamados métodos científicos de prova<sup>42</sup>.

As normas legais de valoração da prova não se extinguiriam nem desapareceriam por completo, até porque elas continuaram (e continuam) a estar presentes de forma mais ou menos intensa, tendo-se antes pretendido fazer operar, com a adopção do sistema da prova livre, uma mudança no sentido de manifestar os benefícios e vantagens deste novo sistema de valoração da prova.

Se o júri deixou os seus contributos, também é óbvio que deixaria algumas vicissitudes, como as relativas à ausência de motivação das decisões judiciais, todavia, com a evolução do processo penal, designadamente, com o aparecimento

---

<sup>39</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito ...., 1974, p. 199.

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito ....., p. 200: “[...] especial atenção às circunstâncias concretas do caso”.

<sup>41</sup> BACILA, Carlos Roberto - Os princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In BONATO, Gilson, coord. - Garantias constitucionais e processo penal. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 100.

<sup>42</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito ....., p. 200.

dos atrás referidos métodos científicos de prova, reduzir-se-ia a margem para erro resultante da aplicação deste sistema.

Importa ainda referir que a ausência de regras legais não poderá conduzir ao posicionamento de ver e entender o sistema da prova livre como um modo de valoração da prova arbitrário, pois que ele

[...] não pode de modo algum querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrollável – e portanto arbitrária – da prova produzida. Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade [...] os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados<sup>43</sup>.

A implementação de um novo sistema de valoração da prova não seria fácil nem escaparia a alguns fracassos, tendo tal sistema, como anteriormente se referiu, chegado a prescindir da motivação das decisões judiciais por parte dos julgadores, como já sucedia em relação aos jurados, “[...] pois o seu veredicto era dado por um lacónico sim ou não às perguntas formuladas pelo tribunal”<sup>44</sup>.

Do que foi dito, fica de momento a dúvida, se a autonomização do princípio da livre apreciação da prova terá ou não consistido em algo mais do que uma mera codificação, ou seja, na simples transposição de um princípio, o da prova livre, já anteriormente previsto e regulado no CPC, para um novo âmbito, o processual penal.

Questão também bastante pertinente será a que respeita à existência de limites, sobretudo os que respeitem à eventual discricionariedade que possa vir a ser atribuída a tal princípio, isto na medida em que a própria lei fundamental, nomeadamente, o art.º 32.º, n.º 2, da CRP, prevê total liberdade por parte do julgador na hora deste apreciar a prova que lhe é apresentada em juízo, em momento algum identificando ou apontando para quaisquer restrições valorativas.

Ao abordar o princípio da prova livre (ou da livre convicção do julgador), será importante retomar o percurso histórico-social já anteriormente mencionado, sobretudo, por ser indispensável e necessário analisar os distintos sistemas de valoração da prova, designadamente, o contributo deixado pelo sistema da prova legal.

Consagrado expressamente no art.º 127.º do CPP, o regime da prova livre acaba por estar intimamente ligado com uma outra questão, a respeitante à admissibilidade dos meios de prova, dispendo a lei que “São admissíveis as provas que não forem

---

<sup>43</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito ..., p. 202.

<sup>44</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo – Direito ..., p. 109.

proibidas por lei” (cfr. art.º 125.º do CPP sob a epígrafe Legalidade da prova), donde resulta que toda a prova será admissível<sup>45</sup> e, portanto, legal, desde que não seja proibida por lei (cfr. art.º 126.º do CPP sob a epígrafe Métodos proibidos de prova)<sup>46 47</sup>.

Repare-se que o CPP português

[...] consagra a regra da não taxatividade dos meios de prova. Ao invés do artigo 189.º do CPP Italiano, a lei Portuguesa não estabelece um critério substantivo especial para a admissibilidade das provas não previstas na lei, pelo que a admissibilidade das provas não previstas na lei rege-se pelos critérios substantivos gerais do artigo 340.º<sup>48</sup>.

Mas esta proximidade que se verifica entre o regime da prova livre e a questão da admissibilidade (legalidade) dos meios de prova vai mais além, ou seja, são vários os casos em que o sistema da prova livre se ampara e auxilia noutros importantes princípios, como sucede em relação ao dever de fundamentação das decisões, como bem dispõe o n.º 2, do art.º 374.º, do CPP.

Ao relatório segue-se a fundamentação, que consta da enumeração dos factos provados e não provados, bem como de uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

Assim, para que possa operar o regime da prova livre será imprescindível que o julgador não esqueça nem ignore o importante dever que lhe assiste de “[...] fundamentação das decisões que conheçam do objecto do processo, para que a motivação possa ser controlada”<sup>49</sup>.

Por último, refira-se que, ainda que a nossa discussão não se prenda com a exigência de fundamentação das decisões judiciais, será importante ter esta presente como um verdadeiro dever (obrigação) que assiste ao julgador no momento de proferir decisões judiciais, sejam elas despachos, sentenças ou acórdãos.

---

<sup>45</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 139, onde o autor menciona o princípio da liberdade de prova, fazendo a distinção entre meios de prova tipificados e meios de prova não tipificados, alertando para o facto de tal princípio não vigorar no processo civil, onde a prova surge de uma forma mais controlada e restrita (vd. arts. 364.º e 393.º, n.º 1, ambos do CC).

<sup>46</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 139: “A norma que admite todas as provas não proibidas pressupõe a existência de provas proibidas. Só que os meios de prova proibidos não podem ser utilizados”.

<sup>47</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º: livre apreciação da prova. In ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Comentário do código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª ed. Lisboa : Universidade Católica, 2009, p. 125: “Os meios de prova atípicos estão subordinados aos demais limites constitucionais e legais de admissibilidade da prova, como os resultantes do artigo 126.º”.

<sup>48</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º ..., p. 316.

<sup>49</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 139.

### 2.3.3. PROVA LIVRE VERSUS SISTEMA DA PROVA LEGAL

Afirmar a prevalência de um sistema de valoração da prova em detrimento de outro parece ser algo difícil, pois que quer um sistema quer outro manifestam uma notável inter-relação.

Esta estreita correlação entre um sistema e outro tem sido evidenciada através da própria lei processual penal, máxime no que concerne ao direito probatório, que em distintas normas tem enfatizado essa proximidade ora com um ora com outro sistema.

É o que sucede, desde logo, em relação à quantidade de prova, designadamente, aos meios de prova que poderão ser reproduzidos em audiência de julgamento, pois que quando a lei refere que são admissíveis as provas que não forem proibidas por lei, actua o princípio da prova livre, através do qual, além de poderem apresentar-se os meios de prova previstos na lei, tipificados,<sup>50</sup> portanto, podem ainda reproduzir-se os meios de prova que não forem proibidos por lei (vd. art.º 125.º do CPP).

Trata-se de um poder discricionário que durante a Baixa Idade Média e durante o Absolutismo não existia, pois foram momentos históricos onde vigorou o princípio da prova legal<sup>51</sup>, ao julgador apenas cabendo a tarefa de aplicar a lei, sem qualquer margem de manobra quanto à possibilidade de poder valorar livremente a prova.

Não haverá, portanto, limite à produção de meios prova desde que os mesmos se encontrem dentro desta exigência, sempre e quando não tenha tido ainda lugar o respectivo despacho de acusação, acto processual através do qual se inicia uma nova fase processual, a partir da qual tais meios de prova deverão ser já indicados, requerendo-se a sua produção em sede de audiência de julgamento, sob pena de nulidade (vd. arts. 283.º a 285.º do CPP).

Pela mesma ordem de razões se entende que a prova também seja limitada quanto à sua quantidade durante o julgamento (vd. arts. 311.º e ss do CPP).

O que se trata é de conseguir conjugar a liberdade de apreciação da prova que assiste ao julgador, enquanto princípio relativo à prova no nosso ordenamento jurídico, com aspectos como os relacionados com a motivação e fundamentação das decisões judiciais, tudo importantes aspectos a considerar na óptica da certeza e segurança

---

<sup>50</sup> Vd. arts. 128.º e ss. do CPP.

<sup>51</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 137: "Limitação do arbítrio na medida em que sem as provas estabelecidas por lei não podiam ser dados como provados certos factos, ainda que outra fosse a convicção do julgador. Com a mesma finalidade exige hoje a lei a fundamentação das decisões judiciais e admite o recurso sobre as decisões de matéria de facto."

jurídicas, sobretudo quanto relevam garantias fundamentais como a liberdade das pessoas.

Atendendo ao conjunto de factos que constituem e enformam o objecto da prova e aos meios de prova destinados a fazer prova da sua realidade, caberá então ao juiz formar o seu juízo ou convicção sobre a realidade dos factos.

Com a acusação passam assim a estar definidos os factos que constituem o ilícito criminal.

A apresentação e produção de prova não pode também ficar dependente nem sujeita àquela que seja a vontade das partes (princípio do dispositivo), ou seja, à prova apresentada por estas, podendo sempre que o entender e em obediência ao princípio da descoberta da verdade material, o julgador solicitar por sua própria iniciativa (oficiosamente) a prova que lhe aprouver (vd. art.º 340.º do CPP).

Contrariamente, o princípio da prova legal está presente em disposições legais como, por exemplo, a do art.º 169.º do CPP, na qual a lei determina previamente o valor a atribuir aos documentos autênticos e autenticados, donde resulta consideram-se provados os factos materiais constantes desse tipo de documentos, sempre e quando a autenticidade do documento ou a veracidade do seu conteúdo não forem fundamentamente postas em causa.

Outro caso idêntico, em que a lei atribui e fixa previamente o valor a atribuir ao meio de prova, é o art.º 163.º do CPP, respeitante à prova pericial, quando a lei expressamente refere e presume encontrar-se subtraído à livre apreciação do julgador, o juízo técnico, científico ou artístico inerente a este meio de prova.

O carácter discricionário que se pretende contudo atribuir ao sistema da prova livre, não pode relevar, pelo menos em termos absolutos, porque além do processo penal cuidar da prova que é legalmente admissível (a que não seja proibida por lei), preocupa-se também com a forma ou método como tal prova é obtida (vd. art.º 126.º do CPP).

As provas que sejam assim obtidas através do recurso a meios de obtenção da prova que a lei considere ilegais, serão, portanto, ineficazes, insusceptíveis de lograrem produzir quaisquer efeitos na hora de se poder atender ao seu valor probatório.

“Um facto pode ter de ser julgado como não provado simplesmente porque o meio que o provaria não pode ser utilizado no processo, porque é um meio de prova proibido e, por isso, não admissível para formar a convicção do julgador.”<sup>52</sup>

Quer o sistema da prova livre quer o sistema da prova legal têm como objectivo a apreciação da prova, com as particularidades que atrás se observaram, devendo, de todo o modo, referir-se que a não arbitrariedade do primeiro destes sistemas resulta da verificação de vários aspectos, sobretudo, os que tenham que ver com a formação dessa convicção, a qual exige, acima de tudo, um especial dever de racionalização.

Esta liberdade de valoração da prova surge intimamente ligada aos demais princípios processuais respeitantes à matéria probatória, não esgotando, como facilmente se depreende, toda a matéria respeitante à prova. São princípios (probatórios) que têm vindo a materializar-se em autênticas regras jurídicas, permitindo ao julgador seguir um caminho lógico e racional na hora de decidir o valor a atribuir a um determinado meio de prova, sempre e quando lhe seja possível valorar livremente essa prova (a chamada prova não vinculada).

Anteriormente, nos sistemas mais primitivos de valoração da prova, o que estava realmente em causa e de certa forma presidia como elemento fundamental, seriam critérios subjectivos, relacionados com questões puramente estranhas e distantes do que realmente interessava à boa discussão da causa, aquilo que hoje conhecemos por verdade histórica.

Neste sentido, a livre valoração da prova

[...] não deve, pois, ser entendida como uma operação puramente subjectiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objectivação, mas valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permita objectivar a apreciação, requisito necessário para uma efectiva motivação da decisão.<sup>53</sup>

Compreende-se que a objectividade que aqui se preconiza surja em moldes de ser entendida como uma meta a que se destina a tarefa, ou mais do que isso, o dever de o julgador ser objectivo quando aprecie e conseqüentemente valore a prova que lhe é apresentada, dando um importante contributo para aquilo que é a motivação das decisões judiciais.

---

<sup>52</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ...., Vol. 2, p. 138.

<sup>53</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ...., Vol. 2, p. 150.

A verdade que interessa ao processo penal é, portanto, uma verdade material (em detrimento da verdade formal), no sentido de se poder falar numa verdade histórica, em que o conjunto de factos que há-de constituir o objecto da prova (*thema decidendi*) apareça de uma forma clara e objectiva.

Só assim pode ambicionar-se um ordenamento jurídico no qual os cidadãos possam confiar plenamente, um verdadeiro sistema em que a simplicidade, transparência e objectividade das decisões judiciais possa aumentar a confiança na função e actividade dos tribunais e dos demais operadores judiciais.

A exigência de objectividade pode e deve ser entendida como uma verdadeira norma legal que deve ser aplicada em todos os casos em que o julgador aprecie livremente a prova.

Se essa apreciação, que se pretende que seja livre, é levada a cabo pelo julgador ela terá, por força da razão, que desembocar numa convicção pessoal, certo é, sempre dentro dos moldes da mencionada objectividade, o que se traduzirá naquilo que se conhece por motivação das decisões judiciais.

Esta liberdade de apreciação da prova começa já a delinear-se de uma forma que acaba por ir restringindo o direito que assiste ao julgador de apreciar (livremente) as provas para começar a constituir-se como uma obrigação que assiste ao mesmo,

[...] de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material -, de tal sorte que a apreciação há-de ser, em concreto, reconduzível a critérios objectivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo.<sup>54</sup>

A eventual discricionariedade que pudesse aqui suscitar-se com a livre apreciação da prova por parte do julgador, começa assim a evidenciar alguns limites, estando, portanto, balizada por estes aspectos, designadamente, os respeitantes à objectividade e consequentemente à motivação das decisões judiciais.

A subjectividade de que atrás se falou, para caracterizar, sobretudo, os sistemas de valoração da prova mais antigos, tem por objecto critérios bastante falíveis, como são aqueles que se prendam com o campo dos sentimentos e das emoções, que a serem considerados como critério gerariam apenas uma convicção puramente subjectiva, contrária àquela que se pretende obter com o sistema da prova livre.

---

<sup>54</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito ..., pp. 202 e ss.

Partir para a formação da convicção do julgador a partir deste tipo de critérios só conduziria a caracterizar o sistema da prova livre como de arbitrário ou de discricionário, pois que as razões ou argumentos que sustentassem a apreciação levada a cabo pelo julgador seriam imotiváveis, incapazes de serem entendíveis ou perceptíveis pelos destinatários das decisões dos julgadores.

Como facilmente se depreende

[...] a verdade material que se busca em processo penal não é o conhecimento ou apreensão absolutos de um acontecimento, que todos sabem escapar à capacidade de conhecimento humano; tanto mais que aqui intervêm, irremediavelmente, inúmeras fontes de possível erro, quer porque se trata do conhecimento de acontecimentos passados, quer porque o juiz terá as mais das vezes de lançar mão de meios de prova que, por sua natureza ... se revelam particularmente falíveis<sup>55</sup>.

A verdade material a que a lei alude, não se compadece com a busca de uma convicção puramente subjectiva, exigindo, em vez disso, o que tem vindo a apelar-se de verdade prático-jurídica, através da qual será certamente possível justificar a necessidade do julgador formar uma convicção, que é certamente pessoal, baseada na objectividade e na motivação, visto que “[...] uma das funções primaciais de toda a sentença (máxime da penal) é a de convencer os interessados do bom fundamento da decisão”<sup>56</sup>.

## 2.4. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS

Os princípios processuais (probatórios) são, de facto, a base do processo penal de natureza acusatória que hoje conhecemos, sendo a sua maioria consagração de direito constitucional, verdadeiras normas fundamentais retiradas da CRP e acolhidas e codificadas no CPP e na demais legislação de natureza penal.

O processo penal como hoje o conhecemos está sujeito ao princípio da livre apreciação da prova (art.º 127.º do CPP), não querendo com isto, todavia, significar-se que o julgador dispõe da discricionariedade ou da arbitrariedade<sup>57</sup> que lhe aprover quanto à forma ou modo como deverá valorar a prova que lhe é apresentada em juízo.

---

<sup>55</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito ...*, p. 204, onde o autor dá o exemplo da prova testemunhal.

<sup>56</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito ...*, pp. 204 e ss.: “[...] a convicção do juiz há-de ser, é certo, uma convicção pessoal – até porque nela desempenha um papel de relevo não só a actividade puramente cognitiva mas também elementos racionalmente não explicáveis (v.g. a credibilidade que se concede a um certo meio de prova) e mesmo puramente emocionais -, mas em todo o caso, também ela uma convicção objectivável e motivável, portanto capaz de impor-se aos outros.”

<sup>57</sup> MATTA, Paulo Saragoça da - A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS, Lisboa, 2003 -

Importará, assim, delimitar qual o critério que deverá nortear esta função apreciativa levada a cabo pelo julgador na hora da valoração dos factos, que constituirão o objecto do processo.

Foi intenção do legislador alertar para os problemas que uma eventual liberdade absoluta (e nesse caso discricionária e até arbitrária) de apreciação da prova poderia causar, desde logo, balizando essa liberdade entre aquilo que é o critério das regras da experiência comum e a livre convicção da entidade competente (os chamados pressupostos valorativos).

De todo o modo, antes de entrarmos em profundidade dentro daqueles que são os limites à livre apreciação da prova do julgador, o que só mais à frente será feito, resultará relevante tecer algumas considerações relativas a alguns princípios processuais que enformam o direito probatório.

É aqui que ganha contornos a questão do ónus da prova, a também chamada distribuição da carga da prova, sobretudo, ao tratar-se de uma matéria que está intimamente ligada com um princípio processual penal, ou seja, o princípio *in dubio pro reo*, pois que “[...] la falta de la prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia”<sup>58</sup>, o mesmo é dizer, que sempre que não se demonstre através da respectiva produção de prova a culpabilidade do agente responsável pela prática do crime, tal prova será insuficiente do ponto de vista da acusação para poder sustentar qualquer decisão condenatória.

Nunca poderá, portanto, em caso de dúvida ou de incerteza, avançar-se de forma a condenar o arguido, visto a sua condenação exigir mais do que isso, tendo o julgador que atender, como adiante melhor se verá, aos efeitos decorrentes do ónus da prova, os quais muito divergem dos verificados no âmbito do regime do processo civil.

O que deve ficar claro é que esta liberdade de que aqui se fala, é uma liberdade que permita ao julgador apreciar a prova em consciência, quer isto dizer, sempre em atenção e respeito pela prova (legalmente admissível) produzida em julgamento.

O princípio da livre apreciação da prova ou da íntima convicção do julgador previsto no art.º 127.º do CPP resulta da consagração no nosso ordenamento jurídico do sistema

---

Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra : Almedina, 2004, p. 240, onde o autor fala em acto de fé do julgador.

<sup>58</sup> OLIVA SANTOS, Andrés de la [et al.] ; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara ; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael ; MUERZA ESPARZA, Julio ; TOMÉ GARCÍA, José Antonio - Derecho procesal penal. Madrid : Centro de Estudios Ramon Erecas, 1993, p. 453.

da prova livre, um modelo segundo o qual o julgador aprecia livremente a prova produzida em julgamento sem sujeição a qualquer tipo de regras ou normas legais que determinem o valor a atribuir a tais provas (sem esquecer, por exemplo, as excepções relativas ao valor da prova dos documentos autênticos e autenticados e ainda quanto ao valor da prova pericial).

A liberdade aqui mencionada não pode, contudo, ser interpretada em termos absolutos, uma vez que o próprio legislador foi bastante cuidadoso ao objectivar essa liberdade através das chamadas regras da experiência, em função das quais, juntamente com a sua íntima convicção (pessoal) acerca dos meios de prova produzidos, o julgador formará um juízo.

As regras da experiência comum surgem como um critério apontado e tido como objectivo, suficientemente capaz de afastar a aplicabilidade de outros critérios que se prendam com razões ou argumentos puramente subjectivos e, nesse sentido, imotiváveis e até mesmo infundamentáveis.

Tais regras serão motivo de desenvolvimento mais adiante, quando se atenda àqueles que são os limites à livre apreciação da prova.

Ressalvadas estas excepções, tem sido entendimento da doutrina, que a prova livre consiste num verdadeiro poder discricionário, uma vez que dentro desta liberdade de apreciação da prova nenhuma limitação<sup>59</sup> existem, em princípio, quanto ao modo ou forma do julgador alcançar a sua convicção da realidade dos factos.

Contrariamente, não poderá falar-se em arbitrariedade, pois que acolher e defender a actividade do julgador nesses termos, poria em causa importantes deveres processuais como são, por exemplo, os respeitantes à exigência de motivação e fundamentação das decisões judiciais.

#### **2.4.1. PRINCÍPIO DA DESCOBERTA DA VERDADE E DA INVESTIGAÇÃO**

Outro importante princípio processual penal de extrema importância, capaz de poder afirmar-se ser o fim último a que se dirige toda a actividade probatória, é o da descoberta da verdade e da investigação (ou da oficiosidade), o que consubstancia

---

<sup>59</sup> BRAZ, José - Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade. 3.<sup>a</sup> ed. Coimbra : Almedina, 2013, p. 95, veja-se como em relação à prova pericial tal liberdade se esgota, uma vez que o julgador só é livre de apreciar os factos sobre os quais incide o parecer do perito e já não sobre o próprio parecer deste, que consubstancia uma verdadeira declaração de ciência ou juízo científico.

um verdadeiro dever que assiste ao julgador de prosseguir a verdade (material, como adiante melhor se verá).

A passagem de um processo penal de natureza inquisitória para um processo penal de natureza acusatória obedeceu, de facto, a importantes exigências que a lei processual vinha preconizando, pois que o abandono de um sistema em que se assistia a uma total subordinação do julgador a regras ou normas legais sobre a prova, impediriam a afirmação de um processo penal compatível com o Estado de Direito Democrático.

Como anteriormente se referiu, o princípio da descoberta da verdade funciona como um verdadeiro indicador do caminho a seguir pelo julgador, relevando assim toda a actividade probatória destinada a permitir essa descoberta.

Toda esta tarefa de investigação levada a cabo, em primeira linha, pelo MP e, *a posteriori*, pelos demais sujeitos processuais (assistente, arguido), não fica dependente da matéria de facto que seja carreada pelas partes para o processo, como acontece no processo civil, onde vigora o princípio do dispositivo, passando antes o julgador a manifestar um verdadeiro poder que se traduz na susceptibilidade de este, por sua iniciativa (oficiosamente) trazer ao processo, à discussão, novos factos (vd. art.º 340.º, n.º 1, do CPP).

Sucedem que, dentro dessa faculdade, que é dada ao tribunal de poder, em última instância, ampliar o objecto do processo (os factos juridicamente relevantes que se destinam a constituir o tema da prova) existem limites, como vimos, onde cabe, desde logo, o princípio da descoberta da verdade e da investigação.

Quer isto significar que o tribunal poderá socorrer-se de todos os meios de formação da sua convicção que entenda necessários para a descoberta da verdade, independentemente daqueles meios proporcionados pela acusação e pela defesa, impondo-se-lhe mesmo o estrito cumprimento do dever processual de investigação autónoma da verdade<sup>60</sup> (não só é um dever como também é um limite que se impõe à actuação do julgador).

A função do julgador é pois *inter partes*, surgindo ele como uma verdadeira parte dentro do processo à qual é permitido actuar em conformidade com o princípio da descoberta da verdade e da investigação.

---

<sup>60</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p. 128.

Se assim não fosse, o julgador

[...] assumiria inteiramente a posição de terceiro «super partes», indiferente à verdade histórica, mas apenas interessado na «verdade» que resultasse da discussão da prova apresentada pela acusação e pela defesa e por ambas produzida perante o tribunal<sup>61</sup>.

E vai ainda mais longe o legislador ao permitir, não só que o julgador possa trazer ao processo factos distintos dos invocados pelas partes, mas também ao poder produzir meios de prova distintos dos alegados pelas mesmas, não se fixando, assim, com essas indicações que podemos chamar primárias, nem o objecto do processo (os factos juridicamente relevantes) nem o objecto da prova (os meios de prova que se destinam a provar em sede de audiência de julgamento os factos que constituem o *thema probandi*).

É então aqui que surge a necessidade de afirmar que a verdade que interessa ao processo penal é uma verdade material e não uma verdade formal<sup>62</sup>, na medida em que esta última limitaria o julgador na hora de poder prosseguir a sua descoberta, tal como sucede e se verifica em relação ao processo civil (*iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*).

A diferença que o processo penal e o processo civil evidenciam a este nível tem a sua razão de ser, sobretudo quando comparados os poderes que assistem às partes, pois que se autor e réu dispõem de uma maior igualdade processual (igualdade de armas), já entre acusação (ainda que o MP não possa considerar-se parte) e defesa isso não sucede, uma vez que o MP disporá de um maior conjunto de meios destinados a garantir a sua tarefa e dever de investigação, enquanto titular da acção penal.

“Acresce que em razão da natureza e fins da própria sanção penal se considera insatisfatória a mera «verdade formal» e insuportável admitir-se que alguém possa ser punido penalmente apenas por insuficiência da defesa.”<sup>63</sup>

Repare-se que ao ambicionar um processo acusatório através do qual a actividade do julgador e, nesse sentido, do tribunal, ficasse obstaculizada pela matéria de facto e pelos meios de prova indicados pelas partes, poderia, de facto, antever-se um resultado, que está mais do que comprovado, ou seja, a margem para incerteza ou

---

<sup>61</sup> SILVA, Germano Marques da – *Curso ...*, Vol. 2, p. 128.

<sup>62</sup> SILVA, Germano Marques da – *Curso ...*, Vol. 2, p. 130, onde o autor fala em conceitos meramente instrumentais, retirando importância à distinção e adjectivação que possa pretender fazer-se notar para efeitos processuais.

<sup>63</sup> SILVA, Germano Marques da – *Curso ...*, Vol. 2, p. 128, onde o autor manifesta a sua posição contra um processo acusatório *puro*, ao fim ao cabo, um processo estrito de partes em que o papel do juiz fica limitado pelas mesmas.

dúvida seria muito maior, sobretudo pelo simples facto de ao julgador não ser possível perseguir a descoberta da verdade (histórica) através dos meios que melhor lhe apossesesse.

Seriam assim muito mais aqueles casos em que diante de uma suspeita ou de uma acusação o julgador fosse forçado a decidir *in dubio pro reo*, pois que para este poder condenar alguém, necessita da prova concreta dos factos, de todo o modo,

[...] a deficiente produção da prova pode ter também o efeito mais grave que é o de por deficiência da defesa conduzir a mais condenações pois que a actividade da defesa nem sequer chega para suscitar a dúvida no espírito do juiz<sup>64</sup>.

Por último, ainda que ao julgador seja dada esta discricionariedade, tal não significa que este possa substituir-se às partes, tomando assim os interesses das mesmas, pois

[...] está-lhe vedado configurar hipóteses de facto diversas do objecto delimitado pela acusação e pela defesa se essa nova hipótese representar uma alteração substancial da acusação, e no que se refere aos meios de prova a sua intervenção, nomeadamente no interrogatório das testemunhas, deve limitar-se ao esclarecimento pleno da prova aduzida pela acusação e pela defesa, sem prejuízo do poder/dever de ordenar a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa.<sup>65</sup>

Ao adjectivar a verdade que interessa ao processo penal como verdade material, pretende-se apenas dar conta das limitações que tal busca pode revelar, porque, de facto, o tribunal encontra limites que o impedem de conhecer a verdade, daí poder dizer-se que “[...] a verdade processual não é necessariamente a verdade”.<sup>66</sup>

A estreita correlação entre o princípio da livre apreciação da prova e o princípio da descoberta da verdade e da investigação permitem ao julgador formar a sua íntima convicção (pessoal) sobre a realidade dos factos de forma mais concreta e precisa, na medida em que o tribunal persegue a descoberta da verdade nos termos aqui enunciados, ou seja, enquanto uma verdade que surge precisamente pelo facto do julgador não se contentar com a dúvida, mas ambicionar antes um contacto, o mais próximo quanto possível da verdade histórica (os factos tal e como sucederam no espaço e no tempo).

---

<sup>64</sup> SILVA, Germano Marques da – *Curso ...*, Vol. 2, p. 129.

<sup>65</sup> SILVA, Germano Marques da – *Curso ...*, Vol. 2, pp. 129 e ss.

<sup>66</sup> SILVA, Germano Marques da – *Curso ...*, Vol. 2, p. 130: “A verdade processual não é senão o resultado probatório processualmente válido.”

Pretender que o julgador desenvolvesse estes seus poderes, que no fundo também são deveres, em ordem a poder alcançar e conhecer uma verdade absoluta, seria cair num sistema absolutamente arbitrário, sem quaisquer limites quanto à procura da verdade, e que conduziria certamente a um caminho que não o compatível com a actual natureza acusatória do processo penal.

“O *thema probandi* vai sendo delimitado em cada fase processual e limitados são também os meios de prova admissíveis no processo, os métodos para a sua obtenção e o momento e forma da sua produção.”<sup>67</sup>

A verdade que releva em termos processuais é, como vimos, uma verdade material no sentido de que a mesma não poder ficar limitada por aquela que seja a matéria de facto carregada para o processo pelas partes e, ainda, em função dos meios de prova que tenham sido indicados (pelos demais sujeitos processuais que não o juiz) para a prova dos factos probandos.

Quer isto significar que se, por um lado, o julgador é livre de apreciar a prova em atenção à descoberta da verdade (material), em função e respeito pelo princípio da descoberta da verdade e da investigação, por outro lado, ele terá também que encontrar critérios objectivos e, nessa medida, racionais, que lhe permitam criar a sua íntima convicção (pessoal) sobre a realidade dos factos (verdade histórica).

É curiosa a distinção que é feita em relação à possibilidade do julgador alcançar a verdade onde, de facto, deve atender-se a circunstâncias que impedem o julgador de chegar a tal conhecimento, falando-se então em três tipos de impossibilidade: impossibilidade teórica, impossibilidade ideológica e impossibilidade prática.

Importa clarificar que, independentemente do tipo de impossibilidade com que nos defrontemos, estará sempre em causa uma impossibilidade do julgador alcançar a verdade dentro do processo, sendo esta, de facto, a perspectiva que realmente interessa ao Direito.

A impossibilidade teórica prende-se com a relatividade do conhecimento, pois que este, aos olhos do homem, não é de todo possível alcançar de uma forma absoluta, o que é perceptível, daí que a verdade que interessa ao processo também não seja uma verdade absoluta, mas antes

---

<sup>67</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p. 130.

[...] uma «verdade» que ocorre quando se verifica uma certa relação de correspondência entre os enunciados e os factos. O ideal, a meta é sempre a verdade objectiva, a verdade absoluta, mas as provas não podem garantir resultados de absoluta certeza, pelo que nos devemos contentar com procurar aproximar-nos o mais possível da verdade objectiva<sup>68</sup>.

Tal aproximação, ainda que não se traduza na verdade objectiva e, portanto, absoluta, será uma verdade capaz de criar no julgador a convicção necessária para que este, em conformidade com os factos provados e factos não provados, possa proferir uma decisão, optando pela condenação ou pela absolvição.

E tudo isto só se logra através do processo, sem o qual não nos seria possível alcançar essa verdade, sobretudo através dos mecanismos e instrumentos probatórios que este proporciona para a descoberta de tal verdade (meios de prova e meios de obtenção da prova).

Quanto à impossibilidade ideológica estarão em causa os próprios meios de prova, mais concretamente a sua admissibilidade legal, num modelo processual como o que hoje temos, ou seja, de natureza acusatória, onde nem todos os meios ou formas de provar um facto podem ser admissíveis e, portanto, existe uma verdadeira limitação dos meios de prova.

Essa limitação tem sido o que permite afirmar que um processo penal concebido nestes termos não permite alcançar a prova de determinados factos (por inadmissibilidade dos meios de prova), o que não sucederia no processo penal de natureza inquisitória, onde tais limitações não existiam<sup>69</sup>.

Resta-nos atender à impossibilidade prática de alcançar a verdade, a qual também consiste nos já referidos limites que condicionam a aquisição e valoração da prova.

E os argumentos que devem aduzir-se são os mesmos, desde logo, porque a verdade que se procura alcançar não é, como vimos, uma verdade absoluta, permitindo assim

---

<sup>68</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p. 131, onde o autor, a propósito desta impossibilidade de conhecimento refere “[...] ser impossível alcançar a verdade pois que sendo o conhecimento uma construção mental sem conexão necessária com os fenómenos do mundo real, não se pode configurar um conhecimento verdadeiro de um facto.”

<sup>69</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, pp. 131 e ss., onde o autor utiliza também o termo inoportunidade ideológica para caracterizar esta impossibilidade de alcançar a verdade: “A rejeição do processo de tipo inquisitório significaria que o próprio legislador aceita a inoportunidade ideológica de alcançar a verdade, pois os limites probatórios que um processo de estrutura democrática estabelece impossibilitariam de a alcançar.”

“[...] estabelecer que verdades relativas e razoáveis podem ser concretamente alcançadas”.<sup>70</sup>

Neste sentido, a solução a tal impossibilidade de alcançar o conhecimento da verdade no processo, passará por conjugar harmoniosamente os limites que condicionam a aquisição e valoração da prova, onde se inserem todo um conjunto de regras ou normas legais e princípios gerais de direito, com aquela que é a finalidade do processo penal, ou seja, a descoberta da verdade material (*adecuatio rei et intellectu*).

#### **2.4.2. PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO**

Aqui chegados, fará todo o sentido, determo-nos alguns instantes com o chamado princípio da imediação, um princípio através do qual se atende à relação do tribunal com a prova, exigindo-se que o julgador que vai julgar a causa oiça e veja, de forma directa, a prova que é produzida a respeito dos factos.

Só através da imediação será possível romper com a margem de erro que possa ferir a função jurisdicional, máxime, no que respeita à actividade probatória, pois que quanto mais imediata for essa relação do julgador com a prova, menor será a possibilidade de erro.

Em suma, o princípio da imediação implica que a prova seja produzida diante do tribunal e das partes, o que permite antever a extrema importância que reveste a audiência de julgamento, fase processual durante a qual, regra geral, se produzirá a prova.

De todo o modo, tal princípio pode ser analisado segundo dois sentidos, o primeiro em sentido subjectivo ou formal e, o segundo, em sentido objectivo ou material.

Em sentido subjectivo ou formal o princípio da imediação prende-se com o modo através do qual o julgador deve utilizar os meios de prova.

Já em sentido objectivo ou material, o princípio da imediação refere-se aos meios de prova, que o julgador pode e deve utilizar.

Ao exigir que o tribunal oiça e veja por si próprio a prova que há-de ser produzida em julgamento, entende-se que ao tribunal de apelação (Tribunais da Relação) seja

---

<sup>70</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p.132.

vedada a possibilidade de apreciar matéria de facto, pois que estes, salvaguardados os casos especialmente previstos na lei, apenas podem apreciar matéria de direito.

Assim, a valoração da prova implica que se atenda, antes de mais, àquele que é o resultado probatório verificado em juízo (aos meios de prova que aí foram produzidos e examinados, com excepção dos casos em que exista a chamada prova antecipada e pré-constituída), respeitando a legalidade, ou seja, que as provas objecto de avaliação tenham sido obtidas licitamente e em respeito pelas garantias constitucionais, podendo o julgador, para formar a sua íntima convicção, auxiliar-se das normas da lógica e das máximas de experiência<sup>71</sup>.

Atenta a passagem aqui realizada pelas principais características dos princípios processuais que enformam o direito probatório, sem prejuízo de se aprofundar mais detalhadamente alguns deles ao longo da análise aqui levada a cabo, proceder-se-á de seguida à abordagem da matéria respeitante ao ónus da prova e ainda do consagrado direito à prova.

## 2.5. ÓNUS DA PROVA

Já ao falar-se sobre os princípios processuais deu-se nota da importância dos efeitos decorrentes do ónus da prova em matéria probatória, daí que seja necessário tecer algumas considerações acerca deste *onus probandi*.

A matéria respeitante ao ónus da prova surge estreitamente ligada com os princípios do processo penal, em particular, o da descoberta da verdade material que, como vimos, quer significar que a investigação dos factos não pode ficar condicionada pela actividade das partes, podendo o tribunal, sempre que o entender, solicitar a produção de prova que se torne necessária à descoberta da verdade material.

Trata-se de um princípio processual que além de impor sobre o tribunal o dever de comprovar os factos objecto da prova, também exige que esses mesmos factos sejam esclarecidos.

Mas estreita relação também se verifica, como já se disse, em relação ao princípio da presunção da inocência, segundo o qual, sempre que não exista prova ou esta seja insuficiente, deverá o julgador decidir *in dubio pro reo*.

---

<sup>71</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús [et al.] - Derecho procesal penal. 3.ª ed. Camino de Galar : Aranzadi, 2014, p. 493 e ss., "[...] lo que conlleva la obligación, máxime si se trata de la prueba indiciaria, de razonar el resultado probatorio en la declaración de hechos probados."

Ao falar do ónus da prova pode então abrir-se a distinção entre ónus da prova em sentido formal e ónus da prova em sentido material.

Por um lado, trata-se do ónus da prova (o que no ordenamento jurídico espanhol é chamado de “carga de la prueba”) em sentido formal

[...] si el tema de la prueba nos indica el objeto de la misma (los hechos controvertidos), las normas de la carga de la prueba nos establecen a cuál de las partes, si a la acusación o a la defensa, corresponde realizar la actividad de la prueba sobre tales hechos controvertidos<sup>72</sup>.

Por outro lado, estaremos diante do ónus da prova, em sentido material, quando essas mesmas regras nos indicam qual das partes, se a defesa ou a acusação deverá “[...] soportar los efectos desfavorables de la sentencia en el supuesto de que alguno de los citados hechos no resultara suficientemente probado en el juicio.”<sup>73</sup>

Vistos estes dois sentidos, através dos quais o ónus da prova manifesta distintos efeitos, será de afastar, *a priori*, o seu sentido formal nos termos aqui enunciados.

É uma posição que decorre do mencionado princípio da descoberta da verdade material, onde além do tribunal não estar limitado pela vontade das partes, incumbelhe ainda comprovar e esclarecer os factos objecto de prova.

Na fase preliminar de investigação (durante o inquérito, portanto) o M.P., enquanto órgão ou entidade titular da acção penal, deve sujeitar-se ao princípio da legalidade obrigando-se, dessa maneira, de forma imparcial e também por força do princípio da presunção da inocência, a considerar tanto a eventual condenação do culpado como a absolvição do inocente.

É por força do princípio da presunção da inocência que, de facto, existe a transposição do ónus da prova do lado da defesa para o lado da acusação.

Assim, os factos constitutivos da pretensão da acusação hão-de ser provados por esta, e não pelo acusado, cuja prova, por ser de factos negativos, lhe seria impossível (a chamada prova diabólica).

Só depois de provados os factos constitutivos da pretensão da acusação é que incumbirá ao acusado (e nesse sentido volta a haver transposição do ónus da prova)

---

<sup>72</sup> MORENO Catena, Víctor [et al.] - El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000, pp. 2266 e ss.

<sup>73</sup> MORENO Catena, Víctor [et al.] - El proceso penal .... p. 2267.

fazer prova da sua inocência, invocando, para tal, factos impeditivos, extintivos ou excludentes.

Quanto ao ónus da prova deve manter-se tudo o que foi dito, quanto aos meios de prova legalmente admissíveis, sendo de rejeitar qualquer prova que tenha sido obtida ilicitamente.

Esclareça-se, por último, que quando a acusação não consiga fazer prova da pretensão punitiva movida contra o acusado, o julgador deverá decidir sempre pela absolvição deste (*in dubio pro reo*).

Outra situação poderá ser aquela em que, de facto, a acusação fez prova da pretensão punitiva, mas não logrou convencer o tribunal da mesma gerando, assim, dúvidas no julgador, caso em que também este decidirá pela absolvição do acusado (*in dubio pro reo*).

Para que possa, efectivamente, verificar-se a prolação de uma decisão judicial condenatória deverá ter sido produzida prova da pretensão punitiva da acusação sem que o acusado tenha conseguido ilidir tal imputação.

O dever ou a obrigação de provar só releva no direito processual penal quando analisado na perspectiva da acusação.

É possível entender melhor este *onus probandi* quando se acompanha de perto a sua disciplina no processo civil, onde tal ónus aparece como um “poder-dever”, qualificação que pode e deve ser também transposta para o processo penal.

No processo civil, o ónus da prova aparece limitado por aquelas que são as alegações das partes, perante as quais o julgador assiste como um mero espectador, por força do princípio do dispositivo.

O dever ou a obrigação de fazer prova dos factos constitutivos do direito cabe, nessa medida, ao autor, incumbindo ao réu apenas invocar as excepções (meios de defesa) que julgue necessários para assegurar a sua defesa.

Ao juiz, o qual se encontra, por assim dizer, de braços atados, resta apenas tomar conhecimento do processo tal e como este é configurado pelas partes, impedindo-o a lei de trazer ao processo factos que não tenham sido alegados nem provados pelas partes.

Trata-se de uma perspectiva que não pode, de facto, merecer qualquer acolhimento no que ao processo penal respeita, pois que este se rege por princípios de natureza completamente distinta, não se bastando, assim, com os factos alegados pelas partes, os quais podem revelar-se insuficientes para a descoberta da verdade.

A amplitude verificada no processo penal no que concerne à matéria de prova, máxime, quanto aos actos de prova, não é fenómeno que possa considerar-se recente, do último século, pois que já durante a Idade Média, com a instituição da Inquisição, eram notórios e bastante evidentes os poderes que o julgador detinha.

Foi esse poder, de facto, que originou o aparecimento do sistema da prova legal, através do qual se pretendeu pôr termo à arbitrariedade que assistia aos julgadores na hora de apreciar e valorar a prova.

Regressando ao tema, o ónus da prova em processo penal só pode relevar quando se entenda este como um poder-dever que recai apenas sobre a parte acusatória, e nunca sobre a defesa, a quem seria muito difícil, senão impossível, fazer prova dos chamados factos negativos (onde o acusado teria de demonstrar que não é culpável).

A prova que a acusação não consiga assim realizar nunca poderá inverter este ónus, ou seja, fazer recair sobre a defesa o dever de demonstrar a sua inocência, pois que diante de casos em que a acusação não logre provar a culpa do acusado ou, quando prove, crie dúvidas no julgador, o remédio que a lei prescreve será sempre o mesmo, devendo, portanto decidir *in dubio pro reo*.

## 2.6. DIREITO À PROVA

A natureza acusatória do processo penal (e não de natureza inquisitória ou mista, como poderia suceder e sucede noutros ordenamentos jurídicos) conduz ao entendimento da prova consistir numa faculdade probatória colocada ao dispor de todos os sujeitos processuais que intervêm no processo, onde faz então todo o sentido falar em participação activa na produção de prova.

Mesmo sendo caracterizado pela sua estrutura acusatória não pode, como se depreenderá, atribuir a tal processo o carácter *inter partes* que parece manifestar o processo civil, pois que aqui a natureza acusatória não existe nesse sentido puro de colocar apenas nas partes a produção da prova.

Como vimos, o processo penal de natureza acusatória constante do nosso ordenamento jurídico obedece ao princípio da descoberta da verdade e da investigação, permitindo assim ao julgador e, conseqüentemente, ao tribunal, actuar de modo a poder ir mais além da vontade das partes, produzindo a prova que melhor lhe aprouver.

O processo penal, no decorrer das fases processuais que vão tendo lugar, evidencia essa inter-relação entre todos os sujeitos processuais, com mais ou menos intensidade e amplitude, em atenção e ordem ao objecto do processo.

Tanto o arguido como o assistente têm assim o direito de indicar a prova que entendam necessária para a prova da matéria de facto por eles invocada ou constante do processo e, assim, para o primeiro

[...] o direito à prova é uma consequência do seu direito de defesa, de defender-se provando; e na da acusação é também uma consequência do princípio da presunção de inocência, já que, se não for afastada a presunção, o arguido deverá ser absolvido, por falta da acusação.<sup>74</sup>

Numa primeira fase de investigação, resultante da abertura de inquérito por força da notícia do crime, em que os actos probatórios estão fortemente concentrados na titularidade do MP, entende-se que o arguido assista ao processo ainda de uma forma bastante passiva e até inoperante, pois que o objecto do processo ainda não se encontra delimitado, de todo o modo, nunca lhe incumbindo a ele a prova de quaisquer factos, mas antes ao MP, que é quem dirige a fase de inquérito (salvaguardando-se os casos excepcionais em que o juiz de instrução pode intervir, autorizando a prática de determinados actos de prova),<sup>75</sup> onde ganha especial relevo, como se viu, o princípio *in dubio pro reo*.

É assim bastante reduzida,<sup>76</sup> nesta fase inicial ou prévia, a amplitude do direito à prova que assiste ao arguido (vd. arts. 98.º, n.º 1 e 268.º, n.º 2, ambos do CPP), o que não impede o mesmo de indicar a produção de prova que entenda necessária, solicitação que estará dependente de quem dirige o inquérito, ou seja, do MP, verificando-se os mesmos condicionalismos processuais também em relação aos demais sujeitos processuais.

Já em fases como a da instrução, sempre e quando tenha lugar, atento o seu carácter facultativo, os actos de prova que venham a ser indicados pelos sujeitos processuais

---

<sup>74</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 133.

<sup>75</sup> Vd. art.º do 268.º do CPP.

<sup>76</sup> Mais o será nos casos de segredo de justiça (art.º 86.º, do CPP).

passam a ter que passar pelo crivo do juiz de instrução, sendo este quem decidirá da sua admissão no processo (art.º 291.º do CPP).

Por último, a fase de julgamento onde, de facto, o juiz de julgamento encontra já o objecto da prova delimitado, em obediência à acusação, tanto a defesa<sup>77</sup> (arguido) como a acusação<sup>78</sup> (MP) revelam um papel fundamental, competindo-lhes apresentar os meios de prova que sustentem as suas alegações de facto, com a particularidade de que na insuficiência ou falta de prova o julgador decidirá *in dubio pro reo*.

É, de facto, o que resulta, e bem, do art.º 291.º, n.º 2, do CPP, que refere

O juiz indefere os actos requeridos que entenda não interessarem à instrução ou servirem apenas para protelar o andamento do processo e pratica ou ordena oficiosamente aqueles que considerar úteis,

disposição através da qual o legislador quis acautelar a produção de prova, abrindo assim a distinção entre o que possa ser ou não imprescindível para a descoberta da verdade, máxime, para a boa e correcta decisão da causa.

Daí que a prova deva ser produzida em função do objecto da prova, respeitando, portanto, os factos probandos sobre os quais irão ser produzidos os meios de prova indicados pelos sujeitos processuais.

Idêntica disposição se encontra na fase de julgamento onde, de facto, além daqueles casos em que o meio de prova seja legalmente inadmissível, outros casos existem em que a sua produção pode acabar por ser irrelevante para a descoberta da verdade, pois como dispõe o art.º 340.º, n.º 3, do CPP, “[...] os requerimentos de prova são indeferidos por despacho quando a prova ou o respectivo meio forem legalmente inadmissíveis<sup>79</sup>”, prescrevendo remédio idêntico as als. a), b), c) e d), do n.º 4, do referido normativo quando referem:

As provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas com a acusação ou a contestação, excepto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa; As provas requeridas são irrelevantes ou supérfluas; O meio de prova é inadequado, de obtenção impossível ou muito duvidosa; ou O requerimento tem finalidade meramente dilatória<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> Vd. art.º 315.º do CPP.

<sup>78</sup> Vd. art.º 283.º, n.º 3 do CPP.

<sup>79</sup> O que resulta do princípio da legalidade (vd. arts. 125.º e 292.º, ambos do CPP).

<sup>80</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 135: “A irrelevância equivale a falta de pertinência da prova requerida com o *thema probandi* e a superfluidade que a prova requerida apenas confirmaria desnecessariamente a convicção já formada”; “A inadequação tem que ver com a inidoneidade do meio para prova do facto a que se destina”; “A inobtenibilidade significa que o meio de prova é de obtenção impossível ou muito duvidosa.”

A propósito dos limites constantes deste art.º 340.º, do CPP, designadamente, quanto à irrelevância e a superfluidade, tem vindo a pôr-se em causa a sua aplicação em termos de poder justificar uma restrição ao direito à prova, existindo a ideia de que tais limites podem consubstanciar verdadeiras arbitrariedades por parte dos julgadores, tema que adiante analisaremos com maior acuidade e detalhe.

Pode, pois, falar-se de arbitrárias limitações do direito à prova, o que é manifesto na óptica do julgador, dos tribunais que

[...] pressionados pela acumulação de processos, considerem supérflua a prova, sobretudo a testemunhal, sem se aperceberem previamente do que a testemunha sabe sobre os factos. É erro grave e limitação inadmissível do direito da acusação e da defesa à produção de prova. Os demais sujeitos processuais nunca sabem qual é no momento a convicção já formada pelo julgador e por isso só em termos muito limitados é de admitir que o tribunal possa, enquanto não se apercebe do que a testemunha sabe sobre os factos, impedir o depoimento com o pretexto da sua superfluidade, pois frequentemente não o é, e ninguém melhor do que o sujeito que o apresenta pode avaliar do interesse do depoimento<sup>81</sup>.

Na mesma linha de raciocínio do anteriormente dito, a propósito da permeabilidade que o princípio da descoberta da verdade garante aos sujeitos processuais na hora de poderem produzir a prova que entenderem necessária para a prova da matéria de facto, será também pertinente dar conta das limitações que o direito à prova vai sofrendo ao longo das distintas fases processuais.

Essa limitação é logo verificada com o inquérito, fase processual onde o poder de admitir a prova indicada pelos sujeitos processuais reside fundamentalmente no MP, só excepcionalmente pertencendo ao juiz de instrução.

Na fase da instrução, é um poder que continua a ser muito ténue, uma vez que a admissibilidade dos meios de prova fica dependente da vontade do juiz de instrução, cuja decisão de indeferimento só admite reclamação (vd. art.º 291.º do CPP).

Assim, a poder afirmar-se um verdadeiro direito à prova só o será na fase de julgamento, pois “[...] é nesta fase que se afirma de pleno o direito das partes a oferecerem as provas que entendam pertinentes e que só podem ser rejeitadas se ocorrerem os fundamentos legais para essa rejeição pelo tribunal.”<sup>82</sup>

---

<sup>81</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 135.

<sup>82</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 135.

## 2.7. O OBJECTO DA PROVA

O n.º 1, do art.º 124, do CPP, dispõe que:

Constituem objecto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis.

Da leitura deste preceito legal facilmente se depreende que à prova não poderá interessar todo e qualquer facto, mas antes os factos a que alude a referida disposição legal, ou seja, os factos juridicamente relevantes, que constituem, assim, o objecto da prova.

O estudo do objecto da prova reveste a maior importância para a discussão aqui trazida, uma vez que será sobre esses factos juridicamente relevantes que incidirá a apreciação do julgador, máxime, no momento de valorar livremente as provas produzidas em julgamento.

A prova, por si só, revela-se incapaz de assegurar aquela que é a sua função demonstrativa dos factos (juridicamente relevantes), carecendo, portanto, de um meio através do qual possa conseguir tornar-se válida e eficaz.

É nesse sentido que a prova e o processo aparecem estreitamente interrelacionados, sendo este último indispensável para a efectivação do direito.

“A decisão judicial, meta a que se dirige o processo, consta, por isso de duas partes: a verificação dos factos que condicionam a aplicação do direito e a aplicação do direito”<sup>83</sup>.

Sabendo que os factos que interessam à prova serão os juridicamente relevantes, importará também indagar sobre a natureza deste tipo de factos, uma vez que neles se baseia e fundamenta toda a actividade probatória.

O art.º 341.º, do CC, sob a epígrafe “Função das provas”, refere expressamente que:

As provas têm por função a demonstração da realidade dos factos, podendo então presumir-se que a justiça da decisão assenta primordialmente na verdade dos factos admitida como pressuposto da aplicação do direito<sup>84</sup>.

---

<sup>83</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso de processo penal. Lisboa : Danúbio, 1986. Vol. 2, p. 203.

<sup>84</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ...., Vol. 2, p. 203.

Qual seria a função das provas senão essa, ou seja, a de permitir dar como provados ou não provados determinados factos, em ordem a permitir ao julgador formar a sua convicção.

É importante ter em linha de conta a distinção que é feita, a propósito da demonstração da realidade dos factos, do que pode ser denominado, por um lado, por juízo histórico e, por outro lado, por juízo lógico<sup>85</sup>.

Tanto um como outro visam o mesmo objectivo, até porque “[...] demonstrar a realidade dos factos que interessa conhecer para aplicação do direito é alcançar um juízo de certeza sobre esses factos, ou seja, a verdade”<sup>86</sup>.

Se o juízo histórico parte da verificação de factos, procurando apurar se estes se verificaram ou não num determinado momento espaço-temporal, já o juízo lógico leva a pressupor a existência desses factos, dá-os como verificados e, por essa ordem de razão, certos.

Se no âmbito do juízo histórico lidamos com alguma, para não dizer muita, margem para dúvidas, no que respeita ao juízo lógico “[...] e pressuposta a certeza das premissas, a conclusão do silogismo é exacta”<sup>87</sup>.

Tudo se prende, eventualmente, com o que ao juízo humano é possível alcançar, isto atendendo aos diferentes graus de verdade que é possível chegar, em alguns casos verdades absolutas (objectivas), noutros casos, não absolutas, isto é, relativas (subjectivas) e, portanto, capazes de abranger as convicções do julgador.

Bem se compreende que o legislador tenha querido fazer referência no art.º 127.º, do CPP, à convicção e não à verdade absoluta, pois que para a demonstração da realidade dos factos basta um juízo de certeza sobre esses factos, “[...] uma opinião de certeza, ou seja, uma convicção”<sup>88</sup>, salientando-se ainda que “[...] para que possa falar-se de convicção é necessário que o tribunal se tenha convencido da verdade dos factos, é necessário que não tenha dúvida razoável”<sup>89</sup>.

A questão que se coloca, e que de momento fica em aberto, é a de determinar qual o grau, o mínimo denominador comum de convencimento com que se basta o julgador,

---

<sup>85</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204.

<sup>86</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204, referindo ainda o autor que: “Verdade é a correspondência do juízo formado com a realidade”.

<sup>87</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204: “O juízo histórico respeita à verificação de factos e por isso mesmo pode conduzir a resultado inseguro, a uma certeza, não absoluta, mas relativa”.

<sup>88</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204.

<sup>89</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., pp. 65 e ss.

para que possa decidir de uma forma fundamentada, em obediência a critérios como o da legalidade e da segurança jurídica, pois que no ordenamento jurídico português tanto a lei processual penal como a própria CRP exigem distintos graus de convicção: indícios fortes (art.º 27.º, n.º 3, al. b), da CRP, arts. 200.º, n.º 1, 201.º, n.º 1, e 202.º, n.º 1, al. a), do CPP), sinais claros (art.º 256.º, nºs. 2 e 3, do CPP), indícios suficientes (arts. 277.º, n.º 2, 283.º, n.º 1, 285.º, n.º 2, 298.º, 302.º, n.º 4, 308.º, n.º 1, 391.º-A, n.º 1, do CPP), e indícios (171.º, n.º 1, 174.º, n.ºs. 1 e 2, 246.º, n.º 5, al. a), do CPP)<sup>90</sup>.

Tais expressões referem-se, como se disse, aos distintos graus de convicção que estarão ao alcance do julgador, matéria que será tratada mais adiante, quando se atenda à formação da convicção do julgador.

Chegados aqui, será de particular relevo ter presentes as implicações decorrentes da relação entre a noção ou conceito de prova e a apreciação (que mais não é do que um juízo) da mesma, consoante se adopte o sistema da livre apreciação da prova ou o modelo da prova legal, adiantando-se, desde já, que

A livre convicção do juiz não pode significar, nem significa, a substituição da certeza objectiva como finalidade da prova, por uma convicção subjectiva, incondicionada, e desligada de regras legais, de regras de lógica baseadas na experiência, que formam o conteúdo de um direito probatório substantivo<sup>91</sup>.

O actual CPP prevê no seu Livro III, sob o título “Da Prova”, todo um conjunto de princípios e regras jurídicas que disciplinam o regime da prova, sendo, de facto, a partir dos arts. 124.º e ss. do referido código que tal vai sucedendo, começando por constar do “Título I - Disposições gerais” o que deve entender-se por objecto da prova.

De todo o modo, e antes de entrar na matéria que possa constituir objecto da prova, será necessário atentar no próprio conceito de prova, vendo assim em que medida o termo “prova” é utilizado, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência.

Se o processo penal sentiu a necessidade de dedicar um livro à matéria respeitante à prova, de uma forma autónoma e não em dependência ou subordinação a outras matérias, é porque as questões respeitantes ao direito probatório serão, como adiante melhor se verá, de extrema importância para o processo (não só para o processo penal mas também para o processo civil, onde, de facto, a prova foi tratada num primeiro momento).

---

<sup>90</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 329.

<sup>91</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 204.

Mas se é verdade que o processo penal necessita da prova, o contrário também não deixa de ser certo, uma vez que a prova só ganha vida quando inserida dentro de um determinado procedimento.

“O processo destina-se à aplicação do direito; a aplicação do direito tem por objecto realidades de facto”<sup>92</sup>, e aqui sim vamos ao encontro do espírito da lei quando caracteriza e define o que deve entender-se por objecto da prova, onde é atribuído certo efeito jurídico<sup>93</sup> a um determinado tipo ou modalidade de factos.

A lei processual fala assim de factos juridicamente relevantes, os quais permitirão apurar da existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis (vd. art.º 124.º, n.º 1, do CPP).

É relevante, a este nível, fazer referência à estrutura que constitui a norma jurídica, ou seja, à previsão, onde o legislador atendeu às situações concretas da vida (aos factos), e à estatuição, donde resultam os efeitos jurídicos a aplicar à verificação de uma dada realidade factual<sup>94</sup>.

Para que possa determinar-se os factos que constituem objecto de prova (os juridicamente relevantes) terá então um papel fundamental a actividade probatória, a partir da qual se poderá aferir da verificação ou não verificação do facto ou factos exigidos pela estatuição, a chamada premissa menor do silogismo judiciário.

No silogismo judiciário,

[...] a premissa menor ... é precisamente constituída pela situação concreta, factual, subsumível à premissa maior que é constituída pela previsão normativa. A aplicação das consequências jurídicas previstas na norma (estatuição) está pois dependente da prévia demonstração da ocorrência dos factos descritos hipoteticamente na previsão da norma<sup>95</sup>.

Há então que começar por cuidar da primeira parte, de que atrás se falava, aquando da decisão judicial (a verificação dos factos que condicionam a aplicação do direito), o que só é possível com o recurso ao direito substantivo, nomeadamente, ao art.º 341.º, do CC<sup>96</sup>, de onde resulta a função das provas.

---

<sup>92</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol.2, p. 203.

<sup>93</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 109.

<sup>94</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, pp. 109 e ss.

<sup>95</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 135. p. 110.

<sup>96</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 203: “Nesta definição, a prova é tomada como o resultado da apreciação dos meios de prova”.

Sabendo que a função das provas assume carácter demonstrativo, visando, portanto, demonstrar os factos que interessam realmente ao processo penal (os juridicamente relevantes), então facilmente se depreende que o objecto da prova e a função da prova estão intimamente ligados, pois que só será possível delimitar o primeiro em função da segunda.

De todo o conjunto de factos que possam ser carreados para o processo pelos sujeitos processuais (seja, pelo assistente, pelo arguido, pelo M.P. ou pelo juiz) só com a actividade probatória é que se poderá apurar e determinar qual ou quais o facto ou factos<sup>97</sup> que possam vir a ser considerados juridicamente relevantes para o processo.

Esta demonstração da realidade dos factos que assiste à prova pode então ser vista como função imediata da prova,<sup>98</sup> cabendo-lhe, no entanto, outras funções (que podemos chamar de mediatas), pois a prova

[...] entendida como actividade probatória, é também garantia de realização de um processo justo, de eliminação do arbítrio, quer enquanto a demonstração da realidade dos factos não há-de procurar-se a qualquer preço, mas apenas através de meios lícitos, quer enquanto através da obrigatoriedade de fundamentação das decisões de facto permite a sua fiscalização através dos diversos mecanismos de controlo de que dispõe a sociedade<sup>99</sup>.

Outra questão que urge clarificar é a relativa aos vários sentidos que o conceito de prova possa apresentar, pois que ela pode surgir de distintas formas, como meio de prova, como actividade probatória ou ainda como resultado probatório, sentidos que adiante melhor se clarificarão.

Em comparação com o regime processual civil pode afirmar-se uma verdadeira inversão de papéis, uma vez que no processo civil vigora o princípio do dispositivo, onde cabe às partes carrear para o processo os factos que sustentam e constituem o direito por elas invocado, contrariamente ao processo penal, onde vigora o princípio da descoberta da verdade e da investigação<sup>100</sup>, pois que

[...] em processo penal, pelo menos na fase de investigação pré-acusatória, o que importa é averiguar quais foram os factos praticados e não em convencer o MP da

---

<sup>97</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 110: “[...] em processo civil o que é objecto da prova são as alegações de facto feitas pelas partes e não os próprios factos, o que parece correcto, mas não assim em processo penal”.

<sup>98</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 110.

<sup>99</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 110.

<sup>100</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 127: “[...] significa que, em última instância, recai sobre o juiz o encargo de investigar e esclarecer officiosamente o facto submetido a julgamento.”

correspondência ou não aos factos históricos de qualquer versão que deles seja feita<sup>101</sup>.

É esse o espírito da lei constante do art.º 340.º, n.º 1, do CPP, quando refere que:

O tribunal ordena, oficiosamente ou a requerimento, a produção de todos os meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa<sup>102</sup>.

Não nos interessa aqui fazer uma descrição e análise profunda de todo o regime do processo penal, o que seria até impossível, mas será relevante tecer algumas considerações acerca de alguns momentos processuais como, por exemplo, o relativo à acusação (vd. arts. 283.º e ss. do CPP).

Com a acusação passam a estar definidos, em princípio, os factos que constituem o objecto do processo (os factos juridicamente relevantes), pondo-se fim à fase de investigação pré-acusatória que lhe precedeu (desenvolvida e materializada através do respectivo inquérito, como consta dos arts. 262.º e ss., do CPP), onde o que agora “[...] importa é convencer o juiz da exactidão das alegações de facto feitas pela acusação e pela defesa, mas não nos mesmos termos que no processo civil, pois a descoberta de novos factos que alterem o objecto do processo não é irrelevante”<sup>103</sup>(vd. arts. 358.º e ss., do CPP).

Por último, não deixe de se fazer referência à circunstância de não ser possível sustentar a acusação, ou seja, àqueles casos em que não existe uma prova suficientemente capaz do ponto de vista da indicição ou da acusação, situações em que o juiz deverá decidir, mais uma vez, pela inocência do suspeito ou do acusado (*in dubio pro reo*).

É, de facto, um dever que se impõe ao julgador por força da lei fundamental, nomeadamente, segundo o disposto no art.º 32.º, n.º 2, da CRP, que consagra, além deste princípio probatório, uma garantia, pois que “Só a prova dos factos imputados, produzida legalmente, pode servir para destruir a presunção provisória de inocência.”<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 110.

<sup>102</sup> Vd. ainda os arts. 323.º, als. a) e b), 53.º, n.º 1, 158.º, 179.º, n.º 1, 181.º, n.º 1, 18.º, n.º 1 e 229.º, todos do CPP.

<sup>103</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 110.

<sup>104</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, pp. 121 e ss.

A análise que é feita a propósito do objecto da prova em processo penal difere, em grande parte, daquelas que sejam as conclusões que possam retirar-se do processo civil.

E a razão de ser deste distanciamento prende-se, obviamente, com os princípios perante os quais um e outro ramo do direito adjectivo respondem.

O processo penal não pode, assim, amparar-se nos princípios respeitantes ao processo civil, máxime, no princípio do dispositivo, pois que o objecto do processo penal mostra-se indisponível, relevando antes princípios como o da oficiosidade ou o da descoberta da verdade (material).

Em suma, o que está em causa é que a introdução de factos (novos) no processo penal não fique sujeita nem limitada pelas alegações das partes, podendo o tribunal, sempre que o entender, trazer ao processo os factos que julgue ser juridicamente relevantes para a descoberta da verdade (material)<sup>105</sup>.

O objecto da prova, o chamado *thema probandi*, além de comportar os factos juridicamente relevantes (que são os factos objecto do processo e da decisão judicial), compreende ainda as máximas ou princípios da experiência e, inclusive, algumas normas jurídicas.

É por isso que as máximas da experiência, que têm que ver com o conhecimento especializado de uma determinada matéria, apenas se lograrão provar através da intervenção dos peritos.

De todo o modo, o objecto (principal) do processo penal que interessa à discussão é o que se prende imediatamente com aquilo que são as alegações aduzidas pelas partes, quer pela defesa, quer pela acusação, das quais resultam os factos que caberá ao julgador decidir, se constituem ou não objecto de prova.

A tarefa que preliminarmente se impõe ao julgador é, pois, a de comprovação dos factos constantes das alegações das partes, sobretudo naquelas circunstâncias em que as partes não tenham conseguido fazer adequadamente a prova do alegado nas suas pretensões.

Nesse sentido pode relevar a distinção que é feita entre factos constitutivos, factos extintivos e ainda entre factos impeditivos.

---

<sup>105</sup> MORENO Catena, Víctor [et al.] - El proceso penal ..., p. 2261, contra a transposição da teoria da prova constituída em processo civil.

Quanto aos factos a provar, os chamados factos probandos, tenha-se ainda em conta a distinção entre factos probandos internos ou subjectivos e factos probandos externos ou objectivos.

É uma distinção que só releva quando se atenda ao facto em sentido estrito e, assim, nos primeiros estará em causa a prova de aspectos internos ou psíquicos, como por exemplo, o dolo ou a negligência, ao passo que nos segundos estará em causa, a prova de algo que pertence ao mundo exterior, a prova, por exemplo, do facto material.

Independentemente das distinções aqui levadas a cabo quanto aos factos objecto do processo penal, a ideia que deve reter-se é a de que todos eles carecem de prova e, a ser possível, segundo provas directas.

É verdade que a prova directa de um facto probando externo pode parecer fácil (a prova de uma obrigação constante de um documento facilmente seria feita com a mera indicação desse meio de prova, ou seja, através da prova documental).

O que já não sucederia em relação aos mencionados factos probandos internos, cuja natureza não permite a produção de todo e qualquer meio de prova, muito menos de uma forma directa, uma vez que tais factos se prendem com manifestações da psicologia individual (pensamentos, desejos, sentimentos, emoções, impulsos, entre outros) <sup>106</sup>.

Ainda quanto aos factos probandos internos refira-se que a sua prova e, conseqüentemente, a sua fixação, só será possível realizar quando o julgador, ao elaborar a decisão judicial, tome por base um juízo lógico realizado a partir dos factos probandos externos, que tenham sido logrados provar através de provas directas.

Por último, dizer que esta forma ou meio de fixação dos factos probandos internos ou subjectivos, tem sido entendido, tanto pela doutrina como pela jurisprudência, como um “juízo de valor”, e não como um meio de prova indirecto<sup>107</sup>.

Poderá ainda falar-se, contrariamente ao entendimento supra referido, em “juízo de inferência”, o que também nos parece mais correcto, alertando-se para o facto do juízo de valor respeitar à constatação dos elementos normativos do tipo penal.

---

<sup>106</sup> MORENO Catena, Víctor [et al.] - *El proceso penal* ..., p. 2262.

<sup>107</sup> MORENO Catena, Víctor [et al.] - *El proceso penal* ..., p. 2263: “[...] denominación que reserva para designar únicamente la prueba por esta vía de los hechos externos.”

A par da questão relacionada com as operações nas quais se baseiam os elementos subjectivos e os elementos objectivos, coloca-se uma outra, a referente aos elementos normativos, os quais exigem uma operação mental mais complexa, o que usualmente tem sido denominado por valoração.

Estão em causa os elementos internos ou subjectivos constantes da descrição típica, de todas as maneiras, geradores de factos que carecem de ser provados, mesmo que através do recurso a meios de prova indirecta ou indiciária.

No que concerne ao que foi anteriormente exposto deve ter-se presente que o conceito de prova apresenta distintas significações consoante a perspectiva ou sentido com que se atenda à palavra prova: enquanto actividade probatória, enquanto meio de prova ou enquanto resultado.

De todo o modo, a função da prova será sempre a mesma, tal como refere o art.º 341.º, do CC, cabendo-lhe então a demonstração da realidade dos factos, os juridicamente relevantes, nos termos do art.º 124.º, do CPP, incluindo-se ainda aqui aqueles “[...] factos de que se possa inferir a existência de outros ... mesmo os chamados factos notórios, visto que a notoriedade tem de ser alegada para poder ser contraditada em audiência”<sup>108</sup>.

Assim, a prova

[...] na sua conclusão, é demonstração da realidade dos factos e é um juízo de certeza; à probabilidade corresponde um juízo de opinião, e à possibilidade mais ou menos fundamentada e que por isso consente muitos graus, corresponde um juízo de suspeita<sup>109</sup>.

## **2.8. O CONCEITO DE PROVA**

Ao falar da prova, a primeira dúvida que surge é, portanto, a de qual o sentido a atribuir à própria palavra prova, podendo esta surgir, como a maioria da doutrina o refere, em três sentidos:

- a) A prova enquanto actividade probatória;
- b) A prova enquanto meio de prova;
- c) A prova enquanto resultado.

---

<sup>108</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 137: “O facto criminoso nunca pode ser considerado facto notório para efeitos de exclusão da pena”.

<sup>109</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 137.

Começamos por abordar a prova enquanto actividade probatória, ou seja, a prova enquanto todo o conjunto de actos, interligados entre si, tendentes a permitir “[...] conduzir a entidade decisora a formar a sua convicção”<sup>110</sup>.

Praticam-se, portanto, toda uma série de actos (de prova ou probatórios) que permitem ao julgador formar a sua convicção sobre a demonstração e, conseqüentemente, a realidade dos factos, sempre e quando os meios de prova produzidos permitam retirar as conclusões necessárias, entendendo-se que

O juiz tem de orientar a produção de prova para a busca da verdade material e, ao decidir, há-de fundamentar as suas decisões: a apreciação da prova que fizer há-de reconduzir-se a critérios objectivos, controláveis através da motivação<sup>111</sup>.

Ora, esta busca da verdade material prende-se e está relacionada com o já mencionado princípio da descoberta da verdade material e da investigação, o qual

[...] significa que a actividade investigatória do tribunal não é limitada pelos elementos de facto carregados para o processo pelos outros sujeitos processuais, que o tribunal pode, autonomamente, trazer ao processo as circunstâncias que devam reputar-se relevantes<sup>112</sup>.

A questão da oficiosidade da prova, que permite ao julgador ir além da vontade das partes, é o que possibilita afirmar a supremacia do princípio da descoberta da verdade em atenção a outros princípios como, por exemplo, o do dispositivo.

Segue-se a prova enquanto meio de prova, ou seja, a prova como instrumento<sup>113</sup> que permite ao julgador formar a sua convicção sobre os factos, tendo para tal, o legislador previsto expressamente, ainda que de forma não taxativa, os distintos meios que podem levar à produção de prova (cfr. arts. 128.º a 170.º, do CPP), sempre e quando se respeitem os critérios substantivos gerais do art.º 340.º, do CPP, de que atrás se falava.

Assim, atendendo a esta regra da não taxatividade dos meios de prova (e que também se verifica no que respeita aos meios de obtenção de prova), será oportuno abrir a distinção entre meios de prova típicos (como o são, por exemplo, a prova testemunhal, a prova pericial, a prova documental, entre outras) e meios de prova atípicos, impondo-se, no entanto, que se respeitem, em ambos os casos, os limites do art.º 126.º, do CPP (Métodos proibidos de prova).

---

<sup>110</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 135.

<sup>111</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 65.

<sup>112</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p.138.

<sup>113</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 135.

É importante esclarecer que meios de prova<sup>114</sup> e meios de obtenção de prova correspondem a realidades diferentes, tendo o CPP português acompanhado de perto aquela que foi a solução italiana, pois, tanto num ordenamento como no outro

São meios de prova ... a prova testemunhal (testimonianza), as declarações do arguido, do assistente e das partes civis (esame delle parti), a acareação (confronti), o reconhecimento (ricognizione), a reconstituição do facto (esperimenti giudiziari), a perícia (perizia) e o documento (documenti)<sup>115</sup>.

Quanto aos meios de obtenção de prova a solução também acabou por ser a mesma, cabendo tanto num ordenamento como noutro “[...] o exame (ispezioni), a revista e a busca (perquisizioni personali e locali), a apreensão (sequestri), e a escuta telefónica (intercettazioni di conversazioni o comunicazioni)”<sup>116</sup>.

Por último, surge a prova enquanto resultado, ou seja, como a “[...] convicção da entidade decisora acerca da existência ou inexistência de factos jurídico-criminais”<sup>117</sup>.

Até ao momento foram expostas ou apresentadas aquelas que são as principais características dos sistemas ou modelos de valoração da prova em processo penal, tanto as respeitantes à prova livre como à prova legal, entrando de seguida, de uma forma aprofundada, naqueles que são os traços gerais da nossa discussão, fazendo, portanto, uma passagem pelas principais preocupações em matéria probatória: o objecto da prova, a função da prova, o conceito de prova, tudo de modo a permitir entender melhor a análise que agora se segue, relativa à formação da convicção do julgador.

---

<sup>114</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de – Curso ..., Vol. 2, p. 208: “Os meios de prova são pessoas ou coisas, e a prova diz-se então prova pessoal e prova real”.

<sup>115</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 315.

<sup>116</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 315.

<sup>117</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio..., p. 135.

### 3. A FORMAÇÃO DA CONVICÇÃO DO JULGADOR

#### 3.1. GRAUS DE CONVICÇÃO DO JULGADOR

##### 3.1.1. INDÍCIOS OU SUSPEITAS

Os vários sentidos com que pode surgir a prova em processo penal permitem localizar melhor a análise que se pretende aqui levar a cabo, sendo agora necessário determo-nos com os já mencionados graus de convicção do julgador, desde logo, com as expressões de indícios ou suspeitas.

Quer a expressão de indícios quer a de suspeitas acabam por merecer o mesmo tratamento jurídico, uma vez que a lei processual penal equipara-as, como bem resulta do disposto no art.º 1.º, al. e), do CPP.

Ainda que a própria lei as equipare há, contudo, que clarificar o que pretendem significar quer uma quer outra exigência probatória, a indiciação suficiente, de que a lei nos fala, parecendo o conceito apontar naquilo a que se tem chamado de possibilidade razoável<sup>118</sup> de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido, em resultado dos meios de prova produzidos, de uma pena ou de uma medida de segurança.

A prova tem de ser sempre plena, conduzir à convicção e não à simples admissão de maior probabilidade. Provado e provável ou possível são conceitos antitéticos dum ponto de vista jurídico. A certeza não é conciliável com a reserva da verdade contrária. Uma demonstração não é algo de graduável; ou existe ou não existe.<sup>119</sup>

O certo é que em atenção à fase processual em que nos encontremos, a lei vai exigindo distintos graus de convicção, existindo assim circunstâncias em que a própria lei dispensa, pelo menos *a priori*, a prova dos factos<sup>120</sup>.

A prova por indícios constitui prova indiciária e, nesse sentido, é prova em segundo grau, de todo o modo, susceptível de permitir fazer chegar certos factos (apurados durante fases prévias ao julgamento) até ao julgamento, fase processual na qual já não bastará essa indiciação mas sim a prova dos factos, “[...] pois que aquilo que está

---

<sup>118</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 117: “[...] a prova é a certeza moral dos factos objecto do processo.”

<sup>119</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 117.

<sup>120</sup> Importando reter critérios como os de verosimilhança ou de fundada suspeita.

provado já não carece de prova e a acusação e a pronúncia tornam apenas legítima a discussão judicial da causa.”<sup>121</sup>

Como se adivinha, a formação da convicção do julgador revela-se como um procedimento complexo em que a objectividade continua a ser o expoente máximo que deve nortear a função jurisdicional, desde logo, na hora de atender e considerar as expressões aqui em causa.

Ao atender à lei fundamental, à CRP, e à demais legislação penal e processual penal, surgem, de facto, várias expressões merecedoras de especial atenção, desde logo, por se referirem aos graus<sup>122</sup> de convicção de que falamos:

- a) Prova além da presunção de inocência (artigo 32.º, n.º 2, da CRP, tal como o artigo 6.º, § 2.º, da CEDH)
- b) Indícios fortes (artigo 27.º, n.º 3, al.ª b), da CRP, artigos 200.º, n.º 1, 201.º, n.º 1, e 202.º, n.º 1, al.ª a), do CPP)
- c) Sinais claros (artigo 256.º, n.º 2 e 3, do CPP)
- d) Indícios fundados (artigo 174.º, n.º 5, al.ª a), do CPP)
- e) Indícios suficientes (artigos 277.º, n.º 2, 283.º, n.º 1, 285.º, n.º 2, 298.º, 302.º, n.º 4, 308.º, n.º 1, 391.º-A, n.º 1, do CPP)
- f) Prova bastante (artigo 277.º, n.º 1, do CPP)
- g) Indícios (artigos 171.º, n.º 1, 174.º, n.º 1 e 2, 246.º, n.º 5, al. a), do CPP)
- h) Imputação (artigos 1.º, al.ª f), 197.º, n.º 1, 198.º, n.º 1, e 199.º, n.º 1, do CPP)
- i) Suposição (artigo 210.º do CPP)
- j) Fundado receio (artigos 142.º, n.º 1, 227.º, n.º 1, 228.º, n.º 2, 257.º, n.º 2, al.ª b), do CPP), fundado motivo para recear (artigo 272.º, n.º 3, al.ª b), do CPP)
- k) Suspeitas fundadas (artigos 58.º, n.º 1, al.ª a), 250.º, 272.º, n.º 1, do CPP)

---

<sup>121</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 118.

<sup>122</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 329, onde acolhemos a distinção proposta pelo autor.

l) Suspeito (artigo 27.º, n.º 1, al.ª g), da CRP, e artigo 1.º, al.ª e), do CPP)

Ainda que possam encontrar-se todas estas expressões no âmbito da lei processual, nem todas elas correspondem a graus de convicção com relevância no processo penal, sendo antes preferível e útil falar-se em quatro níveis<sup>123</sup> de convicção no nosso ordenamento jurídico:

- a) Indícios para além da presunção da inocência;
- b) Indícios fortes ou sinais claros;
- c) Indícios suficientes ou prova bastante;
- d) Indícios, indícios fundados, suspeitas, suspeitas fundadas, fundado receio, imputação do crime.

Nesta linha de raciocínio será importante e fundamental delimitar o campo de actuação e validade destes distintos graus de convicção, agora delimitados pelos níveis acima identificados, afastando assim o entendimento da prova resultar de presunções legais, pois, como se disse, a prova deverá, regra geral, ser produzida em sede de audiência de julgamento, não relevando, em princípio, a indicição suficiente que possa ter tido lugar nas fases anteriores, muito menos, que a partir dessa indicição possa presumir-se a prova de qualquer facto que venha a fundamentar a decisão condenatória.

Pode dizer-se que a indicição suficiente resultante tanto da fase de inquérito como da fase da instrução aportam a possibilidade de determinados factos poderem chegar à fase de julgamento (e nesse caso fala-se num fim intermédio do processo).<sup>124</sup>

Contrariamente, a fase de julgamento, que é onde em função da produção dos meios de prova indicados pelas partes, o juiz irá proferir uma decisão final, não se compadece com essa prova indiciária, que é prova de segundo grau, exigindo, contrariamente, a prova plena.

Quando a lei utiliza expressões como indícios, indícios fundados ou suspeita e suspeita fundada também nenhuma diferença significativa se pretende fazer valer (vd. Art.º 59.º, n.ºs. 1 e 2, do CPP).

---

<sup>123</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 329.

<sup>124</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 118: "A natureza indiciária da prova significa que não exige a prova plena, a prova, mas apenas a probabilidade, fundada em elementos de prova que, conjugados, convençam da possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada uma pena ou medida de segurança criminal."

O único aspecto a reter é que

[...] o adjectivo fundado é redundante, pois toda a decisão atinente à “indiciação”, à “suspeição” e à “imputação” deve ser fundamentada, isto é, deve ser arrazoada, baseada em “razões”, em “fundamentos”, em suma, em argumentos<sup>125</sup>.

Mas entremos agora na análise dos quatro níveis de convicção<sup>126</sup> de que atrás se falava, começando pelos indícios para além da presunção de inocência, que mais não são do que “[...] as “razões” que sustentam e revelam uma convicção indubitável de que, de acordo com elementos conhecidos no momento de prolação da sentença, um facto se verifica.”<sup>127</sup>

Os indícios fortes serão também razões que sustentam e revelam uma convicção indubitável, agora já não em ordem a uma decisão final, mas antes de acordo com elementos conhecidos no momento de prolação de uma decisão interlocutória de que um facto se verifica.

Este grau de convicção é o mesmo que levaria à condenação se os elementos conhecidos no final do processo fossem os mesmos do momento da decisão interlocutória. A diferença entre um e outro reside apenas na variação da base dos elementos conhecidos no momento da decisão interlocutória e no momento da sentença<sup>128</sup>.

Outro nível de convicção é o respeitante aos indícios suficientes, que continuam a constituir, da mesma forma que os níveis anteriores, razões, mas diferentes das até aqui analisadas, uma vez que

[...] sustentam e revelam uma convicção sobre a maior probabilidade de verificação de um facto do que a sua não verificação. Indícios suficientes dos factos da acusação são as “razões” que sustentam e revelam que é mais provável que os ditos factos se tenham verificado do que não se tenham verificado<sup>129</sup>.

Por último, resta atender às expressões indício, suspeita e receio, através das quais se delimita o quarto nível de convicção do julgador, que continuam obviamente a ser razões que sustentam e revelam uma convicção, mas com a particularidade de prever uma probabilidade mínima de verificação de um facto.

---

<sup>125</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 329.

<sup>126</sup> Que não devem confundir-se com a questão da suficiência da fundamentação da convicção do julgador.

<sup>127</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 329.

<sup>128</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 329

<sup>129</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 330: “A suficiência dos indícios deve ser apurada do ponto de vista fáctico e não jurídico. Portanto, interessa que os factos da acusação estejam indiciados suficientemente, sendo irrelevante se a qualificação jurídica dos mesmos corresponde ou não à *communis opinio*.”

Através deste quarto nível de convicção, ainda que de probabilidade mínima, liga-se a circunstância indiciadora e o facto a provar, sendo tal processo constituído por uma inferência lógica que assenta nas máximas de experiência ou numa lei científica.

E é por isso que a lei processual

[...] muito significativamente só exige a existência de “indício”, no singular (artigo 1, n.º 1, al.ª e)), para a formulação do juízo de “suspeita”, do que resulta que para este juízo não é sequer necessária a convergência de indícios<sup>130</sup>.

A ideia que deve reter-se é a de que com tais níveis de convicção apenas se quis permitir ao julgador, em atenção à fase processual em que se encontra, ter uma base a partir da qual pudesse fundamentar a formação da sua convicção sobre a realidade dos factos.

Além disso, como adiante melhor se verá, são também limites através dos quais o poder do julgador apreciar livremente a prova produzida é condicionado, mais que não seja, pelo especial de dever de fundamentação que continua a exigir-se quanto à prova indiciária, como se disse, uma prova de segundo grau.

E esta matéria vai ao encontro dos chamados meios de prova proibidos, exigindo-se que a prova obedeça a critérios de legalidade, seja, portanto, uma prova legalmente admissível do ponto de vista processual (vd. Art.º 126.º, do CPP).

Encontram-se dispersas pela lei várias excepções ao princípio da livre apreciação da prova consagrado no nosso ordenamento jurídico, verdadeiras excepções no sentido de constituírem prova vinculada onde, de facto, o julgador tem um papel de simples aplicador da lei, sujeitando-se ao valor probatório previamente determinado pela lei.

Não sendo do interesse desta discussão fazer uma análise de todos os meios de prova, os quais não serão obviamente aqui abordados, à excepção da prova pericial, deverá, contudo, analisar-se cuidadosamente a disciplina da matéria respeitante à prova (regime geral), sobretudo, tendo em conta importantes conceitos, como o são o de prova directa e prova indirecta.

---

<sup>130</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 331.

## **3.2. MEIOS PROBATÓRIOS**

### **3.2.1. VALOR PROBATÓRIO**

Os distintos meios de prova, sejam eles os previstos pela lei processual penal (e nesse sentido são tipificados) ou os não previstos, neste último caso, desde que não sejam proibidos por lei, funcionam como verdadeiros instrumentos de obtenção dos factos que se destinam provar, os chamados factos probandos.

Esses meios de prova poderão ter lugar nas distintas fases processuais (inquérito, instrução ou julgamento), sendo usual que, regra geral, eles sejam os mesmos ao longo do processo.

Através destes instrumentos probatórios o julgador irá formar a sua convicção sobre a realidade dos factos havendo, de todo o modo, que atender ao valor em particular de cada um destes meios de prova.

Na fase de inquérito, onde o MP é o titular da acção penal, é este, portanto, quem dirige a investigação em ordem a apurar da existência do crime, dos seus agentes, da sua responsabilidade e, mais do que isso, quem desenvolve todo um procedimento probatório destinado à recolha de prova.

Com base nesta função investigatória, resultante da notícia do crime<sup>131</sup>, o MP irá formar um juízo de suspeita em ordem a poder decidir sobre a acusação (vd. art.º 262.º, do CPP), salvaguardando-se, desde já, certa prática de actos ao juiz de instrução (art.º 268.º, do CPP), onde, de facto, estão em causa importantes princípios respeitantes à prova, máxime, os respeitantes às garantias de defesa do suspeito ou do arguido.

Já na fase da instrução (vd. arts. 286.º e 288.º do CPP) incumbe ao juiz de instrução dirigir os trabalhos, designadamente, os que se destinam à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito em ordem a submeter ou não a causa a julgamento, sendo de todas as maneiras uma fase de carácter facultativo (art.º 286.º, n.º 2, e 287.º do CPP).

Nesta fase

[...] o juiz pode já proceder às diligências de instrução que entender por convenientes para comprovar a acusação, elidindo ou corroborando os efeitos probatórios dos meios

---

<sup>131</sup> Vd. art.º 241.º, do CPP.

que serviram para formar a convicção do Ministério Público na fase do inquérito e o Ministério Público, o assistente e o arguido podem pronunciar-se no debate instrutório sobre esses meios de prova e o seu significado e valia indiciadora, o que geralmente não acontece na fase do inquérito<sup>132</sup>.

Vale aqui igualmente o afirmado acerca da legalidade da prova (art.º 125.º, do CPP), sendo admissíveis na instrução todas as provas que não forem proibidas por lei (art.º 292.º, n.º 1, do CPP).

Os meios de prova produzidos nesta fase poderão, assim, formar no juiz de instrução a convicção, que mais não é do que um juízo, de dar como demonstrada e verificada a indicição suficiente exigida, podendo então o julgador proferir despacho de pronúncia (vd. art.º 308.º, do CPP).

Por último, quanto à fase de julgamento, a produção dos meios de prova que tenham anteriormente sido indicados (em atenção aos requisitos constantes dos arts. 315.º e 316.º, do CPP), em conformidade com os quais o tema da prova será apreciado pelo juiz e, portanto, valorado, caberá ao juiz de julgamento, decidir pela decisão de condenação ou de absolvição.

Note-se mais uma vez que na fase do julgamento podem surgir provas novas, ou seja, provas distintas daquelas que foram produzidas nas fases anteriores, sempre e quando seja dado lugar ao respectivo contraditório durante a audiência de julgamento, sob pena de tais provas se considerarem ineficazes para a formação da convicção do julgador.

Do exposto resulta que a prova, consoante a fase processual em que nos encontremos, exige distintos graus ou níveis de prova, pois que se

[...] para acusar importa a convicção do Ministério Público sobre a indicição suficiente, e para pronunciar também a indicição suficiente é bastante, já para a condenação importa a prova<sup>133</sup>.

### **3.2.2. A PROVA PERICIAL EM PARTICULAR**

A prova pericial surge no ordenamento jurídico português como um dos vários meios de prova de que podem socorrer-se os sujeitos processuais na hora de realizar a respectiva produção de prova.

---

<sup>132</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 117.

<sup>133</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 117.

Trata-se de um meio de prova que “[...] visa facilitar a apreciação ou a definição dos factos concretos numa situação controversa a que há que aplicar direito.”<sup>134</sup>

Nesse sentido, o perito além de constituir em si mesmo um meio de prova, surge também como uma prova pessoal,

[...] por ser uma declaração de ciência. Se é certo que as suas conclusões = ditamen ou lado pericial = partem da observação do exterior, não menos exacto é que essa observação visa aferir da lógica silogística entre dados princípios abstractos e a matéria processual concreta que se lhe submete a consideração, para que, face às regras da experiência, formule conclusões necessárias a subsunção jurídica dos factos individuais<sup>135</sup>.

O que o perito realiza através da sua intervenção no processo são juízos de facto, e não, como sucede em relação aos depoimentos das testemunhas, declarações sobre percepções concretas dos factos.

Por essa razão, pode afirmar-se que enquanto o perito pode ser substituído, na medida em que o que faz é emitir um juízo técnico, já a testemunha apresenta maior relevância do ponto de vista processual, uma vez que o depoimento, ou melhor, a declaração sobre percepções concretas dos factos que esta emite, pode ser fundamental para a delimitação do tema da prova.

E faz sentido que assim seja, pois que o perito deve ser visto como um verdadeiro auxiliar<sup>136</sup> do julgador, sobretudo porque a este último não é possível ter um conhecimento absoluto sobre todas as realidades, podendo, em face dessa sua limitação de conhecimentos técnicos e científicos ser auxiliado pelo juízo emitido pelo perito, através do chamado relatório ou laudo pericial.

Por isso a intervenção do perito no processo não será obrigatória, só tendo lugar quando as partes (a acusação ou a defesa) assim o requeiram, bem como naqueles casos em que o tribunal (oficiosamente, portanto) decida nesse sentido.

Ainda que se trate de um meio de prova cuja produção não revista natureza obrigatória, será importante saber qual o fim a que se destina o mesmo, devendo ter presente que sempre que estiverem em causa “especiais conhecimentos” fará todo o sentido produzir tal meio de prova, o que será imprescindível para a descoberta da verdade material.

---

<sup>134</sup> SANTOS, Gil Moreira dos - Princípios e prática processual penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2014, p. 222.

<sup>135</sup> SANTOS, Gil Moreira dos - Princípios ..., p. 222.

<sup>136</sup> Vd. arts. 3.º e 23.º, n.º 2. da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto : Regime jurídico das perícias médico-legais e forenses. In Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa [Em linha]. Lisboa : PGDL, 2004.

Como dispõe o art.º 151.º, do CPP, (Quando tem lugar) “A prova pericial tem lugar quando a percepção ou a apreciação dos factos exigirem especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos.”

De todo o modo, o carácter facultativo da prova pericial só seria acolhido no CPP de 1987, pois que o CPP de 1929 não previa essa faculdade.

Todavia, casos existem em que o carácter facultativo da perícia será afastado em detrimento da obrigatoriedade da sua produção, que é o que sucede naquelas situações em que durante a audiência de julgamento se suscita fundamentadamente a questão da inimputabilidade do arguido, onde o tribunal (a requerimento das partes ou oficiosamente) ordenará a produção da respectiva prova pericial (Art.º 351.º, n.º 1, do CPP).

Como atrás se referiu, o perito é um auxiliar do julgador ou da autoridade judiciária<sup>137</sup> e, nessa medida, ele será nomeado pelo tribunal de entre as pessoas constantes de listas de peritos existentes em cada comarca, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa (vd. Art.º 152.º, n.ºs. 1 e 2, do CPP).

O relatório ou laudo pericial surge assim com uma natureza qualificada, pois que assenta em conhecimentos especiais, consubstanciando assim importantes consequências, desde logo,

[...] impõe-se à fundamentação do julgador que, porque para especiais conhecimentos daquele remeteu, deverá fundamentar as razões da sua discordância, quando esta afirmar no processo – artigo 163.º, n.º 2; o perito está sujeito ao regime dos impedimentos das autoridades judiciárias, bem como às recusas e escusas – artigos 47.º, n.º 1, e 153.º - pelo que a nomeação do perito e efectivação da diligência são objecto de despacho, a notificar – artigo 154.º, n.ºs. 1 e 2<sup>138</sup>.

### **3.2.3. O RELATÓRIO PERICIAL**

São várias as designações que usualmente são feitas a propósito do resultado da perícia, destacando-se as referentes a relatório pericial, exame pericial ou ainda laudo pericial.

---

<sup>137</sup> Vd. al. d), do art.º 1, e art.º 270.º, n.ºs. 3 e 4, ambos do CPP.

<sup>138</sup> SANTOS, Gil Moreira dos - Princípios ..., p. 222.

De todo o modo, a ideia a reter é a de que nesse documento o perito irá mencionar e descrever as suas respostas e conclusões devidamente fundamentadas<sup>139</sup> (art.º 157.º, n.º 1, 1ª parte, do CPP).

Em termos de estrutura o relatório pericial apresenta a seguinte ordem<sup>140</sup>:

- a. A definição do objecto da perícia e, havendo-os, a enunciação dos quesitos colocados;
- b. A fundamentação das conclusões ou das respostas;
- c. As conclusões” (a “opinião”) sobre o objecto da perícia ou, havendo quesitos, as respostas aos mesmos;
- d. Na perícia apresentada por um colégio de peritos, pode haver ainda lugar a uma ou mais opiniões vencidas, que devem apresentar a respectiva fundamentação.

Tanto a autoridade judiciária, como o arguido, o assistente, as partes civis e os consultores técnicos podem pedir ao perito os esclarecimentos que entendam necessários (art.º 157.º, n.º 1, parte final, do CPP)<sup>141</sup>.

Cronologicamente, o relatório pericial aparece em momento posterior à realização da perícia, logo que esta seja efectuada, podendo ser ditado para o auto (art.º 157.º, n.º 2, do CPP).

Sucedo, contudo, que na grande maioria dos casos, e em atenção à complexidade de algumas matérias, nem sempre será possível ao perito realizar de imediato (logo a seguir à realização da perícia) o relatório, caso em que a lei lhe faculta um prazo não superior a 60 dias para a apresentação do mesmo, o qual será fixado pela autoridade judiciária (art.º 157.º, n.º 3, do CPP).

E em casos de especial complexidade poderá ainda acrescer a este prazo uma dilação de mais 30 dias, prorrogação que dependerá do requerimento fundamentado dos peritos (art.º 157.º, n.º 3, parte final, do CPP).

---

<sup>139</sup> Art.º 97.º, n.º 5, do CPP.

<sup>140</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 436.

<sup>141</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 436: “A supressão da proibição legal (“não podem ser contraditadas”) visa alargar o âmbito dos “esclarecimentos”. Os pedidos de esclarecimentos podem visar o relatório quer de um ponto de vista formal, quer material. A falta de resposta dos peritos aos pedidos de esclarecimento não prejudica o relatório, mas deve ser valorada pela autoridade judiciária, podendo justificar a divergência desta em relação ao resultado da perícia constante do relatório.”

Quer num caso, quer noutro, trata-se de prazos

[...] vinculativos para **todas** as perícias relativos a factos relevantes para a imputação. O atraso na apresentação do relatório pode justificar a substituição do perito, com ou sem retribuição do perito (artigo 162.º, n.º 2), mas o relatório pericial apresentado fora de prazo não é inválido<sup>142</sup>.

Pode até acontecer que o relatório não seja conhecido e, conseqüentemente, apresentado até à abertura da audiência, sobretudo naqueles casos em que o conhecimento dos resultados da perícia não for indispensável para o juízo sobre a acusação ou sobre a pronúncia (art.º 157.º, n.º 4, do CPP).

Por último, atente-se na circunstância de terem sido nomeados vários peritos para a realização da perícia, o que facilmente permite deduzir que venham a ser alcançadas distintas conclusões.

Quando haja discordância entre os peritos deve cada um deles apresentar o seu relatório, tal como sucede em relação à perícia interdisciplinar. E tratando-se de perícia colegial pode haver lugar a opinião vencedora e opinião vencida (art.º 157.º, n.º 5, do CPP)<sup>143</sup>.

A doutrina tem vindo a falar na necessidade da perícia no que respeita à descoberta da verdade, assim

Nenhuma perícia que tenha como objecto facto relevante para a imputação criminal pode ser considerada como “não indispensável” para o juízo sobre a acusação ou sobre a pronúncia. A perícia cujo resultado **não é “indispensável** para o juízo sobre a acusação ou a pronúncia” diz respeito única e exclusivamente a perícia que tenha como objecto matéria atinente à determinação da pena ou da medida de segurança, à aplicação de medida de coacção ou à determinação da indemnização civil<sup>144</sup>.

A perícia pode assim ser ordenada ou rejeitada, relevando quanto a estas decisões judiciais a admissibilidade de impugnação (direito ao recurso, nos termos do art.º 399.º, do CPP)<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 437.

<sup>143</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 436: “2. A falta de fundamentação da opinião vencedora prejudica a validade de todo o relatório, que deve ser considerado em falta. A contradição insanável entre a “opinião” (“conclusões” ou “respostas”) e a respectiva fundamentação prejudica a validade de todo o relatório, que deve ser considerado em falta.

A falta de fundamentação da opinião vencida ou a contradição insanável entre a opinião vencida e a respectiva fundamentação prejudicam apenas essa opinião, que deve ser tida como não escrita.”

<sup>144</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 437.

<sup>145</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 429: “O despacho do Ministério Público que ordena ou rejeita a perícia é sindicável pelo superior hierárquico do magistrado do Ministério Público, por via de reclamação hierárquica.”

É igualmente recorrível o despacho da autoridade judiciária que venha a rejeitar ou a afastar o consultor técnico.

De notar que a autoridade judiciária pode rejeitar o consultor técnico

[...] se não estiverem reunidos os requisitos da sua participação e, designadamente, se ele não tiver, pelo menos, a mesma qualificação técnica do perito ou se tiver sido determinado que a publicidade da diligência poderia prejudicar as finalidades do inquérito<sup>146</sup>.

Como poderá também afastá-lo da perícia, atendendo, para tal, a três fundamentos: o prejuízo para os fins da perícia, o prejuízo para a imparcialidade do perito ou a perturbação, nomeadamente, o atraso dos trabalhos da perícia e do normal andamento do processo<sup>147</sup>.

É ainda de fazer notar as implicações decorrentes da intervenção do consultor técnico enquanto novo participante processual que a reforma do CPP veio provocar, sobretudo ao permitir que este possa elaborar as suas próprias observações sobre os factos que constituem o objecto da perícia.

Tais observações poderão assim ser juntas ao processo, constituindo elas mesmo um relatório. Contudo, não poderá ser-lhes atribuída a mesma natureza das conclusões resultantes da perícia do perito, nunca podendo valer o relatório do consultor técnico como um contra-relatório.

Note-se que esse relatório do consultor técnico

[...] pode até ser junto antes do relatório pericial. Trata-se antes de um documento em que o consultor técnico manifesta a sua opinião científica sobre a condução e o resultado dos trabalhos. O julgador não tem de justificar a sua divergência em relação a este relatório com as “observações” do consultor técnico, mas pode aderir a elas<sup>148 149</sup>.

Outra particularidade tem que ver com o facto do arguido, o assistente ou a parte civil que deva ser submetido a perícia pode sempre fazer-se acompanhar de um consultor técnico, como também pode fazer-se acompanhar do seu advogado.

Já não será assim no caso de perícia a terceira pessoa, pois que aí

[...] os sujeitos processuais não podem designar consultor técnico quando a autoridade judiciária tenha determinado que a publicidade da diligência poderia ser prejudicial às

---

<sup>146</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 432.

<sup>147</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 432.

<sup>148</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 431.

<sup>149</sup> cfr. art.º 163.º, do CPP.

finalidades do inquérito, mesmo que tenham tido conhecimento da data e do local da diligência<sup>150</sup>.

Ainda que a lei seja omissa quanto à questão dos impedimentos aos quais deve atender-se na hora de nomear um consultor técnico, deve, por igualdade de razões, atender-se àqueles que são os fundamentos dos impedimentos e da escusa do perito (art.º 47.º, do CPP).

Quanto ao número de consultores técnicos que podem participar numa diligência nenhuma limitação também parece existir, podendo cada sujeito processual designar um consultor técnico.

Por último, dir-se-á que um importante que aqui se suscita é, de facto, o que se reporta à designação pelos sujeitos processuais de um consultor técnico durante a realização de perícia médico-legal realizada em delegação do Instituto Nacional de Medicina Legal, uma questão que mais à frente será ainda abordada com maior atenção.

### **3.2.4. VALOR DA PROVA PERICIAL**

Como refere o art.º 163.º, n.º 1, do CPP, o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador.

Trata-se de uma regra, de uma norma legal, que retira do domínio do julgador a possibilidade deste valorar livremente este meio de prova, permitindo, de todo o modo, que possa divergir do juízo contido no parecer dos peritos, devendo, para tal, fundamentar a divergência (o que não acontece, como se viu, em relação à opinião científica proferida pelo consultor técnico).

É, portanto, a própria lei que fixa o valor probatório da perícia, subtraindo tal juízo ao princípio da livre apreciação da prova, o que permite afirmar a vigência, ainda que limitada, do princípio da prova legal no nosso ordenamento jurídico.

“A limitação do julgador consiste em que ele deve fundamentar a divergência em relação às conclusões do perito.”<sup>151</sup>

Se, por um lado, o legislador entendeu determinar previamente o valor a atribuir à perícia, subtraindo-a, portanto, ao princípio da livre apreciação da prova, consagrado

---

<sup>150</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 432.

<sup>151</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 443.

no art.º 127.º do CPP, por outro lado, deu aso a que o julgador possa divergir do juízo contido no parecer do perito, desde que fundamente devidamente essa divergência (cfr. n.º 2, art.º 163.º, do CPP).

Quando a lei refere que o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial se presume subtraído à livre apreciação do julgador, deixa assim aberta a possibilidade do julgador pode ilidir tal presunção, pois que quando este não partilhe do juízo contido no parecer do perito, por a sua convicção sobre a realidade dos factos ser outra, poderá não acatá-lo.

Para tal, exige a lei um especial dever de fundamentação, sem o qual nunca o julgador poderá deixar de subtrair o juízo contido no parecer do perito.

A eventual discricionariedade que pudesse ter lugar por parte do julgador no momento de apreciar a prova pericial, fica demarcada por este limite, exigindo-se ao legislador que quando divirja do juízo contido no parecer do perito fundamente (devidamente) essa divergência.

Daqui resulta que a “margem de apreciação livre do julgador”<sup>152</sup> não é totalmente afastada, uma vez que a divergência devidamente fundamentada surge como excepção a este normativo (n.º 1, art.º 163.º, do CPP)<sup>153</sup>.

Existem, assim, situações em que, de facto, se verificam excepções ao princípio da livre apreciação da prova, vigorando, como se disse, e ainda que de forma limitada, o sistema da prova legal (cfr. art.º 169.º do CPP, quanto ao valor probatório dos documentos autênticos e autenticados).

Daí as anteriores considerações feitas a respeito da prevalência de um sistema de apreciação da prova em relação a outro, o que vem a ser confirmado mais uma vez.

A vigência e validade de um sistema de apreciação da prova, no que ao nosso ordenamento jurídico respeita, o da prova livre, não pode ser absoluta, encontrando-se, como é perfeitamente concebível, algumas excepcionalidades.

Quer o sistema da prova livre, quer o sistema da prova legal não se anulam, mas antes se complementam e integram, convivendo dentro de certos condicionalismos,

---

<sup>152</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código de processo penal: comentado. Coimbra : Almedina, 2014, p. 685.

<sup>153</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia – Código ...., p. 392: “No entanto, no domínio do CPP de 1929, nas perícias da psiquiatria forense, sendo unânime os peritos, o juiz não podia divergir do respectivo juízo técnico.”

como bem se depreende do n.º 2 do art.º 163.º do CPP, uma verdadeira excepção à regra geral que fixa previamente o valor a atribuir à prova pericial.

Todavia, há que apurar em que consiste esta fundamentação que a lei aqui refere, pois que “[...] qualquer divergência relevante não se basta com uma apreciação genérica e pouco consistente, sob pena de se incorrer numa inadmissível valoração subjectiva ou na falta de fundamentação.”<sup>154</sup>

A divergência que a lei exige será, sem dúvida alguma, uma divergência fundamentada, tendo a mesma que sustentar-se, quando exista, num outro juízo, também da mesma natureza, isto é, científica, técnica ou artística.

Assim,

[...] atendendo à especial capacidade dos peritos, terá obviamente que fundamentar com argumentos técnicos ou científicos equiparados aos dos peritos e não com argumentos vagos ou gerais. E como o julgador em regra não possui a mesma capacidade dos peritos nesse domínio, impor-se-á que em regra, antes de divergir dos peritos, se socorra de recurso a esclarecimentos complementares ou a renovação de perícias<sup>155</sup>.

Daqui resulta que para que o valor da prova pericial não seja acatado pelo julgador, caso em que este dirija do juízo contido no parecer do perito, deverá fundamentar a sua divergência com base em outro juízo, contido também, dessa forma, em parecer de perito, pois que só aí pode o julgador encontrar argumentos técnicos e científicos capazes de fundamentar essa discrepância.

E não se exige uma contraprova, bastando apenas a valoração distinta daqueles que sejam os argumentos invocados pelos peritos.

Fora destes casos, o relatório pericial será sempre imposto ao julgador, subtraindo-se tal juízo à livre apreciação da prova.

Para que o julgador possa afastar o valor do relatório pericial de um determinado perito terá, pois, que fundamentar a sua divergência, na hora de formar a sua convicção sobre a verdade dos factos, em argumentos da mesma natureza, como anteriormente se disse, daí que possa dizer-se que “Fixa-se o valor da prova pericial,

---

<sup>154</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código ..., p. 685.

<sup>155</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código ..., p. 393.

estabelecendo-se uma presunção *juris tantum* de validade do parecer técnico apresentado pelo perito o qual obriga o julgador.”<sup>156</sup>

O referido normativo, ao considerar-se uma presunção, não o será a título de presunção natural e, nesse sentido, susceptível de contraprova nos termos do art.º 346.º, do CC, mas tratar-se-á antes de uma presunção que se basta com a adução de argumentos da mesma natureza, científicos, portanto, capazes de permitir ao julgador divergir de um relatório pericial em resultado de outro.

Entendeu o legislador, com tal excepção, deixar nas mãos do julgador a possibilidade, ainda que limitada, de divergir do relatório pericial, não em ordem a uma exigência de prova do contrário<sup>157</sup>, o que só dificultaria ou impediria em muitos casos o afastamento do valor atribuído a tal meio de prova, mas antes em atenção a uma fundamentação ancorada em argumentos da mesma natureza, isso sim, distintos<sup>158</sup>.

Quanto à valoração da prova pericial levada a cabo pelo julgador pode falar-se numa valoração realizada em três níveis distintos<sup>159</sup>: 1) quanto à sua validade; 2) quanto à matéria de facto em que se baseia a conclusão; e 3) quanto à própria conclusão.

A validade da valoração da prova pericial assenta na observância dos requisitos da lei, ou seja, tem que ver com a regularidade formal, aquilo que é a matéria respeitante à prova legalmente admissível e ainda a prova proibida<sup>160</sup>.

Já quanto à matéria de facto, ou melhor, quanto aos factos,

[...] estamos em face de uma premissa em relação à qual o julgador, dentro da sua liberdade de apreciação pode divergir do facto, ou factos, de que arranca a perícia pois que, a seu respeito, tem entendimento diferente. A presunção a que alude o n.º 1 do art. 163.º do Código de Processo Penal apenas se refere ao juízo técnico-científico e não, propriamente, aos factos em que o mesmo se apoia. Assim, a necessidade de fundamentar-se a divergência só se dará quando esta incide sobre o juízo pericial<sup>161</sup>.

---

<sup>156</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código ..., p. 686.

<sup>157</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código ..., p. 686: “Efectivamente, não seria lógico que, pelo menos nas perícias em que houvesse votos de vencido (art. 157.º, n.º 5 do CPP), se pretendesse impor ao tribunal um juízo científico com valor probatório pleno, cedendo apenas perante a prova do contrário.”

<sup>158</sup> GONÇALVES, Manuel Lopes Maia - Código ..., p. 3923: “Com efeito, se a lei prevê a intervenção de pessoas dotadas de conhecimentos especiais para valoração da prova, seria de todo incompreensível que depois admitisse que o pressuposto da prova pericial não tivesse qualquer relevância, mas já é razoável que o juízo técnico, científico ou artístico possa ser apreciado na base de argumentos da mesma natureza.”

<sup>159</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código ..., p. 686.

<sup>160</sup> Vd. arts. 154.º, n.º 3 e 156.º, n.º 1, ambos do CPP.

<sup>161</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código ..., p. 686.

O tribunal, quando confrontado com a prova pericial, aceita o juízo (científico) dela constante podendo, de todo o modo, apreciar livremente os “elementos de facto”<sup>162</sup> que o constituem.

A este propósito

[...] são essencialmente dois os planos sob os quais se coloca o problema da relação entre a ciência e a determinação judicial dos factos: -o primeiro de tais planos refere-se à necessidade de que o uso das provas se sujeite sempre ao controlo social a cargo da cultura média difundida na comunidade. Trata-se de uma exigência de importância decisiva e suficiente para precluir, por si só qualquer tentação de reduzir o papel do juiz ao cientista. Por outro lado, também seria excessiva a afirmação oposta, que excluísse do raciocínio do juiz sobre as provas qualquer elemento de cientificidade para o reconduzir exclusivamente às regras de sentido comum<sup>163</sup>.

Pode o julgador divergir do relatório pericial, caso em que a lei lhe permite afastar-se do resultado da perícia, desde que fundamente devidamente essa divergência, baseando-se, portanto, num juízo de idêntica natureza (científico).

Mas ocorrendo divergência entre o juízo contido no parecer dos peritos e a sentença, sem que tal divergência tenha sido devidamente fundamentada, estaremos diante de uma nulidade da sentença derivada de uma omissão de pronúncia sobre uma questão que deveria apreciar (art.º 379.º, n.º 1, al. c), do CPP).

Note-se que “[...] só a sentença, e não o julgamento, padece do vício típico da fundamentação da decisão e para o sanar basta que a sentença recorrida seja devidamente reformulada.”<sup>164</sup>

### 3.2.5. JURISPRUDÊNCIA

O que releva no âmbito da discussão relativa ao valor da prova pericial é a determinação do valor que deve ser atribuído à presunção decorrente do art.º 163.º, do CPP, uma vez que a mesma manifesta uma natureza muito particular, como pode extrair-se daquela que tem sido a posição dos tribunais.

Assim, refere o STJ, no Ac. de 9.05.1995,<sup>165</sup> que a presunção constante do n.º 1, do art.º 163.º, do CPP, tem apenas como objecto o juízo técnico-científico e não os factos em que o mesmo se apoia, o que tem sido pacificamente entendido pelos tribunais.

---

<sup>162</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - *Código ...*, p. 686.

<sup>163</sup> GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - *Código ...*, p. 686.

<sup>164</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 445.

A este propósito, e de modo a entender melhor o conteúdo e alcance do normativo, atenda-se aos seguintes excertos de acórdãos do STJ:

- Acórdão n.º JSTJ00035174:

I – A presunção médico-legal de intenção de matar não constitui juízo técnico ou científico que se imponha ao julgador face à regra do valor pericial consagrado no art. 163, n.º 1, do CPP.

II – A intenção de matar constitui matéria de facto a apurar pelo tribunal face à diversa prova ao seu alcance e esta, salvo quando a lei dispõe diversamente, é apreciada segundo as regras da experiência e a livre convicção do julgador.<sup>166</sup>

- ACSTJ de 10-11-2004:

VII – O relatório médico-legal em que se conclui não ser médico-legalmente de presumir pela intenção de matar não configura um qualquer juízo científico ou pericial, que se presume subtraído à disponibilidade do juiz – art. 163.º, n.º 1, do CPP -, mas apenas uma presunção de intenção, um mero juízo de probabilidade sobre essa intenção.

VIII – Estando fora do âmbito da perícia médico-legal fixar a intenção criminosa, que é da exclusiva competência do julgador, não se aplica o art. 163.º, n.º 1, do CPP, pelo que é lícito a este divergir dessa conclusão sem ter que fundamentar a divergência, erigindo a fundamentação num juízo científico, nos termos do n.º 2 daquele preceito, vinculado, em princípio, como está, ao valor probatório, a existir, pelo grau de certeza, competência e especialização de quem o emite.<sup>167</sup>

- Acórdão STJ de 11.01.2006:

II – O art. 163.º, n.º 1, do CPP estabelece uma excepção ao princípio da livre apreciação da prova consagrado no art. 127.º do mesmo diploma, atribuindo um valor presuntivamente pleno ao juízo técnico, científico e artístico inerente à prova pericial, do que decorre que o julgador, face a prova pericial, terá de aceitar o juízo técnico, científico ou artístico a ela inerente, a menos que fundamente a sua divergência relativamente ao mesmo – art. 163.º, n.º 2, do CPP.<sup>168</sup>

- Acórdão n.º JSTJ000:

XII – Ora, num caso, como o dos autos, em que não está em causa um juízo técnico-científico, com o sinal de certeza requerido, mas antes de mera probabilidade, a força vinculativa própria da prova tarifada não é absoluta, ficando à responsabilidade do tribunal, nos termos do art. 127.º do CPP, a decisão sobre a imputabilidade ou

---

<sup>165</sup> Acórdão de 9 de Maio de 1995 : valor probatório. Colectânea de Jurisprudência : acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. A. 3, t. 2 (1995) p. 189

<sup>166</sup> SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Acórdão n.º JSTJ00035174, processo n.º 97P1120, relator Hugo Lopes. Acórdãos STJ [Em linha]. (12-02-1998).

<sup>167</sup> ACSTJ de 10-11-2004 : Homicídio tentado Dolo Intenção de matar Valor do relatório médico-legal Tentativa Medida da pena, processo n.º 2146/04- 3.ª, relator Armindo Monteiro. In Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa [Em linha]. Lisboa : PGDL, 2004.

<sup>168</sup> Acórdão STJ de 11.01.2006, proc. n.º 4299/05-3.ª sec., Relator Oliveira Mendes. In Sumários de Acórdãos das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça : 3.ª secção [Em linha]. (Jan. 2006).

inimputabilidade do arguido, e afastada a aplicação do disposto no art. 163.º do CPP.<sup>169</sup>

### 3.2.6. RELEVÂNCIA DA PROVA PERICIAL ENQUANTO MEIO DE PROVA

Neste ponto cabe tecer algumas considerações, a propósito da prova pericial, enquanto meio de prova (tipificado) ao dispor dos distintos sujeitos processuais.

O que nem sempre foi tão linear, uma vez que momentos houve em que tal assunção da perícia enquanto meio de prova (tipificado e autónomo) não existia, como sucedeu no CPP de 1929<sup>170</sup>, onde se suscitava a controvérsia de se tratar de um meio de prova, um meio de obtenção da prova ou ainda um meio de apreciação da prova.

No actual CPP, no seguimento da reforma operada pelo CPP de 1987, a prova pericial ganhou o seu lugar de destaque, assumindo um formalismo que lhe é próprio e lhe permite ser considerada um meio de prova, tal como sucede em relação a outros meios de prova já anteriormente consagrados (por exemplo, a prova testemunhal, a documental).

O objecto da perícia é a percepção de factos ou a sua valoração. Com efeito, a função da perícia pode ser a descoberta de factos, recorrendo a métodos científicos adequados para permitirem a sua apreensão ou pode exigir-se ao perito não a descoberta dos factos, mas apenas a sua apreciação.<sup>171</sup>

Merece algum esclarecimento a afirmação de que a perícia consiste na apreciação de factos ou na sua valoração, pois que “[...] nem todos os actos de percepção ou apreciação dos factos no decurso do processo são actos de perícia, embora materialmente idênticos.”<sup>172</sup>

Assim, para que possa ter lugar a perícia, deverá atender-se aos já mencionados especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos previstos no art.º 151.º, do CPP, os quais funcionam como pressuposto (condição) de tal meio processual, podendo mesmo falar-se na exigência de competência específica<sup>173</sup>.

Face ao exposto, resulta que a matéria respeitante à perícia se reveste da maior importância para a descoberta da verdade, sendo, de facto, através do recurso a este

---

<sup>169</sup> Acórdão n.º JSTJ000, processo n.º 08P2035, relator Raúl Borges. In Acórdãos STJ [Em linha]. (01-10-2008).

<sup>170</sup> Onde a perícia era tratada juntamente com os exames, os quais constituíam um meio de obtenção da prova.

<sup>171</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 216.

<sup>172</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 216.

<sup>173</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 216, onde o autor fala em conhecimentos especializados.

meio de prova que o julgador poderá formar a sua convicção sobre a realidade (verdade) dos factos.

E se falamos numa competência específica, a qual delimita a realização da perícia em torno dos especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos, também deverá atender-se à limitação constante do art.º 154.º, n.º1, do CPP, normativo que define e concretiza o objecto da perícia, ou seja, aqueles factos sobre os quais o perito poderá realizar o seu juízo.

Daí a extrema importância do despacho que ordena a perícia, sem o qual a função tanto do julgador como do perito extravasaria certamente os fins do processo penal, máxime, os que se prendam com o cumprimento da legalidade e a descoberta da verdade.

O certo é que na perícia não poderá atender-se a todo e qualquer facto, mas apenas a determinados factos.

Mas a jurisprudência denota algumas divergências quanto a esta matéria, senão vejamos o que sucede em relação ao juízo científico, como resulta do Ac. do STJ, de 5.11.1997<sup>174</sup>:

Quando o juiz diverge do parecer dos peritos, a necessidade de fundamentar a divergência só existe quando esta incide sobre o juízo pericial e não propriamente sobre os factos em que se apoia.

Sabendo que o julgador deverá acatar o juízo emitido pelo perito no relatório pericial, o qual se presume subtraído ao princípio da livre apreciação da prova, a não ser que o julgador invoque a sua divergência com base em razões da mesma natureza das aduzidas pelo perito, será relevante fazer notar que a decisão final sobre a culpabilidade do agente pertence sempre, ou melhor, é da responsabilidade do julgador<sup>175</sup>.

O valor probatório especial da perícia não significa que estejamos perante um novo regime de prova legal, obrigando o juiz a submeter-se ao *ipse dixit* dos peritos; individualiza a regra do exercício racional da sua apreciação. Isto é, importa distinguir a vinculação do juiz ao resultado da perícia e ao princípio da livre convicção. O princípio da livre convicção impõe-se como dever de exercitar a função de valoração probatória segundo os cânones da racionalidade e por isso que quando esteja em causa uma prova pericial fundada sobre regras científicas, artísticas ou técnicas, a adesão ou

---

<sup>174</sup> Colectânea de jurisprudência: Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. A. V, t. III (1997), p. 227

<sup>175</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 218: “[...] o tribunal não pode simplesmente descansar na perícia”.

discordância relativamente ao resultado da perícia não pode senão assentar no mesmo método.<sup>176 177</sup>

### 3.3. CLASSES DE PROVA

A prova é uma matéria que reveste a maior complexidade que se possa imaginar, sendo praticamente inesgotável o estudo que dela se pretenda fazer, daí a constante e permanente remissão que é feita para distintos conceitos, mas que se afiguram necessários para a compreensão da nossa discussão.

Assim, para um melhor entendimento da valoração da prova será necessário determos naquelas que são as chamadas “classes de prova”, através das quais opera uma distinção feita em função da relação existente entre o julgador e a fonte da prova, podendo assim adoptar-se a seguinte estrutura:

- a) Prova directa e prova indirecta;
- b) Prova pessoal e prova real;
- c) Prova pré-constituída e prova causal;
- d) Prova plena e prova semiplena.

E antes de se entrar na análise de cada uma destas classes de prova será necessário atender à distinção doutrinal (e não resultante da lei, como se poderia pensar) que é feita entre as fontes e os meios de prova, devendo entender-se por fonte de prova a pessoa ou coisa que permitirá fazer prova de um determinado facto (por exemplo, a pessoa que presenciou uma ocorrência, um facto, ou o documento que contém uma obrigação)<sup>178</sup>.

Estas fontes de prova só chegam ao processo através dos meios de prova, que mais não são do que verdadeiros instrumentos ao dispor do processo penal, sem os quais não revelariam nenhuma utilidade ou eficácia estas classes de prova.

Assim, os meios de prova “[...] permiten que puedan ser apreciadas por los sentidos las fuentes de prueba, que son las que permitirán probar el hecho de que se trata.”<sup>179</sup>

---

<sup>176</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 219.

<sup>177</sup> DOMINIONI, Oreste - La prova scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano : Giuffrè, 2005, pp. 366 e ss.

<sup>178</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado de derecho procesal penal. 4.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor : Aranzadi, 2010, p. 821.

<sup>179</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado de ..., p. 821.

Voltando agora às classes de prova, dir-se-á que a prova directa é uma prova que resulta de uma forma directa e imediata daquela que é a fonte através da qual o julgador obtém o seu conhecimento sobre os factos, não havendo nenhuma interposição entre essa transmissão.

O que já não sucede em relação à prova indirecta (ou indiciária), onde a relação existente entre o julgador e a fonte de prova surge de forma mediata, através de um transmissor, neste caso é o que sucede em relação à generalidade dos meios de prova, cujo resultado probatório não advém de forma directa e imediata, mas antes através do depoimento de uma testemunha, do conteúdo de um documento ou do parecer de um perito.

A segunda classe de prova prende-se com a natureza da fonte da prova, que pode ser pessoal (prova testemunhal ou prova pericial), ou real (prova documental).

Quanto à terceira classe de prova interessa o momento em que a prova é configurada, sendo de facto muito excepcionais, aqueles casos em que a prova não resulta directa e imediatamente da audiência de julgamento.

Se o momento em que se realiza a prova não for, portanto, o da audiência de discussão e julgamento, falar-se-á então de prova antecipada ou pré-constituída, denominação que surge em função do espaço temporal em que a mesma é configurada (numa fase prévia, portanto, onde muitas das vezes a prova nem sequer é do conhecimento de todos os sujeitos processuais, como sucede nas investigações que têm lugar durante a fase de inquérito, onde só o MP tem esse conhecimento e domínio da prova).

Não deixa de ser uma prova que tem, tal como a prova produzida em sede de julgamento, a natureza jurídica de prova.

Existem, de facto, provas que são configuradas antes do início da fase de julgamento e, preexistindo (como sucede, por exemplo, em relação a um contrato), elas podem ser incorporadas na fase de julgamento, falando-se então de prova pré-constituída.

Mesmo sendo uma prova que teve lugar antes da fase de julgamento, ela não deixa de passar pelo crivo do julgador, não pelo do juiz da fase de julgamento (que só nessa fase tomará contacto com ela), mas antes pelo do juiz da fase de instrução, a quem compete aferir do controlo da legalidade dos actos de investigação praticados antes do julgamento.

Outra prova, e que é distinta desta, é a prova antecipada, a qual também é anterior ao julgamento, mas que contrariamente à anterior, será apreciada diante do tribunal de julgamento e nunca num momento prévio.

O argumento utilizado por alguns de que o factor de diferenciação deste tipo de prova, quer a antecipada quer a pré-constituída, se prende com o facto de esta ser anterior ou posterior ao início do processo, não pode por nós ser aceite, acolhendo-se assim a posição de que tudo o que se realize antes do início do processo (e, portanto, que lhe é estranho) e, além disso, que não passe pelo crivo do julgador, não pode ser considerado como prova (em sentido jurídico)<sup>180</sup>.

Por último, a distinção entre prova plena e prova semiplena prende-se com aquele que é o grau de convicção obtido pelo tribunal depois de produzidas cada uma destas, referindo a lei tratar-se de prova plena, quando se exige plena convicção por parte do tribunal e, de prova semiplena, quando basta uma mera probabilidade ou verosimilhança do facto objecto de prova.

### **3.4. PROVA DIRECTA E INDIRECTA. INDÍCIOS**

Como anteriormente se referiu (a propósito do objecto da prova), a prova visa a demonstração dos factos juridicamente relevantes, e, nessa medida, ou a prova demonstra de uma forma directa e imediata esses factos que se pretendem provar, os factos probandos, e fala-se, portanto, em prova directa, ou, de forma distinta, chega a essa demonstração de uma forma indirecta, a partir da demonstração de outros factos que não os probandos, falando-se, portanto, em prova indirecta ou indiciária.

Pode adoptar-se a classificação que tende a caracterizar os factos juridicamente relevantes como o objecto directo da prova<sup>181</sup>,

[...] mas de factos juridicamente irrelevantes pode inferir-se por raciocínio lógico a comprovação daqueles ... os factos irrelevantes, porque conexos com o tema da prova, formam como que um tema da prova em segundo grau<sup>182</sup>.

Já anteriormente havia sido feita uma referência aos indícios, quando se tratou dos graus de convicção do julgador, interessando agora voltar a chamar essa prova, a qual pode ser vista como uma subcategoria da prova indirecta (também designada por

---

<sup>180</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado de ..., p. 823: “[...] cuestión distinta es que puedan introducirse en el proceso por algún medio de prueba, por ejemplo, mediante la prueba documental.”

<sup>181</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., p. 207.

<sup>182</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., p. 207.

indiciária), visto esta não incidir directa e imediatamente sobre os factos juridicamente relevantes.

Pode dizer-se que

[...] dela se induz por raciocínio alicerçado em regras da ciência ou técnica, o facto probando. A prova deste reside na inferência do facto conhecido ou provado – indício ou facto indiciante – para o facto desconhecido ou a provar, ou tema último da prova ... constitui uma prova em segundo grau; a prova respeita directamente ao facto indiciante e da comprovação deste se infere um indício – prova indirecta – para comprovação do facto relevante<sup>183</sup>.

Note-se que indícios e provas pretendem significar coisas distintas, pois os primeiros “[...] são circunstâncias conexas com o facto que se pretende provar, que podem servir para formar suspeitas; a prova é a certeza dos factos”<sup>184</sup>.

Destarte, será prudente ter em linha de conta que os indícios, por constituírem um tipo de prova que não incide directa e imediatamente sobre os factos juridicamente relevantes, mas antes sob factos distintos desses, correm o risco de criar sérias dúvidas ao julgador no momento da apreciação dos mesmos e, portanto, no momento da formação da sua convicção sobre a verdade (histórica) dos mesmos, isto por se tratar de uma prova que

[...] se obtém mediante raciocínios lógicos, baseados na experiência comum, e sempre frágeis ou mais ou menos frágeis ... uma prova frágil, e muito frágil se a ilação não resulta de múltiplos factos indiciantes, ou se procede a sucessivas ilações intermédias para alcançar a conclusão final, isto é, se se parte de um indício para prova de outro facto, que por si mesmo é ainda só indiciário do facto indiciante do que se quer provar<sup>185</sup>.

Em suma, poderá afirmar-se que os factos juridicamente relevantes constituem o objecto directo da prova, “[...] mas de factos juridicamente irrelevantes pode inferir-se por raciocínio lógico a comprovação daqueles”<sup>186</sup>, o que tem permitido colocar este tipo de factos (irrelevantes no sentido de não constituírem factos juridicamente relevantes) no chamado tema da prova em segundo grau<sup>187</sup>.

---

<sup>183</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., pp. 207 e ss.

<sup>184</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 136, onde o autor ao referir que a prova visa a certeza dos factos alerta para o facto de tal certeza ser apenas processual.

<sup>185</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 208: “[...] nem todos os indícios se reduzem aos que são causa ou efeito necessário do facto probando, caso em que a prova indiciária é mais consistente”.

<sup>186</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 207.

<sup>187</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 207.

Pode assim a prova incidir ou não directa ou indirectamente sobre os factos probandos, circunstâncias que conduzirão a classificar a prova como directa ou indirecta.

Se a prova incide imediatamente sobre os factos probandos, sobre o tema da prova, esta diz-se prova directa; se a prova incide sobre factos diversos do tema da prova, mas que permitem, com auxílio das regras de experiência, uma ilação quanto a este, a prova diz-se indirecta<sup>188</sup>.

Assim, se a prova directa incide directa e imediatamente sobre os factos juridicamente relevantes que constituem o tema da prova, pode então deduzir-se que este tipo de prova é prova num primeiro grau, ao contrário do que se verifica em relação à prova indirecta, a qual incide sobre factos que são estranhos ao tema da prova e que só, de facto, com recurso às regras da experiência do julgador poderão permitir retirar ilações com base nos factos constantes do tema da prova, sendo assim uma prova em segundo grau.

Dentro deste segundo grau de prova, nomeadamente, no que respeita à prova indirecta, encontra-se, como se disse, a chamada prova por indícios ou indiciária, um tipo de prova que também não incide directa e imediatamente sobre os factos probandos, mas que recorrendo, tal como a prova indirecta, às regras da experiência comum ou da ciência ou técnica<sup>189</sup> permite chegar, por indução, ao facto probando.

Esta faculdade, de provar o facto probando através da prova por indícios ou indiciária, “[...] reside na inferência do facto conhecido ou provado – indício ou facto indiciante – para o facto desconhecido ou a provar, ou tema último da prova”<sup>190</sup>, passando assim a prova a incidir de uma forma directa e imediata, quanto ao objecto, sobre os factos indiciantes<sup>191</sup> que, uma vez comprovados, permitirão inferir a existência de verdadeiros indícios.

Tendo os indícios fundamento na prova que tem como fim a comprovação dos chamados factos indiciantes, certo será que ela esteja sujeita a alguma, para não dizer muita, margem para erro, manifestando, portanto, alguma insegurança ao nível da prova.

De todo o modo, o processo penal contempla a prova por indícios ou indiciária como um dos graus de prova que se revela útil e necessário em alguns casos

---

<sup>188</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 207.

<sup>189</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 207.

<sup>190</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 207.

<sup>191</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, pp. 207 e ss., “[...] para comprovação do facto relevante.”

(excepcionais), como adiante melhor se verá, mas acaba por lhe atribuir um valor que varia de caso para caso,

[...] porque pode consentir ilações diferentes; nem todos os indícios se reduzem aos que são causa ou efeito necessário do facto probando, caso em que a prova indiciária é mais consistente<sup>192</sup>.

Assim é que o indício

[...] não tem uma relação necessária com o facto a provar, pois pode ter várias causas ou efeitos, por isso que o seu valor probatório seja extremamente variável. Um indício revela o facto a provar e revela-o com tanta mais segurança quanto menos consinta a ilação de factos diferentes.<sup>193 194</sup>

### 3.5. PROVA ANTECIPADA E PRÉ-CONSTITUÍDA

A formação do juízo ou convicção do julgador pode implicar a verificação de algumas questões algo sensíveis do ponto de vista da validade da prova, desde logo, quando a prova tenha resultado de momento distinto e anterior ao que seria de esperar, ou seja, fora da audiência de julgamento.

É o caso da chamada prova antecipada, um tipo de prova que vai buscar a sua designação e natureza ao facto de ter tido lugar em momento anterior ao geralmente exigido, ou seja, antes da realização do julgamento, de todo o modo, “[...] la diligencia ha de practicarse como si fuera una prueba en sentido propio.”<sup>195</sup>

São, de facto, situações em que por razões excepcionais e muito concretas, o legislador entendeu poder validar certas provas que seriam impossíveis de reproduzir em sede de julgamento, casos esses em que, por exemplo, as provas foram destruídas (que é o que sucede, por exemplo, em relação às apreensões de drogas, que uma vez determinada a sua quantidade, qualidade e outros aspectos a lei obriga a destruir ou ainda com os testes de alcoolemia, em que depois de determinada a respectiva taxa ou grau de alcoolemia com a qual o condutor conduzia, deixa de ser possível reproduzir essa prova).

---

<sup>192</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 208.

<sup>193</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 115.

<sup>194</sup> PAIVA, José da Cunha Navarro de - Projecto de código do processo criminal. Lisboa : Imprensa Nacional, 1874: “Art. 349.º - Os indícios ou presunções são as legítimas consequências deduzidas de factos conhecidos, dos quais se conclui a existência da criminalidade dos agentes dos crimes. Art. 350.º - Os indícios podem ser: 1.º Manifestos, próximos ou remotos, segundo tiverem uma relação necessária, directa ou indirecta com a criminalidade dos agentes dos crimes; 2.º Antecedentes, concomitantes ou consequentes, segundo se referirem a uma época anterior, actual ou posterior ao cometimento do crime.”

<sup>195</sup> ARMENTA DEU, Teresa - Medidas cautelares. In ARMENTA DEU, Teresa - Lecciones de derecho procesal penal. 7.ª ed. Madrid : Marcial Pons, 2013, p. 167.

Outro caso da prova que também tem origem fora da fase de julgamento, é a chamada prova pré-constituída, um tipo de prova que é, tal como a prova antecipada, uma prova que é produzida em momento prévio ao julgamento, designadamente, durante o decorrer dos actos de investigação (máxime, durante a fase da instrução), mas que a doutrina e a jurisprudência têm vindo a permitir incorporar o seu resultado na fase de julgamento, rompendo assim com uma margem muito significativa de situações de impunidade, atenta a impossibilidade de reprodução dessa prova, sempre e quando se respeitem aqueles que são os princípios subjacentes à fase do julgamento (oralidade, imediação, contraditório, entre outros) e aquelas que são as garantias de defesa do arguido.

Há, de todo o modo, que atender à verificação de certos requisitos gerais, desde logo, os que respeitem à presença judicial (daí que incumba ao juiz de instrução, um magistrado diferente do que presidirá ao julgamento, a direcção da fase da instrução) e ainda às garantias de defesa (presença dos respectivos mandatários das partes), de publicidade e de contraditório.

Os actos de prova, sejam eles realizados durante a fase de inquérito, da instrução ou do julgamento, terão sempre como destinatário o julgador (imediação), órgão jurisdicional através do qual, com o proferimento da respectiva decisão judicial, sentença ou acórdão, conforme se trate de uma decisão com intervenção do tribunal singular ou do tribunal colectivo, se esgota o poder jurisdicional.

O julgador assume esses actos de prova de modo a que possa formar o seu juízo ou convicção sobre a realidade dos factos

[...] sin que la consecución positiva o negativa de su fin cambie la naturaleza de la prueba, que se caracteriza por ser acto de tendencia; basta que tienda a este fin para que nos encontremos ante um acto de prueba, independientemente de si el resultado coincide con ele fin, de si el acto de prueba logro convencer al juzgador de la verdade de un hecho<sup>196</sup>.

E se os actos de prova se dirigem ao julgador, sobretudo para que este possa lograr alcançar e formar a sua própria convicção (daí que se fale em convicção pessoal) sobre a verdade dos factos, nunca poderá tal procedimento intelectual, “operación lógico-mental”<sup>197</sup>, também chamada de “labor valorativa”<sup>198</sup>, resultar da vontade das partes, devendo o julgador circunscrever-se ao resultado da respectiva produção de

---

<sup>196</sup> FENECH, Miguel - Derecho procesal penal. Barcelona : Labor, 1960, p. 612.

<sup>197</sup> FENECH, Miguel - Derecho ..., pp. 612 e ss.

<sup>198</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba penal. 2.ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2005, p. 83.

prova (regra geral, em sede de audiência de julgamento), actuando sempre em ordem à descoberta da verdade.

Pode é suceder que o ordenamento jurídico, através do conjunto de normas legais que disciplinam o regime da prova, sobretudo no que respeita à apreciação da prova, inclua normas jurídicas que refiram ao julgador a forma como este deve alcançar a convicção sobre os factos, tendo mais ou menos liberdade de apreciação, consoante o sistema de apreciação da prova a que esteja submetido (sistema das provas legais ou sistema da prova livre ou da convicção íntima).

Para que o julgador possa realizar devidamente a sua tarefa deve atender a cada um dos meios de prova produzidos, efectuando assim um “[...] razonamiento fáctico o no normativo, que muchas veces se compone de varios razonamientos encadenados, con lo que adquiere así una cierta complejidad.”<sup>199</sup>

Em função da produção dos meios de prova (prova testemunhal, prova pericial, prova documental, etc.) o julgador passará a dispor de factos que, uma vez confrontados com as regras da experiência, lhe permitirão formar um “razonamiento deductivo”<sup>200</sup>, desde logo, quando se atenda a estes meios de prova, enquanto verdadeiros veículos transmissores de factos, onde factores como a credibilidade (do depoimento de uma testemunha ou do conteúdo de um documento, por exemplo) ou a fiabilidade (considerem-se os exemplos anteriormente referidos) terão toda a importância.

Trata-se de um verdadeiro exame que “[...] supone también realizar uno o varios razonamientos fácticos o no normativos ... que también son de carácter deductivo y que asimismo adoptan la forma silogística.”<sup>201</sup>

Faz assim todo o sentido que a lei fale em meios de prova legalmente admissíveis, dos quais podem as partes socorrer-se na hora de provar os factos constantes da realidade fáctica que se pretende demonstrar em juízo, (arts. 128.º e ss., do CPP) corroborando o art.º 125.º, do CPP, que “São admissíveis as provas que não forem proibidas por lei” (norma legal que também consta do art.º 292.º, n.º 1, do CPP, onde é dito que “São admissíveis na instrução todas as provas que não forem proibidas por lei”).

Uma vez determinados de entre os factos juridicamente relevantes aqueles factos que realmente são indispensáveis para a descoberta da verdade, cuja selecção por parte

---

<sup>199</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, p. 83.

<sup>200</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, p. 83.

<sup>201</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, pp. 83 e ss.

do julgador resultou da produção dos respectivos meios de prova, “[...] para lo que ha puesto en juego las máximas de experiencia correspondientes, desechando todo aquello que se le muestra como increíble o inverosímil”<sup>202</sup>, deverá este proceder ao confronto entre os factos alegados pelas partes e, de seguida, os factos que podemos chamar de instrumentais, porque resultam da produção dos respectivos meios de prova, de modo a averiguar da correlação entre uns e outros, ou seja, da compatibilidade de uns em relação aos outros para “[...] comprobar si éstos reafirman o consolidan aquellas originarias afirmaciones o si, por el contrario, las desacreditan, las debilitan o las ponen en duda”<sup>203</sup>.

Repare-se que, além deste juízo comparativo, a valoração também tem um notável papel no âmbito da indução, ou seja, ela

[...] consiste en una labor de inducción de un hecho a partir de outro o otros hechos previamente afirmados como probados, tras la referida labor inicial de comparación. En el caso de que alguna de las afirmaciones básicas no se repute probada, así habrá de ser declarado, determinándose las consecuencias perjudiciales derivadas de esa falta de probanza en función de la aplicación del principio de la carga de la prueba<sup>204</sup>.

### 3.6. NÍVEIS DE VALORAÇÃO DA PROVA

Chegados a este ponto, será de grande ajuda aderir àquela que é a posição, que defende a existência de distintos níveis de valoração, no momento de atender ao conjunto de factos juridicamente relevantes, que o julgador considerou verosímeis ou credíveis.

Num primeiro nível trata da credibilidade que merecem ao tribunal os meios de prova produzidos e depende substancialmente da imediação e aqui intervêm frequentemente elementos não racionalmente explicáveis (v.g., a credibilidade que se concede a uma certa testemunha). Num segundo nível referente à valoração da prova intervêm as deduções e induções que o julgador realiza a partir dos factos probatórios e agora já as inferências hão-de basear-se na correcção do raciocínio, que há-de fundar-se nas regras da lógica, conhecimentos científicos e princípios da experiência, como o faz o art. 127.º do nosso Código de Processo Penal.<sup>205</sup>

O primeiro desses níveis pretende pôr em confronto e comparar, portanto, aqueles factos que foram inicialmente alegados pelas partes, com os factos provados, socorrendo-se então o julgador, como já se frisou, da produção dos respectivos meios

---

<sup>202</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, p. 92.

<sup>203</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, p. 92.

<sup>204</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, pp. 92 e ss, onde o autor fala em três níveis distintos de valoração: uma valoração primária, uma valoração secundaria e uma valoração terciaria.

<sup>205</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração da prova em processo penal. *Revista do CEJ*. Lisboa. ISSN 1645-829X. 4 (1.º semestre 2006), p. 48 e ss.

de prova, bastando-lhe, para tal, não uma certeza absoluta, mas antes um juízo de verosimilhança (daí se falar em convicção).

Só a partir dos factos, que o julgador teve conhecimento por força da produção dos respectivos meios de prova, é que poderá aferir da compatibilidade de uma versão em relação à outra, ou seja, determinar comparativamente se os factos inicialmente alegados tendem a corresponder com os factos resultantes da produção da prova.

Caso assim seja,

[...] quedarán eliminados de la labor del enjuiciamiento a desarrollar con posterioridad – además de los hechos inverosímiles – aquellos hechos que, aun siendo verosímiles, son ajenos al objeto del litigio, por no haber sido objeto de alegación por las partes contendientes<sup>206</sup>.

A conclusão a retirar deste primeiro nível de valoração é que da produção dos meios de prova indicados pelas partes (ou pelo tribunal, oficiosamente) resultará todo um conjunto de novos factos (instrumentais) que permitirá ao julgador de uma forma directa dar como provados ou não provados os factos inicialmente alegados pelas partes.

Já o segundo nível de valoração prende-se com aqueles casos em que a produção dos meios de prova (primários) não permitiu, de forma directa, dar como provados os factos alegados pelas partes.

Neste tipo de situações recorre-se, portanto aos chamados meios de prova secundários (em atenção à anterior qualificação feita a propósito dos meios de prova primários), onde cabe a prova por presunções ou prova por indícios (indiciária), consistindo esta

[...] en partir de uno o varios de los hechos probados directamente y, mediante una inducción o inferencia apoyada en la lógica vulgar o en la experiencia colectiva o, si se prefiere, en el sentido común, llegar a estimar probado el hecho afirmado por la parte, que era el que se trataba de probar<sup>207</sup>.

Este nível de valoração parece ser o que maior problema levanta, sobretudo por não recorrer aqui o julgador à via tradicional, ou seja, aos juízos de verosimilhança nos termos atrás referidos, a propósito da valoração primária.

---

<sup>206</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração ..., p. 93.

<sup>207</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração ..., p. 94, onde o autor faz referência à dificuldade de prova dos elementos subjectivos em determinado tipo de crimes, “[...] porque es muy dificultoso introducirse en la mente del sujeto agente para saber cuál era su intención o si conocía un determinado hecho o una concreta circunstancia fáctica”.

O julgador concentrar-se-á, portanto, naqueles factos que resultaram provados em função da produção dos respectivos meios de prova,

[...] para a partir de ellos inferir en el análisis de los hechos que ya se han considerado probados por alguno de tales medios de prueba, para a partir de ellos inferir el acaecimiento de otros hechos que se estiman causalmente ligados a aquéllos<sup>208</sup>.

É indiscutível o valor que tais factos possam revelar em relação aos factos que resultaram provados em virtude da produção dos meios de prova.

Tanto os factos que foram provados pelos meios probatórios tradicionais como os que foram dados como provados a partir deles, mas com recurso a juízos de inferência, apresentam processualmente o mesmo significado, residindo a única diferença no facto da prova ter sido feita de forma indirecta.

Dessa forma,

Si los hechos inferidos permiten comprobar la realidad de los hechos alegados por alguna de las partes, podrán ser considerados también como hechos probados, como si hubiesen sido probados por vía directa, y ya podrán ser fijados como tales hechos probados en la sentencia<sup>209</sup>.

Como vemos, trata-se de um nível de valoração que parte de um facto já provado, resultando obviamente da produção de um determinado meio de prova (o testemunho de uma testemunha, o conteúdo de um documento, o parecer de um perito, entre outros), instrumento esse que foi produzido de modo a poder permitir o confronto com os factos inicialmente alegados pelas partes, com a particularidade de que

La estructura lógica es la propia del razonamiento inductivo, y más en concreto de la denominada inducción reconstructiva. Esta clase de inducción permite comprobar la realidad de un hecho a partir de la prueba de la existencia de otro hecho ... poniendo en juego la máxima de experiencia correspondiente, que opera a modo de fundamento de la inducción, es factible considerar como probado un hecho siempre que haya sido previamente probado otro, con el cual está ligado en virtud de una relación de causalidad<sup>210</sup>.

Por último, tratemos do terceiro nível de valoração, a última via que assiste ao julgador, que consiste na aplicação subsidiária das regras relativas ao ónus da prova.

Interessam agora todos aqueles casos em que a prova indicada pelas partes não logrou satisfazer as pretensões por estas alegadas, ou seja, dar como provados ou como não provados determinados factos, ou então, diante daqueles casos em que a

---

<sup>208</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração ..., p. 94.

<sup>209</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração..., p. 94.

<sup>210</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração ..., pp. 94 e ss.

prova por elas indicada, se revelou verdadeiramente insuficiente ou incapaz de sustentar as suas pretensões.

As regras relativas ao ónus da prova surgem em momento posterior ao da valoração da prova e só têm lugar quando esta última se revele infrutífera, não tenha, portanto, aportado uma solução capaz de convencer o julgador, “Además, la carga de la prueba está referida solamente a la cuestión de hecho, o sea, al juicio de hecho, siendo totalmente inaplicable en materia de interpretación jurídica”<sup>211</sup>.

Não deixa de ser curioso que

[...] el problema de la carga de la prueba reside únicamente en la premisa menor del silogismo judicial ... sólo en caso de incertidumbre sobre la llamada cuestión de hecho, el juez precisa una instrucción com respecto al contenido de la sentencia que debe dictar, y esta instrucción se la dan las normas relativas a la carga de la prueba<sup>212</sup>.

Concluindo, só fracassando as distintas formas de valorar, que assistem ao julgador (os mencionados níveis de valoração), é que este poderá recorrer às normas que regulam e definem o ónus da prova, surgindo tais regras como a última solução ao dispor do julgador, para que possa criar a sua convicção sobre a verdade dos factos.

Em atenção ao objecto da análise aqui levada a cabo, dir-se-á que alguns meios de prova revestem particular importância no que concerne ao seu resultado, ou seja, aos factos que possam resultar da sua produção, sendo exemplo disso o caso da prova pericial, um meio de prova que assenta em máximas da experiência que são estranhas ao julgador, porque assentam em especiais conhecimentos, formadas em função daquela que é o saber dos técnicos e profissionais das distintas áreas.

A produção deste meio de prova não só oferece ao tribunal novos factos como

[...] aporta criterios o reglas valorativas propias de una profesión o actividad especializada, con arreglo a los cuales es posible comprender con exactitud la relevancia de aquellos hechos o de sus consecuencias<sup>213</sup>.

Estas máximas de experiência, como adiante melhor se compreenderá, poderão eventualmente ser discutidas pelos sujeitos processuais, desde logo, a questão da sua procedência ou improcedência, sendo o julgador quem profira a última decisão, uma vez que é este quem decidirá qual a máxima de experiência aplicável, tudo dentro de

---

<sup>211</sup> SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração ..., p. 96.

<sup>212</sup> ROSENBERG, Leo - La carga de la prueba. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956, p. 7.

<sup>213</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba penal. 2.ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2005, p. 79: “La aportación de los peritos se integra en la premisa mayor de cada uno de los silogismos que el juzgador há de hacer en relación con el objeto probatorio de que se trate.”

um juízo lógico e racional que não comprometa características como as respeitantes à legalidade e segurança jurídicas.

### 3.7. FACTOS QUE NÃO CARECEM DE PROVA

Ao falar-se dos factos que podem ser objecto de prova, não deixará, contudo, de ser curioso que existam também factos que não carecem de prova, pois que os mesmos fazem parte do conhecimento geral (factos notórios de conhecimento geral) ou então são conhecidos pelo tribunal em resultado do exercício das suas funções (factos notórios de conhecimento oficial)<sup>214</sup>.

Estes últimos serão de conhecimento bastante mais limitado, sobretudo por se encontrarem no domínio dos tribunais, até porque “[...] o conhecimento oficial só respeita a factos que possam ser provados por documento oficial com valor de documento autêntico (art. 169.º, do CPP), que deve ser junto ao processo”<sup>215 216</sup>(cfr. art.º 412.º, do CPC).

É esse, de facto, o alcance do art.º 412.º, do CPC, quando prevê tais factos notórios como aqueles factos que não carecem de ser alegados nem provados, não havendo, no entanto, disposição idêntica no CPP, tendo a doutrina tomado posição no sentido de tais factos não carecerem de prova, “[...] desde que a própria notoriedade do facto seja submetida ao contraditório, ou seja, a notoriedade do facto deve ser alegada ou comunicada para poder ser objecto do contraditório na audiência.”<sup>217</sup>

Ainda que estes factos notórios mereçam alguma atenção, nunca se dirá que o facto ou factos que constituem o crime (os seus elementos constitutivos) são do conhecimento geral e, nessa medida, factos notórios, pois que tais factos carecem sempre da respectiva prova.

Outro caso particular é o respeitante aos casos em que as partes admitem certos factos por acordo, situação em que o processo civil dispensa a produção de prova, salvo se não for admissível confissão sobre eles (art.º 574.º, do CPC), caso este em que também o processo penal exige, em face das razões acima aduzidas, a produção da respectiva prova.

---

<sup>214</sup> *Non potest ignorare quod publice notum est.*

<sup>215</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 121.

<sup>216</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ...*, p. 211: “[...] a junção do documento oficial é necessária, e por isso o seu valor se confunde com o que é atribuído a documentos autênticos.”

<sup>217</sup> SILVA, Germano Marques da - *Curso ...*, Vol. 2, p. 120, onde o autor fala numa espécie de ónus de alegação da notoriedade do facto.

Por último, atente-se na situação em que o arguido confesse os factos que lhe são imputados, situação em que a lei processual penal dispensa o mesmo da prova relativa aos factos imputados, considerando-os como provados (art.º 344.º, do CPP).

É, de facto, uma situação excepcional, e dentro desse circunstancialismo caberá sempre ao tribunal a última palavra, uma vez que este avalia segundo a sua livre convicção a confissão do arguido, que deve ser integral e sem reservas (art.º 344.º, n.º 2, do CPP)<sup>218</sup>.

Ao olhar para a prova enquanto meio através do qual o julgador formará a sua convicção sobre a realidade dos factos, concebe-se esta enquanto resultado.

Existe, de todas as maneiras, uma nuance que importa referir, mais uma vez, a que se prende com a exigência de distintos graus de prova, onde interessam conceitos como os de indícios e de indícios suficientes (vd., por exemplo, os arts. 277.º, 283.º, 298.º e 302.º, todos do CPP).

Deve assim ter-se presente a distinção entre, por um lado, indícios e, por outro lado, factos que se destinam a provar (*iter probatorium*), pois que tanto uns como outros não têm que estar obrigatoriamente relacionados, podendo o indício “[...] ter várias causas ou efeitos, por isso que o seu valor probatório seja extremamente variável.”<sup>219</sup>

Como já foi referido, os indícios integram a chamada prova indirecta ou indiciária e, portanto, constituem a chamada prova em segundo grau, uma vez que nessas circunstâncias a prova não incide directa e imediatamente sobre os factos que se pretendem provar (tema probatório).

Nessa categoria, a da prova indiciária, os indícios poderão estar, consoante o seu grau, mais ou menos próximos da prova directa, isto por tais indícios se poderem classificar em indícios necessários ou em indícios prováveis ou possíveis.

Se o facto a provar resultar, necessária e inevitavelmente de uma única causa ou circunstância, falar-se-á então de indícios necessários e aqui, obviamente, o seu valor probatório assemelha-se e aproxima-se do da prova directa, já se o facto a provar puder resultar do que mais de uma causa, estarão em causa indícios prováveis ou possíveis.

---

<sup>218</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 121: “[...] não tem, porém, por efeito necessário a limitação do objecto da prova, ela própria é um meio de prova sujeita à livre apreciação do tribunal [art. 344.º, n.º 3, al. b)].”

<sup>219</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 115.

Para dar consistência à prova será então necessário afastar toda a espécie de condicionamento possível do facto a provar menos um. A prova só se obterá, assim, excluindo, por meio de provas complementares, hipóteses eventuais e divergentes conciliáveis com a existência do facto indiciador. Por meio destas investigações poderá transformar-se a mera possibilidade, que o indício revela, em necessidade.<sup>220</sup>

Daí que a valoração da prova indirecta ou indiciária não seja fácil e comporte algumas dificuldades, implicando tal tarefa, desde logo,

[...] distinguir-se claramente a prova por indícios, por uma parte, e a dedução lógica, o juízo de relação necessária que há-de estabelecer-se entre o indício e os factos que constituem elementos ou circunstâncias do crime e que relevam para efeitos de determinação da responsabilidade penal do arguido e responsabilidade civil dos civilmente responsáveis, por outra<sup>221</sup>.

Quanto à matéria dos indícios será ainda de fazer notar o tratamento que a lei processual penal dá a este grau de prova, sobretudo aos arts. 327.º, n.º 2 e 355.º, ambos do CPP, normas legais através das quais se destaca o direito ao contraditório, e ainda, a importância da necessidade e obrigatoriedade da prova dever ser produzida e examinada em audiência de julgamento (imediação).

Está em causa assim a validade da prova, todo um circunstancialismo que deve verificar-se para que o julgador possa formar a sua convicção sobre a realidade dos factos, podendo mesmo afirmar-se que sem se verificar o respectivo contraditório em relação às provas apresentadas em audiência, e sempre que estas não hajam sido produzidas ou examinadas durante este momento processual, não poderá o julgador servir-se delas para a formação da sua convicção.

É em sede de audiência de discussão e julgamento que o tribunal decidirá, em função da prova produzida e examinada, se os factos que se pretendem demonstrar, quer pela defesa quer pela acusação, estão ou não provados, e até lá “[...] os meios probatórios podem ter um valor indiciador, servirem para formar uma suspeita, mas não para a prova dos factos.”<sup>222</sup>

Assim, mesmo que esteja em causa o mesmo meio de prova (por exemplo, uma prova documental), este poderá encontrar diferentes classificações valorativas (indício ou prova), ora respeite as exigências legalmente estabelecidas, o exercício do contraditório em audiência, ora não as respeite.

---

<sup>220</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 115.

<sup>221</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, pp. 115 e ss.

<sup>222</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 115.

### 3.8. ACTOS DE INVESTIGAÇÃO VERSUS ACTOS DE PROVA

O processo penal, quando analisado e contemplado na perspectiva da prova, pode ser separado em duas fases, a primeira denominada de investigação e, a segunda, denominada de juízo.

Quer através da fase de investigação, quer através da fase do juízo, o que sucede é que do seu exercício resultam factos, os quais se destinam a permitir ao julgador alcançar a descoberta da verdade (material).

Na fase de investigação, que teve lugar com a *notitia criminis*, os actos aí praticados destinam-se a comprovar essa notícia que, a ser comprovada, conduzirá à realização do julgamento.

São, de facto, verdadeiros actos de investigação ou actos probatórios que estão ao dispor das partes e do julgador (sujeitos processuais).

Já no que ao juízo concerne, estarão em causa outro tipo de actos, não de natureza investigatória, mas antes verdadeiros actos de prova, cuja produção visa essencialmente lograr criar no julgador a evidência ou não evidência da verificação dos factos.

Assim, em função dos factos alegados pelas partes e ainda em ordem aos factos resultantes da produção dos meios de prova, o julgador alcançará uma convicção sobre esses mesmos factos.

Será relevante fazer notar que os actos de investigação, apesar da sua natureza e finalidade, encontram-se intimamente ligados aos actos de prova<sup>223</sup>, podendo de todo o modo afirmar-se, quanto aos segundos, uma maior preocupação por aquele que é o cumprimento das garantias constitucionais em matéria de prova.

Acresce ainda o facto de que a convicção do julgador não se bastará, como adiante melhor se verá, com simples actos de investigação, exigindo, em detrimento destes, actos de prova, máxime, os que tenham lugar durante a fase de julgamento.

Portanto, só com base em provas ou actos de prova é que se poderá falar em decisões condenatórias, casos em que perderá eficácia a chamada presunção de inocência, a qual ganha particular relevo em relação aos actos de investigação.

---

<sup>223</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús [et al.] – *Derecho ...*, p. 489, onde o autor fala num encadenamiento espacio-temporal.

Só muito excepcionalmente é que se poderá firmar em sede de audiência de julgamento uma prova, que tenha resultado das fases processualmente anteriores, e que, dessa forma, seja consequência de actos de investigação, de todo o modo, obedecendo a apertados requisitos, como os que respeitam ao contraditório e à imediação.

Quer isto dizer que a prova configurada nestes termos, por ser anterior à fase de julgamento e, nesse sentido, que não resulta de actos de prova, deve ser posta à disposição da parte contrária de modo a poder ser exercido o respectivo direito ao contraditório, acrescentando ainda o facto de tal prova, não ter sido vista nem ouvida pelo tribunal que há-de apreciá-la.

No seguimento desta breve distinção entre actos de investigação e actos de prova será importante voltar a frisar que incumbe às partes determinar o *thema probandi*, o que será feito através da alegação de factos, por um lado, constitutivos da pretensão das partes ou, por outro lado, impeditivos ou extintivos daquela que é a pretensão penal.

Estes factos alegados pelas partes são, assim, factos que surgem em função de outros factos que previamente foram determinados, nomeadamente, os resultantes da fase de investigação, agora transportados para a fase de instrução (se ela tiver lugar), onde as partes assumem um papel preponderante na hora de determinar o objecto da prova.

Note-se que os actos de investigação não têm, como facilmente se depreende, a natureza de provas, mas podem, dentro de certos condicionalismos, ser introduzidos na fase de julgamento e aí ser considerados provas (que é o que sucede com várias diligências, como é o caso das escutas telefónicas).

É de extrema relevância a questão respeitante à falta de prova, casos em que a lei, através das normas jurídicas, determinará a quem incumbe o dever de fazer prova de um determinado facto (ónus da prova).

Trata-se de determinar os efeitos que a lei atribui àqueles casos em que as partes não lograram fazer prova de determinados factos.

A ideia que deve reter-se é a de que ao processo penal não interessará se a prova resulta do que foi alegado pela defesa ou pela acusação, mas antes que quem alega faça prova desses factos.

Já se uma das partes alega factos cuja prova não lhe é possível demonstrar, funcionam as mencionadas regras do ónus da prova, as quais relevam no direito processual penal quanto à acusação, ou seja, relativamente ao M.P, a quem incumbe fazer prova da pretensão punitiva.

O suspeito ou o arguido não têm, pois que provar a sua inocência, a qual é presumida por força da lei (princípio da presunção de inocência), cabendo antes à acusação fazer prova de que estes são culpados.

Se a lei fizesse recair sobre o suspeito ou o arguido este dever (ónus) de fazer prova da sua inocência, poderia mesmo falar-se de uma prova diabólica.<sup>224</sup>

A presunção de inocência assume extrema relevância quando perspectivada na óptica não só daqueles casos em que o arguido nega a acusação, mas também naquelas situações em que entre os co-arguidos são proferidas versões contraditórias, ou seja, um deles nega a acusação e o outro assume a imputação.

Pelas razões acima descritas nunca poderia o co-arguido que nega a acusação contra ele movida pela acusação, fazer prova de tal facto, o que mais das vezes lhe seria impossível, e que por se tratar de um facto negativo, a lei decidiu não ser este a quem cabe fazer a sua prova, mas antes à acusação.

Estas normas jurídicas de que aqui se fala

[...] que regulan la carga de la prueba establecen cuál de las partes, si a la acusación o la defensa, les corresponde realizar la actividad de la prueba sobre tales hechos controvertidos (carga de la prueba em sentido formal), o cuál de ellas há de soportar los efectos desfavorables de la sentencia en el supuesto de que alguno de los citados hechos no resultara suficientemente probado en el juicio (carga de la prueba em sentido material)<sup>225</sup>.

Todavía, ainda que seja útil a distinção entre ónus da prova em sentido formal e ónus da prova em sentido material, não deixará de salientar-se o facto do primeiro destes sentidos não poder relevar no âmbito do processo penal.

Tal afirmação prende-se com o respeito e cumprimento por aqueles que são os princípios gerais que vigoram no processo penal, designadamente, o princípio da

---

<sup>224</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado ..., p. 825, “[...] no es posible la prueba de los hechos negativos y, por ello, no es admisible ni correcto exigir al acusado que pruebe las negaciones, pues, esto implicaría una inversión de la presunción constitucional de inocencia, aparte de resultar una prueba imposible.”

<sup>225</sup> PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús [et al.] – Derecho ..., p. 492.

investigação, o que coloca no tribunal a dura e difícil tarefa de esclarecer a verdade dos factos.

Referir ainda que a acusação, personificada na figura do M.P., actua no estrito cumprimento da legalidade, o que conduz ao entendimento deste nunca poder tomar prévio partido pela condenação do suspeito ou do arguido, exigindo-se-lhe antes que mantenha uma posição de imparcialidade entre o que deva ser uma possível decisão absolutória ou condenatória.

Por último, mas não menos importante, a chamada presunção de inocência, a qual também por aplicação directa e imediata da lei, leva a desconsiderar o ónus da prova em sentido formal.



## **4. LIMITES À LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA**

### **4.1. APRECIÇÃO DA PROVA**

#### **4.1.1. JUÍZO VALORATIVO**

Quando o objecto da prova é delimitado pelo conjunto dos factos a que a lei designa por juridicamente relevantes, isto quer significar que ao direito não interessa todo e qualquer facto, mas apenas aqueles factos que tenham sido logrados demonstrar dentro daquelas que são as regras do processo.

“Demonstrar a realidade dos factos que interessa conhecer para a aplicação do direito é alcançar um juízo de certeza sobre esses factos, ou seja, a verdade. Verdade é a correspondência do juízo formado com a realidade”<sup>226</sup>.

A tarefa que assiste aos julgadores, nomeadamente, aos magistrados, quer os judiciais, quer os do MP, é a de conseguir alcançar essa verdade, a qual não será certamente absoluta, mas antes ancorada naquilo que sejam os conhecimentos, as vivências e a experiência do julgador, o que permitirá formar uma determinada convicção.

A verdade que interessa ao processo é uma verdade em sentido material (e não formal), capaz de lograr criar no julgador uma convicção da realidade dos factos, contemplando assim aquela que possa ser a margem de erro a que o julgador não é estranho.

A este nível torna-se igualmente útil a distinção entre o juízo histórico e o juízo lógico, no fundo, mecanismos intelectuais de que se socorre o julgador, mas que geram obrigatoriamente soluções diferentes, mais ou menos seguras.

O juízo histórico atende à própria situação em concreto, debruça-se, de facto, sobre a própria realidade, a verificação dos factos, e assim o seu objecto são as premissas, o que leva inevitavelmente ao aumento da margem para erro, por parte do julgador, na hora de alcançar um determinado juízo.

Já o juízo lógico oferece mais garantias, fugindo ao carácter de relatividade do anterior juízo, o que faz de forma bastante particular, pois tal juízo deixa de respeitar à

---

<sup>226</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, p. 204.

verificação das premissas para passar antes a dar estas como verificadas (e nessa medida é hipotético) “[...] e incide sobre a relação daquelas com a conclusão.”<sup>227</sup>

“Daqui deriva que a demonstração da realidade seja então equivalente à demonstração da verdade que o juízo humano pôde alcançar; a uma certeza, que pode ser uma opinião de certeza, ou seja, uma convicção.”<sup>228</sup>

O percurso que a matéria probatória tem percorrido, desde logo, a questão que se prende com a apreciação ou o juízo sobre a prova, tem sido planeado e estruturado no sentido de se ir pondo termo aos eventuais erros ou irregularidades, que pudessem vir a existir no momento do julgador formar a sua convicção, a qual tanto mais exacta será, quanto mais próximo da verdade (material) estiver o julgador.

Presentemente será importante dar conta do que foi o contributo dos modelos das provas legais e da livre convicção do juiz ou da prova livre, sistemas de apreciação da prova contrários (mas não totalmente compatíveis) e que ganham especial notoriedade, quando aplicados à fase do julgamento, momento determinante para a apreciação e consequente valoração das provas que irão conduzir o julgador, de forma mais ou menos livre, à formação da sua convicção sobre a realidade dos factos.

Ainda quanto aos factos juridicamente relevantes, diga-se que os mesmos constituem o chamado tema da prova<sup>229</sup>, ou seja, inserem-se naquele conjunto de factos que serão levados a juízo e que deverão, dessa forma, ser provados (factos probandos)<sup>230</sup>, não existindo aqui, como sucede no processo civil, qualquer ónus de afirmação<sup>231</sup> dos factos pelas partes (princípio do dispositivo)<sup>232</sup>.

Em julgamento só podem ser provados factos que fundamentem a responsabilidade penal ou a agravação que constem da acusação recebida pela pronúncia; os factos que excluam ou atenuem a responsabilidade penal podem ser provados em julgamento, mesmo quando não tenham sido alegados pela defesa<sup>233</sup>.

---

<sup>227</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204.

<sup>228</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204., onde o autor também refere haver uma “[...] estreita correlação entra a noção de prova e a apreciação ou juízo sobre a prova”.

<sup>229</sup> Nele não cabe o direito nem as normas de direito.

<sup>230</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 206, “(...) podem, sobretudo, distinguir-se em razão do efeito jurídico que condicionam, e serão factos constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos da responsabilidade penal.”

<sup>231</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 204., alertando-se, de todas as formas, para os limites resultantes da acusação ou da pronúncia.

<sup>232</sup> *Judex debet judicare secundum allegata et probata, non secundum constientiam suam.*

<sup>233</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - *Curso ....*, Vol. 2, p. 206.

Outra distinção que tem sido feita quanto aos factos a provar, e que no fundo funciona também como critério valorativo, prende-se com a sua separação entre factos principais e factos acessórios, que poderão distinguir-se

[...] consoante são condicionantes da decisão, pressupostos da aplicação da lei substantiva, ou se referem à força probatória dos meios de prova que constituem o objecto do processo<sup>234</sup>.

Acresce ainda a distinção entre factos interiores (como é o caso do dolo ou do erro) e factos exteriores (como sejam uma determinada acção ou um dado evento), residindo a diferença no facto dos primeiros actuarem ao nível do intelecto, são psíquicos, portanto<sup>235</sup>, e os segundos se prenderem com acontecimentos ou situações que fazem parte do mundo exterior.

O tema da prova, além de comportar os factos juridicamente relevantes, que constituem, como se viu, o objecto da prova, reúne e concentra ainda outro tipos de factos, assim aqueles “[...] com base nos quais se pode inferir a existência de factos que constituam objecto do processo ou factos que revelem a idoneidade de meios de prova.”<sup>236</sup>

Deve, por último, dar-se um breve esclarecimento quanto à delimitação do objecto do processo, pois que se durante a fase de inquérito, o MP, enquanto detentor e titular legítimo da acção penal, ainda não definiu o objecto do processo, já nas fases seguintes, nomeadamente, na da instrução (quando tenha lugar) e da acusação, o processo ganha já importantes contornos, sendo certo que “[...] vai normalmente posto pela acusação e pela defesa e pode ser excepcionalmente posto pelo tribunal.”<sup>237</sup>

A apreciação e conseqüente valoração da prova que tenha lugar por parte do julgador é materializada no momento em que este profere a decisão judicial, seja ela uma sentença ou um acórdão, acto através do qual se esgota o poder jurisdicional do julgador.

Assim, ao elaborar a sentença ou o acórdão, o julgador dela fará constar os fundamentos objectivos da sua motivação racional, sempre em atenção à prova que foi produzida durante a audiência de julgamento (e excepcionalmente em fases prévias, quando se trate de prova antecipada ou pré-constituída).

---

<sup>234</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p. 119.

<sup>235</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p. 119: “A maior parte das vezes os actos interiores não se provam directamente, mas por ilação de indícios ou factos exteriores.”

<sup>236</sup> FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso ..., Vol. 2, pp. 206 e ss.

<sup>237</sup> SILVA, Germano Marques da – Curso ..., Vol. 2, p. 119: “[...] sendo, porém, a *notitia criminis* que condiciona a investigação e correspondente recolha de meios de prova”.

O julgador realiza estas operações a partir do critério que o legislador entendeu ser o atendível e necessário no momento da apreciação dos factos, ou seja, em função das máximas da experiência, as quais são caracterizadas, como adiante melhor se verá, pelo seu carácter geral e abstracto e por aquilo que é a experiência do julgador.

Sabendo que a apreciação da prova exige que o julgador se socorra e ampare nas máximas da experiência, não menos importante será ter presente que outros critérios existem e que devem ser atendidos na hora de apreciar a prova produzida em juízo.

Nesta operação levada a cabo pelo julgador, além das máximas da experiência deverão ainda ter-se em conta as chamadas regras da lógica, os conhecimentos científicos e ainda os factos notórios.

Quanto às regras da lógica, elas referem-se ao raciocínio, mais concretamente aos critérios de dedução e de indução.

Através do método dedutivo partimos do universal para o particular, ou seja, da dedução do universal inferimos o particular, contrariamente ao que sucede no método indutivo, onde partimos do particular para chegar ao universal<sup>238</sup>.

Já os conhecimentos científicos prendem-se com conhecimentos que ao tribunal não é possível ter, uma vez que se trata de matéria que foge ao seu alcance, a qual necessita comprovar mediante científicos especializados (que é o que sucede em relação à prova pericial, onde o juízo emitido pelo perito escapa à livre apreciação do julgador).

Por último, os factos notórios serão aqueles factos cujo conhecimento, como já se disse, encontra-se suficientemente difundido, ou seja, são factos que são do conhecimento geral das pessoas e, nessa medida, são públicos.

Note-se que quanto aos factos notórios existe uma particularidade, pois que o julgador tanto poderá atender a eles enquanto pessoa (conhecimento pessoal) e, portanto, destituído da sua condição de julgador, e ainda como julgador (conhecimento oficioso).

Pode então falar-se em factos notórios de carácter geral e em factos notórios de carácter judicial, sendo que quanto aos primeiros

---

<sup>238</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo – *Tratado* ..., p. 1371: “Por lo general se infringen las reglas de la lógica cuando existen errores en la construcción del silogismo por el que el Tribunal afirma un determinado hecho.”

[...] basta su conocimiento por un círculo local limitado de personas, y aun por una clase determinada de población, pero no por un grupo profesional. El conocimiento privado del juez no sólo no basta para la notoriedad, sino que hasta perjudica; pues en este caso el juez, en cuanto al objeto de su conocimiento, debería intervenir en calidad de testigo, y entonces quedaría excluido del ejercicio de su función judicial<sup>239</sup>.

De todas as maneiras, o facto notório, para que possa valer no processo, deve ser submetido ao respectivo contraditório (em sede de audiência de julgamento).

São factos que não carecem de prova, mas que de todas as maneiras podem levantar alguns problemas no momento de determinar o que deve ser entendido, por um lado, por facto notório e, por outro lado, por conhecimento privado do juiz.

A questão da apreciação e consequente valoração da prova é, nos dias de hoje, um dos temas mais importantes e decisivos do moderno direito penal liberal<sup>240</sup>.

O julgador, ao apreciar as provas, que lhe são apresentadas em juízo, percorrerá distintas etapas<sup>241</sup>, sendo que o que definirá esta sua tarefa destinada à valoração da prova, será a busca da já referida verdade material (princípio do conhecimento amplo dos factos), em ordem a que este possa afastar qualquer dúvida no momento de formar a sua convicção.

É assim extremamente importante a remissão que anteriormente se fez em relação à necessidade de se atender à realidade do caso concreto (em detrimento do carácter geral e abstracto das normas legais de valoração da prova), não podendo nunca o actual sistema de valoração da prova livre ser alheio a esta questão, relevando a este nível aspectos como a credibilidade dos meios de prova<sup>242</sup> carreados para o processo, como por exemplo, a credibilidade de um documento que é apresentado em juízo, a credibilidade do depoimento de uma testemunha, entre outros.

Joga aqui sem dúvida um importante papel a experiência, as próprias vivências do julgador, pois que a este nível ganha especial destaque a convicção pessoal de que atrás se falava.

Questão também relevante quanto à valoração da prova será aquela que respeita à intervenção suscitada, quer pelas deduções quer pelas induções, podendo estas, de

---

<sup>239</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado ..., p. 1371.

<sup>240</sup> COBO DEL ROSAL, Manuel - Tratado de derecho procesal penal español. Madrid : Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008.p. 686.

<sup>241</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 151, onde o autor fala em níveis.

<sup>242</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 151, referindo ainda o autor que tal nível do juízo sobre a valoração da prova “[...] depende substancialmente da imediação e aqui intervêm elementos não racionalmente explicáveis (v.g., a credibilidade que se concede a um certo meio de prova)”.

facto, ser consideradas verdadeiras “operações mentais” através das quais o julgador, atendendo ao conjunto dos factos que lhe são apresentados em juízo, sujeitos, dessa forma, à prova, e àquilo que são as regras da experiência<sup>243</sup>, infere, de modo a poder decidir em obediência ao conjunto dos princípios que definem o processo penal.

Será pertinente trazer ainda à colação um importante critério necessário para o julgador e, conseqüentemente, o tribunal, lograr alcançar a sua convicção, o qual se traduz em que o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável<sup>244</sup>.

Para um melhor entendimento acerca do juízo sobre a valoração da prova será necessário entrar na análise da disciplina da prova, o que passa de imediato a fazer-se, abordando, desde logo, o juízo de certeza que interessa realmente ao processo penal.

A primeira abordagem que deve ser feita é no sentido de enfatizar a ideia de que a prova carece do processo para que possa, de facto, encontrar a sua razão de ser, pois que é através de fases como a da instrução<sup>245</sup> e do julgamento que ela encontra sentido e eficácia.

Assim, “[...] si las pruebas sirven al juicio, quiere ello decir que las pruebas son instrumentos para medir el valor. Lo cual, si bien se mira, es precisamente el resultado de la experiencia del proceso, y en particular del proceso penal.”<sup>246</sup>

Será também necessário delimitar aquele que possa ser o sentido da prova de que aqui se trata, uma vez que a mesma pode apresentar distintas significações, como anteriormente se referiu.

Ao prendermo-nos com aspectos e matérias respeitantes à formação do juízo ou convicção do julgador estamos, portanto, a conceber a prova como resultado, e não como meio de prova ou actividade probatória.

---

<sup>243</sup> SILVA, Germano Marques da - Curso ..., Vol. 2, p. 152: “[...] e agora já as inferências não dependem substancialmente da imediação, mas hão-de basear-se na correcção de raciocínio, que há-de fundamentar-se nas regras da lógica, princípios da experiência e conhecimentos científicos.”

<sup>244</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito ..., p. 205.

<sup>245</sup> Ainda que se trate de uma fase facultativa que só pode ter lugar por iniciativa do assistente ou do arguido (art.º 287.º do CPP).

<sup>246</sup> CARNELUTTI, Francesco - Cuestiones sobre el proceso penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, pp.86 e ss.

Não estamos, de facto, a abordar a prova enquanto “[...] o acto ou o conjunto de actos que irão conduzir a entidade decisora a formar a sua convicção”<sup>247</sup>, nem enquanto “[...] instrumento utilizado para formar a convicção do tribunal”.<sup>248</sup>

Essa convicção de aqui se trata existirá, como anteriormente se sublinhou, quando

[...] o tribunal tenha logrado convencer-se da verdade dos factos para além de toda a dúvida razoável ... um processo que só se completará quando o tribunal, por uma via racionalizável ao menos *a posteriori*, tenha logrado afastar qualquer dúvida para a qual pudessem ser dadas razões, por pouco verosímil ou provável que ela se apresentasse<sup>249</sup>.

A formação do juízo ou convicção da entidade decisora é um procedimento que comporta várias fases “[...] que integran el juicio de hecho, y que consisten en la valoración judicial de la prueba realizada com respecto a los hechos alegados y en la fijación judicial de los hechos probados”<sup>250</sup>.

Para o julgador formar o seu juízo ou convicção deverá atender, em primeiro lugar, aos factos alegados pelas partes, e, em segundo lugar, aos que possam advir do conhecimento do próprio tribunal.

O problema que se coloca é precisamente o aspecto temporal que está associado aos factos “en bruto”<sup>251</sup>, que são trazidos ao conhecimento do tribunal, uma vez que os mesmos respeitam a uma realidade anterior, já vivida, e, portanto, que faz parte do passado, impossível de poder ser no imediato (sem o recurso à sua constituição factual) apreciada pelo julgador.

A realidade dos factos que é levada ao conhecimento do julgador é, nesse sentido, uma realidade mediada, o que é feito em função da versão que os sujeitos fazem chegar ao tribunal ao alegarem os factos que sustentam as suas pretensões.

Tanto os sujeitos processuais como os demais intervenientes processuais (como por exemplo, as testemunhas ou os peritos), ao construírem a sua versão factual da realidade realizam “[...] juicios fácticos (al igual que, como se verá en su momento, existen también juicios jurídicos).”<sup>252</sup>

---

<sup>247</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 135.

<sup>248</sup> EIRAS, Henrique, coment. - O princípio ..., p. 135.

<sup>249</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo - *Direito ...* p. 205, “(...) um critério prático adequado, de que se tem servido com êxito a jurisprudência anglo-americana”.

<sup>250</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...* p. 70, onde o autor fala em “juicio de hecho”.

<sup>251</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...* p. 70.

<sup>252</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...* p. 71: “[...] y además existen juicios fácticos judiciales, que el juzgador desarrolla en la sentencia a partir de los hechos o juicios fácticos efectuados por las partes, y

#### 4.1.2. JUÍZO DE FACTO

O juízo judicial tem por base factos que enformam o processo e, nessa medida, antes do julgador aplicar qualquer norma é-lhe exigido delimitar os factos que devam constituir o objecto do processo, pois que

[...] antes de proceder a aplicar el Derecho es preciso realizar una labor de depuración de los hechos aducidos por las partes o aportados por los diversos medios probatorios, perfilando exactamente aquéllos sobre los que en definitiva há de recaer el juicio judicial a plasmar en la sentencia<sup>253</sup>.

Para a realização desta função delimitativa do objecto do processo, o julgador socorre-se da chamada actividade valorativa, através da qual são confrontados os factos alegados pelas partes, os quais constituem a *causa pretendi*, submetendo-os, posteriormente, à correspondente prova, para que assim se possa aferir da sua verdade.

O julgador, através do desempenho desta actividade probatória, além de delimitar os factos que realmente interessam ao processo, realiza também uma outra tarefa, passando então, depois de comprovar a verdade dos factos, a dispô-los (fixa os factos provados, a chamada matéria assente) de modo a poderem ser submetidos às correspondentes normas jurídicas.

Depois de delimitados os factos, que interessam à discussão da causa e que constituem assim o objecto do processo, produzir-se-á a correspondente prova dos mesmos, permitindo assim ao tribunal, representado na figura do julgador, avaliar da sua veracidade.

Encontramo-nos num momento em que os factos foram já introduzidos ou incorporados no processo e, nessa medida, estão em condições de ser submetidos à correspondente actividade probatória.

Em função desses factos e da respectiva produção de prova dos mesmos, o juiz deter-se-á na avaliação dessa produção de prova, fixando assim os factos que entender terem sido devidamente provados.

---

que están referidos a la valoración de la prueba practicada por las partes y a la fijación en la sentencia de los hechos probados”.

<sup>253</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, p. 67.

Atente-se agora nos momentos ou fases de que atrás se falava, quanto ao juízo de facto, começando por tratar daquilo que são os factos alegados pelas partes<sup>254</sup>, os quais podem realmente afirmar-se constituírem a primeira fonte da actividade probatória, pois que quando as partes, os distintos sujeitos processuais, alegam factos não estão a fazer mais do que proporcionar ao julgador matéria-prima para a tarefa posterior de apreciação da prova que a lei lhe exige.

Se aos sujeitos processuais corresponde uma actividade probatória, em função da qual deverão fazer prova dos factos alegados em juízo, já ao julgador caberá uma função valorativa, através da qual avaliará a prova produzida, fixando, em função dessa prova e dos demais meios ao seu dispor, os factos que considere terem sido provados.

O julgador não é, assim, um receptor imediato dos factos, pois que estes, quando lhe são dados a conhecer

[...] tal y como han sucedido en la realidad, en tanto en cuanto son hechos pasados, no pueden ser objeto de contemplación directa o inmediata por las mismas partes litigantes en el momento de iniciarse el litigio, ni tampoco son susceptibles de apreciación inmediata y personal por parte del juzgador<sup>255</sup>.

Neste sentido, quando o julgador toma conhecimento dos factos, fá-lo de forma mediata, através daquilo que são as alegações das partes, que são carreadas para o processo através da acusação (M.P.), do próprio suspeito ou arguido, e ainda através de terceiros (por exemplo, o depoimento de uma testemunha).

Trata-se, independentemente da forma que assuma, de um conhecimento que é transmitido ao julgador através de um juízo humano, ou seja, a partir da versão que o magistrado do M.P., o suspeito ou arguido, e a própria testemunha tenham dos factos.

E além de se tratar de um juízo humano, trata-se também de um juízo fáctico, porque assenta na versão que as partes julgam ser a que corresponde à verdade, a que, de facto, transmitem e alegam, através do processo, ao julgador.

Exemplos destes juízos fácticos podem ser aqueles juízos que resultem das alegações das partes (por exemplo, a alegação de factos realizada pelo arguido ao contestar a acusação que é movida contra ele), bem como os alegados por uma testemunha (o

---

<sup>254</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba ...., p. 67, onde o autor fala também de afirmaciones básicas o rectoras del proceso.

<sup>255</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba ...., p. 70.

depoimento de uma testemunha em juízo) ou ainda os que resultem da junção de um documento ao processo (destinado a fazer prova de um determinado facto).

Mas podem ainda existir, além deste tipo de juízos fácticos, os chamados juízos fácticos judiciais

[...] que el juzgador desarrolla en la sentencia a partir de los hechos o juicios fácticos efectuados por las partes, y que están referidos a la valoración de la prueba practicada por las partes y a la fijación en la sentencia de los hechos probados<sup>256</sup>.

A segunda fonte da actividade probatória será a que resulta dos factos resultantes da produção dos meios de prova<sup>257</sup>.

Os factos, tal e como aconteceram na realidade, para que possam fazer parte do processo, deverão, regra geral, ser alegados pelas partes, deixando assim, de facto, de serem factos pertencentes ao passado para passarem a ser factos actuais.

Agora, a questão que se coloca, é a da evidência, do convencimento, que o julgador possa ter destes factos actuais alegados pelas partes, a qual só com a produção dos meios de prova será devidamente apurada,

[...] por lo que para que éste pueda admitirlos como existentes, y para que tales hechos puedan desplegar la eficacia jurídica que de ellos se pretende, precisan de una justificación racional sobre la realidad de su acaecimiento, la cual se consigue por medio de la actividad probatoria<sup>258</sup>.

Do confronto entre, por um lado, as alegações das partes e, por outro lado, os respectivos meios de prova, que se destinam a fazer prova dessas alegações, resultarão os chamados factos instrumentais que, uma vez comparados com as alegações iniciais das partes, permitirão ao julgador optar pela evidência ou não evidência dos factos inicialmente carreados para o processo.

Ainda no que respeita à actividade probatória deve dizer-se que os factos instrumentais poderão ser tanto de ordem puramente fáctico (daí se falar em factos puros, aqueles que resultam da produção de meios de prova como o são, por exemplo, a prova testemunhal e a prova documental) como também estar

---

<sup>256</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba ..., p. 71.

<sup>257</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba ..., p. 72, onde o autor fala em afirmaciones instrumentales o probatorias.

<sup>258</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - La prueba ..., p. 72.

relacionados, referindo-se inclusive, às chamadas máximas da experiência<sup>259</sup> (onde cabe, por exemplo, a prova pericial).

#### 4.1.3. JUÍZO DO PERITO

A prova pericial surge no ordenamento jurídico português como um dos vários meios de prova de que podem socorrer-se os sujeitos processuais na hora de realizar a respectiva produção de prova.

Trata-se de um meio de prova que “[...] visa facilitar a apreciação ou a definição dos factos concretos numa situação controversa a que há que aplicar direito.”<sup>260</sup>

É a partir do art.º 151.º do CPP (capítulo VI, título II, livro III) que é prevista e regulada a prova pericial, enquanto um dos meios de prova, que se encontram ao dispor do julgador, como sucede também, por exemplo, em relação à prova documental, à prova por acareação<sup>261</sup> ou ainda quanto à prova por reconhecimento<sup>262</sup>, instrumentos fundamentais para a descoberta da verdade que estão ao dispor não só do tribunal como também das próprias partes.

Como já se fez notar, o julgador nem sempre será detentor de um conhecimento absoluto sobre os factos que lhe são apresentados em juízo e que constituem, portanto, o objecto do processo, sendo então necessário chamar a juízo, à discussão da causa, quem possua especiais conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos sobre tais factos.

Assim, sempre que esteja em causa a percepção ou a apreciação de factos que exijam esses especiais conhecimentos poderá ter lugar a prova pericial (vd. art.º 151.º, do CPP), meio de prova através do qual o perito elaborará um relatório ou exame pericial (também denominado por laudo pericial), onde emitirá um juízo o qual escapa, regra geral, ao princípio da livre apreciação da prova consagrado no art.º 127.º, do CPP<sup>263</sup>.

Importa distinguir o momento ou fase processual em que a perícia seja ordenada, uma vez que a competência (“o poder”)<sup>264</sup> para a sua realização tanto pode residir no MP,

---

<sup>259</sup> CLIMENT DURÁN, Durán - *La prueba ...*, p. 75: “[...] para poder valorar o entender mejor algún hecho concreto, e incluso pueden constituir el soporte fáctico preciso a partir del cual inducir racionalmente la existencia de algún otro hecho.”

<sup>260</sup> SANTOS, Gil Moreira dos - *Princípios ...*, p. 222.

<sup>261</sup> Art.º 146.º do CPP.

<sup>262</sup> Art.º 147.º do CPP.

<sup>263</sup> Cfr. art.º 171.º do CPP.

<sup>264</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 427.

como acontece durante a fase de inquérito (art.º 270.º, n.º 2, al. b), do CPP), como no juiz de instrução, durante a fase de instrução ou ainda no juiz presidente, como sucede durante a fase de julgamento.

Será necessário ter presente que, durante a fase de inquérito, incumbe ao MP dirigir os actos processuais que venham a praticar-se em ordem à descoberta da verdade, sendo ele, de facto, o titular da acção penal, não podendo mesmo delegar essa competência, por exemplo, na autoridade de policia criminal, salvo em caso de urgência ou de perigo de demora (art.º 270.º, n.º 3, do CPP).

Depois de saber quando pode ter lugar a perícia será relevante averiguar quem a pode realizar, ou seja, qual o local onde esta poderá ser efectuada, dispondo a lei processual que a perícia é realizada em estabelecimento, laboratório ou serviço oficial apropriado ou, quando tal não for possível ou conveniente, por perito nomeado de entre pessoas constantes de listas de peritos existentes em cada comarca, ou, na sua falta ou impossibilidade de resposta em tempo útil, por pessoa de honorabilidade e de reconhecida competência na matéria em causa (art.º 152.º, n.º 1, do CPP).

De resto, o perito é obrigado a desempenhar a função para que tiver sido competentemente nomeado (art.º 153.º, n.º 1, 1ª parte, do CPP), salvaguardando-se aqueles casos em que o mesmo poderá pedir escusa ou ser recusado<sup>265</sup> (pelo MP, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis), devendo em ambos os casos atender-se à falta de condições indispensáveis para a realização da perícia (art.º 153.º, n.ºs. 1, parte final e 2, do CPP).

Portanto, o despacho que admita e ordene a perícia, além de referir qual o perito que deverá realizar a perícia, deverá também fixar o prazo para a sua realização, podendo o mesmo ser substituído pela autoridade judiciária que o tiver nomeado quando não apresentar o relatório no prazo fixado ou quando desempenhar de forma negligente o encargo que lhe foi cometido (art.º 153.º, n.º 3, do CPP)<sup>266</sup>.

A função do perito obedece assim a importantes deveres de natureza processual, desde logo, os que respeitam ao cumprimento da perícia para a que tiver sido competentemente nomeado, falando o legislador num verdadeiro encargo que quando não verificado, pode originar o pagamento de uma soma (art.º 153.º, n.º 4, do CPP).

---

<sup>265</sup> Cfr. Acórdão da Relação de Lisboa de 28.6.2006. Colectânea Jurisprudência. A. XXXI, t. III (2006) p. 151 e ss. quanto ao incidente de recusa de perito.

<sup>266</sup> A decisão de substituição do perito é irrecorrível.

Atente-se agora sobre o despacho que ordena a perícia, acto processual através do qual a autoridade judiciária (oficiosamente ou a requerimento<sup>267</sup>) ordena a realização da perícia.

Como anteriormente se referiu, o despacho que ordena a perícia deve conter certos elementos (obrigatórios) a que a lei faz alusão, sendo eles, o nome do perito ou dos peritos (cfr. art.º 152.º, n.º 2, do CPP), a indicação sumária do objecto da perícia e, sempre que possível, a indicação do dia, hora e local em que se efectivará (art.º 154.º, n.º 1, do CPP).

Note-se que existem situações em que o despacho que ordena a perícia carece da intervenção do julgador, sendo o juiz a entidade competente para ordenar a realização da mesma, como sucede em relação à perícia sobre características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento (art.º 154.º, n.º 2, do CPP).

Perícia que será obrigatoriamente realizada por médico ou outra pessoa legalmente autorizada, não podendo nunca criar perigo para a saúde do visado (art.º 156.º, n.º 5, do CPP).

É aqui afastado, o que anteriormente se disse, a propósito da autoridade do MP durante a fase de inquérito para a realização de perícias, pois que

[...] só o juiz pode ordenar, em qualquer fase processual, a realização de uma perícia sobre características físicas ou psíquicas (dependentes ou independentes de causas patológicas) de pessoa que não haja prestado consentimento<sup>268</sup>.

A questão do consentimento exige uma especial atenção, referindo-se, desde logo, que este

[...] deve ser livre e esclarecido, devendo o visado ser informado sobre o conteúdo dos actos médicos realizados no âmbito da perícia, os riscos a eles inerentes e o seu direito de recusa da perícia, se necessário, conferindo-se-lhe um período de reflexão. O consentimento pode ser retirado a qualquer momento, mas os resultados dos actos até então realizados são válidos<sup>269</sup>.

O consentimento, quando seja dado pela pessoa que haja de realizar a perícia, deverá obedecer a critérios legais, não exigindo, dessa forma, o que tem vindo a chamar-se de participação activa.

---

<sup>267</sup> Cfr. art.º 159.º, n.º 7, do CPP.

<sup>268</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 427.

<sup>269</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 428.

Assim, quando a pessoa que haja consentido na realização da perícia seja confrontada com certas exigências, como por exemplo, ingerir medicamentos ou quaisquer outras substâncias, poderá recusar fazê-lo, pois que

[...] quando consinta na realização da perícia, o arguido só tem de suportar os actos que não exijam a sua participação activa, como por exemplo, deixar que o dispam ou lhe cortem o cabelo ou a barba ou lhe retirem sangue<sup>270</sup>.

Nesse sentido é que tem vindo a firmar-se o entendimento de existir nesses casos, em que se exija a participação activa da pessoa que haja consentido na realização da perícia, um verdadeiro direito de recusa da mesma, o qual não resulta da lei mas antes “[...] do princípio da dignidade da pessoa humana implícito no Estado de Direito e do direito constitucional à protecção da família.”<sup>271</sup>

São, portanto, formalismos que devem preceder a audição dos peritos.

Pode ajudar a seguinte estruturação quanto ao conteúdo do despacho que ordena a perícia<sup>272</sup>:

- a. A definição do objecto da perícia.
- b. A ponderação da “necessidade” da perícia e, designadamente, no caso de perícia sobre as características físicas ou psíquicas de pessoa que não haja prestado consentimento, a ponderação da necessidade da perícia tendo em conta “o direito à integridade pessoal e à reserva da intimidade do visado”.
- c. A identidade do perito e o critério de selecção do mesmo (por exemplo: se é membro de lista oficial ou se é pessoa idónea e por que foi escolhido este em vez daquele).
- d. A formulação de quesitos, quando a autoridade judiciária o entenda conveniente.
- e. A definição das pessoas que podem assistir à diligência.
- f. A autorização para destruir ou alterar substancialmente o objecto que tenha de ser submetido a perícia.
- g. E, se possível, o dia, a hora e o local da perícia.

---

<sup>270</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 428.

<sup>271</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 428, onde o autor faz referência às pessoas que têm direito a recusar depor nos termos do artigo 134.º.

<sup>272</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 428.

- h. E, sendo ordenada durante o inquérito, a justificação da possibilidade de prejuízo para as finalidades do inquérito resultante do conhecimento da perícia ou dos seus resultados pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis.
- i. A cominação de que a recusa de obediência dá lugar à incriminação do artigo 348.º, n.º 1, al.ª b), do CP.

Como já foi referido, o despacho é notificado ao MP, sempre que este não for o seu autor, ao arguido, ao assistente e ainda às partes civis, devendo a notificação ser realizada com a antecedência mínima de três dias sobre a data indicada para a realização da perícia (art.º 154.º, n.º 3, do CPP).

Só não será assim naqueles circunstâncias<sup>273</sup> em que a lei processual entendeu não ter que se verificar tal formalismo quanto ao dever de notificação, passando a referir-se os seguintes casos<sup>274</sup>:

- a) Em que a perícia tiver lugar no decurso do inquérito e a autoridade judiciária que a ordenar tiver razões para crer que o conhecimento dela ou dos seus resultados, pelo arguido, pelo assistente ou pelas partes civis, poderia prejudicar as finalidades do inquérito;
- b) De urgência ou de perigo na demora.

São excepções que aparecem intimamente ligadas à questão da publicidade do processo.

Dessa forma,

[...] no processo em que vigore a publicidade interna, a publicidade da diligência de inquérito nunca pode ser prejudicial às finalidades do inquérito e, portanto, a prévia decisão de publicidade interna do processo implica necessariamente a da publicidade interna da diligência de perícia. No processo em que vigore o segredo interno, pode ser determinada ou não a publicidade da diligência de perícia para um ou mais sujeitos processuais ... consoante o juízo do MP sobre o prejuízo da publicidade da perícia para as finalidades do inquérito<sup>275</sup>.

Nestes termos, tal despacho

---

<sup>273</sup> Art.º 154.º, n.º 4, als. a) e b), do CPP.

<sup>274</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 437: "A possibilidade de apresentação até à abertura da audiência neste caso é uma excepção aos prazos fixados no n.º 3 e, portanto, não tem de obedecer aos ditos prazos."

<sup>275</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 429.

[...] não é, pois, um despacho de mero expediente. Trata-se de uma decisão cujo conteúdo pode ser prejudicial ao arguido, ao assistente ou às partes civis, à pessoa que deva ser submetida a perícia ou ao proprietário do objecto com valor económico que deva ser submetido a perícia, quando estas pessoas não forem algum daqueles sujeitos processuais<sup>276</sup>.

Ao lado do perito, a quem incumbe a realização da perícia, pode ainda surgir a intervenção de um consultor técnico, um novo participante processual<sup>277</sup>, sempre e quando o MP, o arguido, o assistente ou as partes civis assim o entendam e requeiram (art.º 155.º, n.º 1, do CPP).

O consultor técnico, através da sua intervenção, pode propor a efectivação de determinadas diligências e formular observações e objecções, que ficam a constar do auto, podendo ainda, regra geral, tomar conhecimento do relatório naqueles casos em que tenha sido designado após a realização da perícia (art.º 155.º, n.ºs. 2 e 3, do CPP).<sup>278</sup>

A designação de consultor técnico e o desempenho da sua função não podem atrasar a realização da perícia e o andamento normal do processo (art.º 155.º, n.º 4, do CPP).

É usual atribuir ao consultor técnico um estatuto híbrido<sup>279</sup>, uma vez que, se é verdade, em relação a alguns aspectos, que as suas funções se assemelham às do perito (presta declarações em julgamento, nos termos do art.º 330.º, do CPP)<sup>280</sup>, já noutros casos são bastante distintas (não presta juramento, não é remunerado pelo tribunal, com excepção dos casos em que seja convocado pelo MP).

Daí o entendimento doutrinal de que o consultor técnico

[...] deve, pelo menos, ter a qualificação técnica do perito, não sendo admissível a designação de um consultor que não tenha, pelo menos, a mesma formação “técnica” do perito. Esta solução é, também, imposta pela *ratio* da lei. O consultor técnico é uma “pessoa de confiança” do sujeito processual que o designa, cuja função primordial é a de ser o primeiro garante da qualidade técnica do resultado da perícia, sem contudo se colocar numa posição de contra-perito<sup>281</sup>.

---

<sup>276</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 429.

<sup>277</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 430.

<sup>278</sup> Cfr. art.º 154.º, n.º 4, al. a), do CPP.

<sup>279</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 430.

<sup>280</sup> Quanto às declarações prestadas pelo consultor técnico antes do julgamento atenda-se ao disposto no artigo 271.º, n.º 7, do CPP.

<sup>281</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 430: “Pode, pois, concluir-se que, se o perito desempenha uma função pública, o consultor técnico desempenha uma função quasi-pública.”

É curiosa a jurisprudência decorrente do Ac. do TC n.º 133/2007<sup>282</sup>, ao referir que não julga inconstitucional a norma constante do artigo 3.º, n.º 1, da Lei n.º 45/2004, de 19 de Agosto<sup>283</sup>, na parte em que inviabiliza a participação de consultores técnicos nas perícias médico-legais realizadas em delegação do Instituto Nacional de Medicina Legal:

2.9 – Decorre claramente do que já se observou que o direito de nomear um consultor técnico permitido pelo artigo 155.º do Código de Processo Penal, não é um direito conferido especificamente a título «garantia de defesa», no seu sentido mais estrito: no decurso da prova pericial não impende sobre o arguido qualquer ónus de contradizer ou afirmar qualquer facto; não é atribuída qualquer eficácia ao acordo expresso ou tácito sobre factos não contraditados.

O que aqui vale, seguramente, é a busca da verdade material e da realização da justiça, do dever de investigação judicial autónoma da verdade, com independência e imparcialidade, embora sem excluir o auxílio das partes – artigo 340.º, n.º 1, do Código de Processo Penal -, objectivo que representa uma das finalidades do processo penal. À autoridade judiciária incumbe rodear a produção de prova pericial das condições necessárias a que dela se retire a verdade material, processualmente válida. Ora, na decorrência desse grande objectivo do processo penal, o sistema português adoptou um regime de perícia oficial – não contraditória – essencialmente disciplinado pelos artigos 152.º, n.º 1, e 154.º, n.º 1, do citado Código, no domínio da qual o perito é um perito do tribunal, sujeito ao mesmo dever de imparcialidade e de busca da verdade material que oneram a actividade judiciária.

Do que aqui foi exposto, pode mesmo referir-se que o consultor técnico é detentor de poderes, os quais passam de seguida a elencar-se<sup>284</sup>:

- a. Propor a formulação de quesitos (artigo 156.º, n.º 1).
- b. Propor a realização de diligências concretas (“determinadas”) e esclarecimentos, à imagem de idêntico poder do perito (artigo 156.º, n.º 3).
- c. Ter acesso a todos os actos ou documentos do processo a que o perito tenha acesso (artigo 156.º, n.º 3).
- d. Formular observações e objecções no decurso da perícia, poder este que supõe a possibilidade de assistir a toda a diligência.
- e. Conhecer o relatório pericial.

---

<sup>282</sup> ACÓRDÃO N.º 133/2007 do Tribunal Constitucional, processo n.º 847/05, relator Conselheiro Pamplona de Oliveira. In PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Tribunal Constitucional [Em linha]. Lisboa : TC.

<sup>283</sup> LEI n.º 45/2004, de 19 de Agosto : Regime jurídico das perícias médico-legais e forenses. In Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa [Em linha]. Lisboa : PGDL, 2004.

<sup>284</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 431.

f. Pedir esclarecimentos sobre o relatório pericial (artigo 157.º, n.º 1).

Regressando à análise da figura jurídica do perito é importante referir que o perito, quando realiza a perícia que lhe foi ordenada pela autoridade judiciária (ou pelo juiz, no caso do art.º 154.º, n.º 2, do CPP) presta compromisso<sup>285</sup>, podendo a autoridade judiciária competente, oficiosamente ou a requerimento dos peritos ou dos consultores técnicos, formular quesitos quando a sua existência se revelar conveniente (art.º 156.º, n.º 1, do CPP).

Além disso, a autoridade judiciária deve assistir, sempre que possível e conveniente, à realização da perícia, podendo a autoridade que a tiver ordenado permitir também a presença do arguido e do assistente, salvo se a perícia for susceptível de ofender o pudor (art.º 156.º, n.º 2, do CPP).

Pode ainda acontecer que o perito careça de diligências ou esclarecimentos que apenas lhe serão possível alcançar através da consulta do respectivo processo (actos ou documentos aí praticados e existentes), caso em que o mesmo lhe será facultado (art.º 156.º, n.º 3, do CPP).

Releva o facto dos elementos de que o perito tome conhecimento no exercício das suas funções, só podem ser utilizados dentro do objecto e das finalidades da perícia (art.º 156.º, n.º 4, do CPP)<sup>286</sup>.

## 4.2. MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA

O art.º 127.º do CPP consagra, como vimos, o princípio da livre apreciação da prova, cuidando, ao mesmo tempo, de definir aqueles que são os limites que delimitam tal princípio, entre os quais estão as chamadas máximas da experiência<sup>287</sup>.

E, antes de entrarmos na sua definição, dir-se-á que tais máximas se prendem com o conhecimento do julgador, não todo e qualquer conhecimento, mas antes com o conhecimento privado, o qual lhe advém do exercício da sua função (jurisdicional).

---

<sup>285</sup> Vd. art.º 91.º, n.º 2, do CPP.

<sup>286</sup> Que é o que resulta do teor do art.º 156.º, n.º 6, do CPP: “Quando se tratar de análises de sangue ou de outras células corporais, os exames efectuados e as amostras recolhidas só podem ser utilizados no processo em curso ou em outro já instaurado, devendo ser destruídos, mediante despacho do juiz, logo que não sejam necessários.”

<sup>287</sup> A doutrina inglesa fala em “background knowledge”, “common sense” ou ainda em “society’s stock of knowledge.”

O que importa averiguar é quais são os limites desse conhecimento privado do julgador, preocupação que ocupou os trabalhos de FRIEDRICH STEIN<sup>288</sup>, o qual publicou em 1893 *Das Private Wissen des Richters*, havendo, portanto, que entrar na definição do que podem ser as referidas máximas da experiência.

Assim, as máximas de experiência:

são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos factos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem ter validade para outros novos<sup>289</sup>.

Não são factos, não são factos probatórios; são definições ou juízos hipotéticos de conteúdo genérico, independentes do caso concreto «sub judice», assentes na experiência comum, e por isso independentes dos casos individuais em cuja observação se alicerçam. No sentido amplo acima referido, são regras lógicas, científicas e no sentido restrito também regras que resultam simplesmente da observação dos comportamentos humanos<sup>290</sup>.

A partir dos trabalhos de STEIN tem sido possível entender melhor o conteúdo destas máximas, salientando-se, desde já, que elas não podem consistir na simples repetição de casos, pois terá que verificar-se “[...] algo independente que nos permite esperar que os casos vindouros, ainda não observados, produzir-se-ão da mesma forma que os observados”<sup>291</sup>.

Volte a referir-se que a verdade que interessa ao processo penal não é uma verdade absoluta, mas antes uma opinião de certeza que tenda a aproximar-se da verdade histórica dos factos, daí que possa dizer-se que as máximas da experiência são caracterizadas pela sua relatividade, pois que

[...] não são mais do que valores aproximados a respeito da verdade, e como tais, só têm vigência na medida em que novos casos observados não mostrem que a formulação da regra empregada até então era falsa<sup>292</sup>.

É útil a esquematização apresentada por FLÁVIA PESSOA,<sup>293</sup> também com base nos trabalhos de STEIN, quanto às máximas da experiência, onde dá conta dos pontos fundamentais da sua caracterização<sup>294</sup>:

---

<sup>288</sup> PESSOA, Flávia Guimarães - *Máximas ....*, pp. 68 e ss.

<sup>289</sup> PESSOA, Flávia Guimarães - *Máximas ....*, pp. 68 e ss.

<sup>290</sup> SILVA, Germano Marques da - *Produção e valoração ....*, pp. 48 e ss.

<sup>291</sup> PESSOA, Flávia Guimarães - *Máximas ....*, pp. 70 a 71.

<sup>292</sup> PESSOA, Flávia Guimarães - *Máximas ....*, pp. 70 a 71.

<sup>293</sup> PESSOA, Flávia Guimarães - *Máximas ....*, pp. 70 a 71.

<sup>294</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova testemunhal*. Coimbra : Almedina, 2013, p. 330.

- As máximas da experiência caracterizam-se pela generalidade. Podendo ser encontradas sob a forma de teses hipotéticas ou de definições que decompõem uma palavra ou um conceito nas suas partes constitutivas;
- Para a criação de uma máxima de experiência é indiferente a quantidade de casos observados; essencial é que os factos tenham algo relevante que os ligue, permitindo concluir que se trata do que ordinariamente acontece;
- As máximas de experiência devem estar submetidas a um constante processo de reformulação, a partir dos casos que deram origem à sua formação bem como dos posteriores;
- As máximas de experiência extraem-se por indução e aplicam-se por dedução;
- As máximas de experiência são sempre relativas, variáveis no tempo e no espaço, estabelecendo um juízo *a priori*;
- Em todos os casos, as máximas de experiência admitem prova em contrário pela parte eventualmente prejudicada.

Os trabalhos de STEIN levam, no entanto, à restrição das máximas de experiência, às regras induzidas da observação, os chamados juízos descritivos, não contemplando os juízos valorativos.

Posição que tem sido contestada por CASTRO MENDES<sup>295</sup>, que refere que

[...] o conceito de máxima de experiência tem consistência e valor no domínio da questão de facto, como afirmações genéricas de facto. Funcionam então como premissas maiores das presunções simples, e é portanto em primeiro lugar à sua luz que é estudada a realidade concreta, antes de ser juridicamente valorada<sup>296</sup>.

Tudo se prende obviamente com o exercício da função jurisdicional levada a cabo pelo julgador, onde não podem desconsiderar-se aqueles que são os contributos apreendidos pelo julgador ao longo da sua vida, pois que tais máximas são

[...] noções que refletem o reiterado perpassar de uma série de acontecimentos semelhantes, autorizando, mediante raciocínio indutivo, a convicção de que se assim

---

<sup>295</sup> MENDES, João de Castro - Do conceito de prova em processo civil. Lisboa : Ática, 1961, p. 666.

<sup>296</sup> MENDES, João de Castro - Do conceito ..., p. 666, que defende que as máximas de experiência devem contemplar todo o campo dos juízos gerais (de facto), independentemente da sua origem imediata-observação, dedução ou valoração.

costumam apresentar-se as coisas, também assim devem elas, em igualdade de circunstâncias, apresentar-se no futuro<sup>297</sup>.

São bastante atendíveis as posições da doutrina que levam a partilhar este entendimento, fazendo com que as máximas de experiência constituam um importante instrumento na hora do julgador formar a sua convicção sobre a realidade dos factos.

Atentos e sensíveis às realidades do mundo, eles [os juízes] têm o dever de captar pelos sentidos e desenvolver no intelecto o significado dos factos que os circundam na vida ordinária, para traduzir em decisões sensatas aquilo que o homem comum sabe e os conhecimentos que certas técnicas elementares lhe transmitem. Na realidade da vida e às vezes no quotidiano, há factos que ordinariamente se sucedem a outros, e tanto quanto o homem da rua (Calamandrei), o juiz não deve estar alheio a essa percepção nem decidir como se a vida não fosse assim – sob pena de transformar o processo em uma técnica bem organizada para desconhecer o que todo mundo sabe<sup>298</sup>.

Ainda nessa linha de raciocínio TARUFFO<sup>299</sup> refere que

[...] a máxima de experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas. Essa regra pode depois ser utilizada pelo juiz como critério para fundar seus raciocínios e, sendo uma regra geral, ela serve para este como premissa-maior dos silogismos mediante os quais articula seu raciocínio<sup>300</sup>.

Do que até agora foi dito, compreende-se que o conhecimento privado do juiz careça das máximas da experiência, designadamente, do critério que estas proporcionam ao julgador na hora de racionalizar e, conseqüentemente, valorar os factos apresentados em juízo.

O senso comum que preside às decisões do dia-a-dia do cidadão comum não poderá pois ser o mesmo senso comum que deve reger a função do julgador, uma vez que a este último se exige uma certa racionalização dos factos,

[...] porquanto ao entendimento de que o raciocínio do juiz não se rege por normas nem é determinado por critérios jurídicos, correspondeu a solução de racionalizar e conceitualizar o senso comum através das máximas da experiência. À objecção de que haviam incertezas e perigos de subjectivismo quando ao recurso ao senso comum e à

---

<sup>297</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa - Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In MOREIRA, José Carlos Barbosa - Temas de direito processual: segunda série. São Paulo : Saraiva, 1988, p. 31.

<sup>298</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel - Instituições de direito processual civil. 5.ª ed. São Paulo : Malheiro Editores, 2005. Vol. 3, p. 33.

<sup>299</sup> TARUFFO, Michele - Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Revista da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo. 2:2 (Julho-Dezembro 2001) 171-204, pp. 186 a 188.

<sup>300</sup> TARUFFO, Michele - Senso comum ..., pp. 186 a 188.

experiência, correspondeu a solução de exaltar o recurso à ciência na formação do raciocínio do juiz<sup>301</sup>.

Releva ainda, quanto às máximas da experiência (formadas através do recurso à indução), a proximidade evidenciada para com o método das ciências experimentais, residindo a única diferença naquilo que é a modalidade de confirmação da regra.

Enquanto a indução nas ciências é feita com base numa exaustiva análise de casos particulares (indução completa), no caso das máximas de experiência essa indução é feita com base num número de casos relevantes mas não exaustivo (indução incompleta). E, partindo-se deste número de casos, no pressuposto de um princípio elementar de uniformidade das situações, constrói-se uma regra probabilística. Daí que as regras científicas, assentando numa indução completa, suscitem elevada aceitabilidade na medida em que são obtidas por uma indução particularmente qualificada<sup>302</sup>.

As regras de experiência consistem em “[...] generalizações derivadas do *id quod plerumque accidit* ou extrapoladas da experiência individual, posicionando-se como leis gerais idóneas a fundar sucessivas operações dedutivas”<sup>303</sup>.

Devemos entender as máximas de experiência como noções que escapam assim ao conhecimento judicial propriamente dito, fixando-se antes no domínio dos conhecimentos extrajudiciais do julgador.

São, dessa forma:

[...] noções extralegais e extrajudiciais a que o juiz recorre, as quais são colhidas nos conhecimentos científicos, sociais e práticos, dos mais aperfeiçoados aos mais rudimentares. Tais conhecimentos não representam a íntima convicção do juiz mas factores que surgem da vivência (experiência) colectiva e são apreensíveis pelo homem médio, adquirindo autoridade precisamente porque trazem consigo essa imagem do consenso geral<sup>304</sup>.

O que importa reter é que as máximas da experiência consubstanciam verdadeiras normas ou “[...] regras gerais de carácter científico com validade universal (v.g. regras da matemática, da física) ou podem consistir no princípio da normalidade, também designado por *id quod plerumque accidit*”<sup>305</sup>.

---

<sup>301</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 333.

<sup>302</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 333.

<sup>303</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 333.

<sup>304</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 333.

<sup>305</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 333, onde autor refere a propósito de tal princípio que: “Segundo este, os factos não são apresentados isolados, mas relacionados entre si, seja por relações de causa-efeito seja por uma ordem lógica e regular. As pessoas, ao contemplarem a sucessão dos factos, formam uns standards de conduta nos termos dos quais, perante a ocorrência “normal” de um facto determinado, estimam produzidos igualmente todos aqueles factos que costumam acompanhar o

Muito sumariamente dir-se-á que a normalidade preconizada neste princípio se prende com a forma como que se apresentam os factos, uma vez que ao olhar para estes, eles se apresentam interligados ou interrelacionados, de forma a considerar normal o que vai sucedendo ao longo dessa cadeia de factos.

Pode, inclusive, falar-se em carácter regular dos factos, pois que estes se apresentam de forma uniforme, o que não impede de falar em regularidades

[...] probabilísticas, sendo impossível assegurar que no futuro, não ocorrerá um caso em que o conseqüente seja distinto. Essas regularidades não expressam o mesmo grau de probabilidade nem têm o mesmo fundamento cognoscitivo<sup>306</sup>.

Aqui chegados importa atender aos vários tipos das máximas de experiência, podendo em razão da sua origem ou fonte de conhecimento, falar-se em:

- 1) Máximas de experiência comum;
- 2) Máximas de experiência técnica;
- 3) Máximas de experiência axiológica.

As máximas de experiência do primeiro tipo, ou seja, as que se relacionam com a experiência comum, resultam da vida, dos sucessivos e permanentes acontecimentos que vão tendo lugar de dia para dia,

[...] constituindo noções culturais do homem médio que constituem património comum da colectividade. A fonte de tais regras assenta na reiteração de factos que ocorrem todos os dias, permitindo-se extrair dos mesmos uma regra que pode ser aplicada quando aparecerem idênticas circunstâncias de facto<sup>307</sup>.

E por serem regras, tais máximas de experiência são, portanto, objectivas, sendo possível “[...] extrair uma regra com base em elementos empíricos, tornando possível extrair juízos de repetição para casos futuros ainda não observados”<sup>308</sup>.

Refira-se ainda que as máximas de experiência comum são caracterizadas pelo seu carácter muito amplo, evidenciando assim uma natureza heterogénea, advindo de distintas áreas, como, por exemplo, da medicina, da psicologia, da economia, entre outras.

---

primeiro. Ou seja, os acontecimentos da natureza e associados ao comportamento humano costumam ser reiterativos”.

<sup>306</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 334, onde o autor refere que: “Mesmo entre as regras de carácter científico, a fiabilidade das mesmas é díspar”.

<sup>307</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 334.

<sup>308</sup> ROSITO, Francisco - Direito probatório: as máximas da experiência em juízo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.p. 85.

Quanto ao segundo tipo, as chamadas máximas de experiência técnica, estará em causa o seu carácter técnico, ou seja,

[...] correspondem aos conhecimentos científicos que estão ao alcance do homem médio, independentemente de maiores aprofundamentos, estando tais conhecimentos difundidos no meio cultural<sup>309</sup>.

Tal como o anterior tipo, as máximas de experiência técnica podem também basear-se em conhecimentos do domínio comum e, nessa medida, não constituem conhecimentos especializados.

Assemelham-se ainda no que respeita à questão do conhecimento “[...] constituir uma noção pertencente ao património cultural da colectividade e não ser apenas do juiz”<sup>310</sup>.

Todavia, encontram a sua principal diferença no que concerne à profundidade e alcance desse conhecimento não especializado<sup>311</sup>.

Por último, surgem as máximas de experiência axiológicas, que se relacionam com a valoração, ou melhor, com os “[...] juízos de valor que, a par dos outros acontecimentos já referidos, integram o património cultural da comunidade e são acessíveis ao homem médio”<sup>312</sup>.

Tais máximas de experiência integram

[...] um conjunto de valores comungados pelos membros da sociedade que, não obstante a sua heterogeneidade e multidimensionalidade, possuem (ou devem possuir) valores comuns que direccionam as relações entre os sujeitos e se tornam referencial não só de conduta, mas também de um programa político para aquela comunidade, direccionando acções e seu destino<sup>313</sup>.

A última consideração que deve ser feita, a propósito das máximas de experiência axiológica, é que elas resultam das exigências que têm vindo a ser feitas pela sociedade ao ordenamento jurídico, expressando assim as mesmas o teor dos princípios gerais de direito.

É agora momento de tratar das funções das máximas de experiência, sendo importante voltar a frisar o já enunciado carácter de objectividade que deve assistir a

---

<sup>309</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 336.

<sup>310</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 336.

<sup>311</sup> Por exemplo, um veículo que percorra um trajecto à velocidade de 100 KM/hora tardará uma hora em perfazer 100 km, ou o caso de uma pessoa afectada psicologicamente, a qual se entende que tenha dificuldade em entender um acontecimento da vida real.

<sup>312</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 337, onde o autor dá o exemplo de que: Mãe é quem cria, não quem dá à luz.

<sup>313</sup> SILVESTRE, Gilberto Fachetti - *As máximas de experiência no processo civil*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011, p. 94.

tais regras, uma vez que elas funcionam como critério do julgador na hora deste apreciar (livremente) a prova.

Pode mesmo falar-se em “[...] instrumentos metodológicos e processuais de realização do Direito ... que o juiz utiliza como orientação para aplicar o Direito no caso concreto”<sup>314</sup>.

Quanto às funções a atribuir às máximas de experiência pode adoptar-se a seguinte classificação<sup>315</sup>:

- a) Função probatória;
- b) Função hermenêutica;
- c) Função integrativa.

Interessa, desde já, referir que a nossa preocupação recairá apenas sobre a primeira destas funções (a função probatória), a qual se prende com a análise aqui levada a cabo, ou seja, com a apreciação da prova.

As máximas de experiência surgem assim como critério<sup>316</sup> do julgador para a realização de uma tarefa fundamental, a que se relaciona com o apuramento dos factos e ainda com a formação da convicção do julgador.

São assim regras que “[...] intervêm na construção das presunções judiciais, nas quais operam como a premissa maior do silogismo factual que se produz ao adotar o facto indiciário como premissa menor”<sup>317</sup>.

Além disso, as máximas de experiência funcionam e

[...] atuam como elemento auxiliar na análise das provas produzidas, incidindo diretamente na valoração das provas. Ou seja e de forma geral, a valoração dos resultados probatórios consiste numa operação gnoseológica que leva o juiz a aceitar a alegação factual  $\chi$  em decorrência da aquisição do meio de prova  $\gamma$  mediante o recurso

---

<sup>314</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 338.

<sup>315</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 338.

<sup>316</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 338: “[...] e referencial confirmativo das conclusões obtidas de molde que, se o facto reconstruído estiver em desacordo com o que ordinariamente acontece, serão maiores as exigências de confirmação racional”.

<sup>317</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 338: “[...] servem para completar em sentido positivo (corroborante) ou negativo (infirmante) o resultado de outra prova. Quando, perante um depoimento testemunhal, o juiz pondera se a testemunha tem algum impedimento, se é dotada de carácter e de idoneidade, está no fundo a aplicar máximas de experiência”.

a uma máxima de experiência, com base na qual se pode considerar provavelmente verdadeira a alegação  $\chi$  em presença do meio de prova  $\gamma$  <sup>318 319</sup>.

Quanto às máximas de experiência pode, inclusive, falar-se em critério de admissibilidade da prova, relevando ainda o facto destas regras não proporcionarem “[...] uma certeza absoluta mas não deixam de conceder um valor cognitivo de probabilidade mais racional porquanto decorrem daquilo que ordinariamente acontece e é apreensível pelo homem de cultura média”<sup>320</sup>.

#### 4.2.1. REGIME DAS MÁXIMAS DA EXPERIÊNCIA

O regime das máximas da experiência deve ser analisado partindo daquele que é o princípio que vigora no ordenamento jurídico português, ou seja, a partir da prova livre, querendo isto significar que “[...] o juiz tem o dever de raciocinar correctamente e de utilizar oficiosamente as máximas da experiência, sob pena de decidir em desconformidade com a realidade.”<sup>321</sup>

A primeira questão que se coloca é, desde logo, determinar em que medida as máximas da experiência carecem ou não de prova, o que tem sido resolvido pela maioria da doutrina no sentido de não necessitarem de prova

[...] porquanto, se o juiz a desconhece, tal significa que a mesma não tem o carácter básico de generalidade, não sendo uma genuína regra de experiência. Todavia, atenta heterogeneidade das máximas e a diversidade dos fundamentos cognoscitivos das mesmas, poderá a parte discutir a generalidade e certeza da mesma, ou inversamente, pode a parte pretender convencer o juiz que aquela é a sequência natural das coisas<sup>322</sup>.

Mas o princípio da livre apreciação da prova comporta ainda algumas restrições, sobretudo ao nível dos conhecimentos que possam ser utilizados pelo julgador na hora de apreciar (livremente) a prova produzida.

Quanto às máximas da experiência releva a distinção que tem sido feita entre “saber privado” e “saber cultural” do julgador, tratando-se o primeiro de

---

<sup>318</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 338.

<sup>319</sup> MONTERO AROCA, Juan - Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. Lima. (2007), p. 12.

<sup>320</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 339.

<sup>321</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 339.

<sup>322</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 339.

[...] um conhecimento ad hoc que o juiz adquire fora dos autos, designadamente após o surgimento da pretensão das partes. Versa sobre factos particulares concretos, não obtidos pela atividade oficial<sup>323</sup>,

ao passo que o segundo “[...] é marcado pela generalidade e pré-existe ao processo, nesta categoria se inserindo as máximas da experiência e os factos notórios. É o conhecimento que o juiz tem enquanto membro de uma comunidade.”<sup>324</sup>

Atenta esta importante distinção doutrinal entre o que deve entender-se por saber privado e saber cultural do julgador, será necessário chamar à colação outro importante princípio que delimita o campo do saber ao qual está o julgador impedido de recorrer para a descoberta da verdade, ou seja, o princípio da proibição do uso pelo juiz do seu saber privado.

Bem sabemos que o juiz tem o dever de julgar e, nessa medida, necessita de socorrer-se do seu saber para poder decidir, não podendo, contudo, servir-se de todo e qualquer saber, mas apenas do saber que se prenda única e exclusivamente com o conhecimento que este teve e adquiriu a partir do próprio processo, e não com base no conhecimento extraprocessual.

Pode aqui adoptar-se o entendimento de CASTRO MENDES<sup>325</sup> que defende uma dupla fundamentação doutrinária quanto à proibição do uso pelo juiz dos conhecimentos adquiridos fora do processo, falando o autor, por um lado, dos conhecimentos adquiridos para o processo e, por outro lado, dos conhecimentos adquiridos sem essa intenção, designadamente antes do processo.

Quanto aos primeiros conhecimentos “[...] a proibição baseia-se na necessidade de imparcialidade do juiz resultante do princípio da igualdade das partes perante o tribunal”<sup>326</sup>, já quanto aos segundos conhecimentos “[...] a razão da proibição decorre de ser necessário facultar às partes o efetivo exercício do contraditório.”<sup>327</sup>

E a razão de ser deste entendimento baseia-se no regime legal decorrente dos artigos 115.º, 499.º e 415.º, todos do CPC.

O processo aparece assim, diante do julgador, como um verdadeiro limite dos conhecimentos que possam vir a ser utilizados por ele para o julgamento da causa, nunca podendo o julgador socorrer-se ou basear-se de conhecimentos que vão além

---

<sup>323</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 340.

<sup>324</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 340.

<sup>325</sup> MENDES, João de Castro - Do conceito ..., pp. 609 a 610.

<sup>326</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 340.

<sup>327</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 340.

do processo, ou seja, que não resultem do conhecimento adquirido em função do contacto que o julgador teve com o processo.

A este nível ganha um especial destaque a prova pericial, uma vez que, sempre que ao julgador não seja possível alcançar o conhecimento sobre uma determinada matéria ou factos, poderá este solicitar a produção de tal meio de prova, sempre e quando estejam em causa especiais conhecimentos que ao julgador não se lhe exigem nem deles dispõe.

Todavia, as máximas da experiência não são estranhas a algumas restrições, desde logo, por comportarem alguns riscos, que podem vir a repercutir-se na decisão do julgador.

Se é certo que as máximas da experiência comum se inserem no campo e no domínio da cultura média, também é certo que estão intimamente relacionadas com o senso comum.

Quanto ao senso comum pode seguir-se o entendimento de TARUFFO<sup>328</sup>, o qual o descreve como:

[...] um conjunto de conhecimentos e critérios de julgamento, de raciocínio e interpretação, que se presumem geral ou preponderantemente compartilhados em dado ambiente social ou em certo momento histórico – mas isso não exclui que esse contexto tenha caracteres intrínsecos de variabilidade, de incoerência e de indeterminação. Além disso, como de resto acontece com qualquer pessoa, o juiz retira do senso comum informações que provêm de outras pessoas, sem ter qualquer controle sobre a sua formação, qualidade e confiabilidade. Não é por acaso que existem inúmeros exemplos de convicções difusas que mais cedo ou mais tarde se revelam falsas ou moralmente inaceitáveis. Além do mais, provavelmente ninguém poderia estabelecer com precisão o que pertence e o que não pertence ao senso comum em determinado lugar e momento, e muito menos seria possível redigir uma lista clara, coerente e completa dos componentes deste.<sup>329</sup>

Em função deste entendimento facilmente se depreende que o conceito de senso comum (tal como o conceito de cultura média), é seguramente bastante mais amplo do que o conceito de máximas de experiência, exigindo-se, portanto, delimitar o que pode e deve entender-se por máximas de experiência, para o que releva a seguinte distinção em categorias<sup>330</sup>:

1. Generalização fundadas em leis científicas;

---

<sup>328</sup> TARUFFO, Michele - Senso comum ..., p. 180.

<sup>329</sup> TARUFFO, Michele - Senso comum ..., p. 180.

<sup>330</sup> TARUFFO, Michele - Senso comum ..., pp. 554 e ss.

2. Quase-generalizações;
3. Generalizações espúrias;
4. Generalizações radicalmente espúrias.

A primeira abordagem que deve ser feita, quanto à primeira destas categorias, é no sentido de enfatizar que existem máximas da experiência, que se baseiam, como resulta do supra exposto, em generalizações

[...] que podem considerar-se como válidas porque correspondem a uma modalidade em que certo acontecimento ocorre na realidade, *v.g.*, todos os homens são mortais. Estas generalizações colhem razão de ser em conhecimentos cientificamente confirmados, em leis científicas ou naturais que explicam os fenómenos. Estas leis fundam uma máxima de experiência a partir da qual se pode construir uma inferência de carácter dedutivo<sup>331</sup>.

De todo o modo, serão mais abundantes e comuns as máximas de experiência que se baseiam na segunda categoria, as quais

[...] não exprimem uma lei geral mas se fundam numa quase-generalização, ou seja, sobre a enunciação de uma tendência de ocorrência de um acontecimento em certa modalidade que vem confirmada no plano científico por um grau de probabilidade muito elevado. Por exemplo, X não acontece de certo modo em 100% dos casos mas confirma-se empiricamente que ocorre de tal modo em 98% dos casos<sup>332</sup>.

Do confronto entre esta segunda categoria e a primeira, o que as diferencia é de facto, a validade da generalização, pois que o facto da máxima de experiência se basear numa generalização (que tem validade universal) ou numa quase-generalização acaba por ser, em termos práticos, a mesma coisa, relevando, de todas as maneiras, a margem de erro que existe no domínio desta segunda categoria, a qual, a ser atendível, deverá ser tolerável<sup>333</sup>.

A terceira categoria de máximas de experiência prende-se com o carácter experimental, pois que nas generalizações espúrias

[...] são efectuados enunciados em termos gerais mas desprovidos de qualquer confirmação científica ou empírica cabal, baseando-se numa confirmação empírica inadequada a fundar uma aceitação prática de uma generalização. Serão os casos em que a pesquisa epidemiológica produz resultados expressos em frequências

---

<sup>331</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 342.

<sup>332</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, pp. 342 e ss.

<sup>333</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, pp. 343e ss.: “As inferências assentes nestas quase-generalizações terão então um carácter de quase certeza que, de qualquer modo, se considera aceitável no caso concreto”.

estatísticas baixas muito longe dos 100%. Neste caso, as generalizações espúrias não são idóneas a formular uma inferência válida<sup>334</sup>.

Por último, surge a categoria das generalizações radicalmente espúrias, onde não relevam as experiências científicas ou empíricas, mas antes a “pretensa experiência”.

Nestas não se sabe nem se pode saber: a que experiência se referem; quem formulou a generalização; qual a base cognoscitiva em que assenta; quantos são os casos concretos que foram tidos em consideração como fundamento indutivo para a formulação da máxima. Integram-se aqui máximas de experiência que não exprimem nenhum “conhecimento”, correspondendo a meros preconceitos sociais difusos, de género, de raça, de religião, (v.g. os ateus não são dignos de confiança), de carácter político (v.g. os membros de partidos progressistas são socialmente perigosos) e outros congéneres. Cada contexto social num determinado momento histórico possui uma cultura constituída por um conjunto de preconceitos consolidados, os quais tendem a ser formulados como regras gerais. O senso comum serve-se de estereótipos nos quais se definem personagens típicas, a partir das quais se interpreta a realidade. Todavia, como é bom de ver, estas generalizações estão desprovidas de qualquer valor cognoscitivo e fundamento racional, sendo idóneas a fundar uma conclusão aceitável<sup>335</sup>.

Analisadas as principais categorias de máximas de experiência que relevam no âmbito da apreciação da prova, será ainda necessário atender ao conjunto de regras que podem ajudar o julgador no momento de fundar o seu raciocínio em tais regras, o que permite até romper com a margem de erro anteriormente mencionada a propósito das várias generalizações<sup>336</sup>.

Pode perfilhar-se o entendimento proposto por TARUFFO<sup>337</sup>:

- Uma primeira regra correspondente ao princípio já enunciado: não se pode atribuir a uma máxima de experiência um valor cognoscitivo superior ao que está subjacente à formulação da própria máxima. Dizer que, de vez em quando, acontece x não equivale a dizer que acontece sempre x.

- Se uma máxima é enunciada em termos gerais, um só contra-exemplo é suficiente a falseá-la ou, quando muito, a demonstrar que ela não tem validade geral (v.g., a existência de um cisne negro é suficiente a falsear a afirmação geral de que todos os cisnes são brancos). O contra-exemplo pode ser dado pelo caso específico sobre apreciação.

---

<sup>334</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 339.

<sup>335</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., pp. 343 e ss.

<sup>336</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., p. 344: “[...] uma máxima de experiência não pode atribuir à conclusão que dela é extraída um grau de credibilidade superior ao fundamento cognoscitivo que é próprio e está insito à máxima”.

<sup>337</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova ..., pp. 344 e ss.

- Uma máxima de experiência não pode ser empregue se é contraditada pelo conhecimento científico disponível. O senso comum e a cultura média não podem prevalecer sobre dados científicos confirmados.
- Uma máxima de experiência não pode ser validamente empregue se é contrariada por outra máxima de experiência que tenha um fundamento mais sólido e menos incerto.
- Devem só ser utilizadas máximas cuja formulação pré-exista ao caso específico a que se vão aplicar, não se devendo formular uma máxima *ad hoc* só com base no caso singular em apreciação.

Mesmo que se considerem estas regras, não deixe de se ter presente a vulnerabilidade associada às máximas de experiência, uma vez que através delas

[...] ao realizar o salto indutivo despegando-se dos casos cuja observação deu origem à “regra”, passa a ser tomada como ponto inicial de um raciocínio dedutivo (premissa maior) dirigido a formar a convicção quanto à existência do *factum probandum*. Ao desligar-se a máxima de experiência dos factos que lhe deram origem, reduz-se substancialmente a possibilidade do controle da decisão que utiliza a máxima de experiência<sup>338</sup>.

Entendimento também evidenciado por DAISSON FLACH<sup>339</sup> quando refere que

Todos os possíveis erros de percurso, como, por exemplo, a descontextualização histórica da analogia realizada, a inadequação metodológica da estatística que deu origem à generalização, a inidoneidade da construção científica do saber tomado como referência e mesmo a total insubsistência de uma simples crença generalizada, são arbitrariamente eliminados do raciocínio<sup>340</sup>.

As últimas considerações a ser tomadas, prendem-se com o facto do julgador ter que pautar o recurso às regras de experiência por especiais deveres de cuidado, em ordem, desde logo, à chamada margem de erro que assiste aos vários tipos de generalizações.

É por isso que a doutrina tem vindo a falar na necessidade de verdadeiros critérios de racionalidade na hora do julgador aplicar as máximas de experiência, exigindo tais critérios que se utilizem

[...] apenas máximas que convoquem um amplo consenso na cultura média do tempo e lugar em que ocorre a decisão/fixação do facto, devendo o juiz verificar o fundamento

---

<sup>338</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, pp. 344 e ss.

<sup>339</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, pp. 344 e ss.

<sup>340</sup> FLACH, Daisson - *A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária* [Em linha]. Porto Alegre : Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 47.

da sua aceitabilidade. Sempre que surjam dúvidas a respeito dessa aceitabilidade, o juiz deve aprofundar a sua indagação, procurando noções mais confiáveis e radicadas na cultura que representa o contexto em que a decisão deva ser inserida<sup>341</sup>.

### 4.3. A EXIGÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Vigorando no ordenamento jurídico português o princípio da livre apreciação da prova não poderá, contudo, deixar-se nas mãos do julgador uma absoluta liberdade discricionária de apreciação da prova que o leve, por um lado, na ausência de provas, a condenar o arguido ou, por outro lado, diante de uma multidão de provas, a absolvê-lo.

O julgador decide segundo a sua convicção, pois que ele aprecia a prova em consciência.

Diante desta liberdade de apreciar a prova em consciência, resulta claro que seja possível submeter tal apreciação e consequente valoração ao controlo de um tribunal superior.

A exigência de motivação é, assim, indispensável para que possam efectivar-se as garantias constitucionais, máxime, o direito ao recurso,

[...] de ahí que motivaciones irracionales, o basadas en cuestiones ajenas al juicio oral, o sustentadas en contra de lo que claramente se deduce de lo ocurrido en el juicio oral, deben poder ser sometidas a examen por otro Tribunal<sup>342</sup>.

E tal controlo só é possível de fazer em atenção à exigência de motivação de que a lei faz depender a apreciação da prova, não se bastando a mesma com meras conclusões.

Todavia, deve referir-se que a motivação que deve pautar a conduta do julgador, deverá ser uma motivação racional, só assim sendo possível defender uma apreciação em consciência, sempre respeitando os princípios constitucionais, sobretudo, o da legalidade.

Aqui será importante atender às regras ou critérios, que possam determinar o valor a atribuir à prova.

---

<sup>341</sup> SOUSA, Luís Filipe Pires de - *Prova ...*, p. 344.

<sup>342</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - *Tratado ...*, p. 143.

É então a este nível que tais normas podem ser mais ou menos vinculantes, colocando no julgador uma maior ou menor liberdade no momento de avaliar o resultado da actividade probatória.

A passagem realizada anteriormente pelos distintos modelos ou sistemas de valoração da prova (o da prova legal e o da prova livre) permite ter noção desta realidade, sendo hoje indiscutível a vigência do princípio da livre apreciação da prova no nosso ordenamento jurídico.

Decorre assim deste princípio da prova livre, que o julgador, ao determinar o valor do resultado probatório, regra geral, atenderá única e exclusivamente aos factos provados em juízo, sendo esses, de facto, os que constituem o verdadeiro limite no momento de valorar a prova.

Para que o julgador crie assim a sua íntima convicção sobre a realidade dos factos não atenderá, em princípio, a normas que determinem previamente o valor a atribuir aos meios de prova (sistema das provas legais), mas antes aos factos que tenham sido logrados provar em juízo, baseando-se nas regras da experiência e da lógica.

Uma liberdade configurada nestes moldes não permite, de todo o modo, que o julgador, máxime, o tribunal, fuja aos seus deveres e obrigações, sobretudo as que se prendam com a motivação das decisões judiciais.

Trata-se de um sistema em que ao julgador é dada liberdade de apreciação da prova “[...] el cual no significa libre arbitrio, ni posibilidad de entrada en la mente del tribunal de la «ciencia privada», sino que, antes al contrario, la valoración há de versar, en primer lugar, sobre el resultado probatorio verificado en el juicio oral.”<sup>343</sup>

Daí que o julgador deva ancorar o seu conhecimento sobre a realidade dos factos apenas em meios de prova que tenham sido produzidos e examinados em juízo.

A motivação<sup>344</sup> das decisões judiciais está intimamente ligada com uma outra exigência, a de fundamentação das decisões judiciais, um dever do julgador que tem a sua origem no direito romano, não sendo, portanto, um dever recente, designadamente, dos séculos XIX e XX, momento a partir do qual se acentuou a clivagem entre os sistemas de apreciação e valoração da prova aqui abordados.

---

<sup>343</sup> SENDRA, Vicente Gimeno - Derecho procesal penal. 2.ª ed. Madrid : Colex, 2007, pp. 675 e ss.

<sup>344</sup> MESQUITA, Paulo Dá - Processo penal, prova e sistema judiciário. Coimbra : Coimbra Editora, 2010, p. 357, onde o autor fala da motivação como “[...] freio legal susceptível de repor equilíbrios.”

Já nessa altura entendia o legislador que para que as decisões pudessem ser acatadas e, dessa forma, cumpridas, só a fundamentação das mesmas poderia dar autoridade aos órgãos que as proferissem.

Seja em modelos baseados na prova legal, onde o processo era de natureza inquisitória, seja em modelos ancorados na livre convicção do julgador, a fundamentação tinha sempre lugar, sendo assim entendida como um “factor de legitimação”<sup>345</sup>.

Todavia, as revoluções liberais não seriam estranhas à exigência de fundamentação das decisões judiciais, tendo a partir desse momento, sobretudo em virtude do pensamento iluminista, começado a desenvolver-se a chamada motivação judicial.

Como anteriormente se referiu, a implementação do sistema da prova livre apenas afastou o sistema da prova legal na medida em que o julgador deixou de estar vinculado e, em certa medida, subordinado, ao valor que era previamente atribuído aos distintos meios de prova, nunca implicando, por outro lado, qualquer plena liberdade de consciência<sup>346</sup>.

Com a adopção do sistema da livre convicção passou a estar em causa uma certeza moral e já não a certeza resultante do sistema da prova legal.

Acabou o julgador por recorrer a uma valoração lógica, natural e conscienciosa dos elementos de prova<sup>347</sup>.

O abandono de um critério de certeza nos termos que o sistema da prova legal preconizava e a chegada de um novo critério, em que o que seria o núcleo fundamental da decisão era a certeza moral do julgador, não tardou em demonstrar que um tal critério poderia conduzir a alguma arbitrariedade.

Quando atendemos em particular ao caso português, damos-nos conta de que no intento de concretizar um sistema baseado na livre convicção do julgador “[...] sedimentou-se uma concepção sobre o juízo judicial de raiz não tecnicista, e a ideia de que o processo indutivo inferencial se conjuga com a educação jurídica.”<sup>348</sup>

---

<sup>345</sup> MESQUITA, Paulo Dá - Processo penal ..., p. 357.

<sup>346</sup> MESQUITA, Paulo Dá - Processo penal ..., p. 357.

<sup>347</sup> MESQUITA, Paulo Dá - Processo penal ..., p. 357: “No fundo na proposta superadora do sistema das provas legais, tentava-se apresentar um modelo conformador do próprio procedimento de formação decisória do juiz e não apenas do seu controlo marcado por preocupações políticas epistemológicas.”

<sup>348</sup> MESQUITA, Paulo Dá - Processo penal ..., p. 359.

A motivação é, como vimos, a forma que o legislador entendeu ser suficientemente capaz de justificar a adopção no nosso ordenamento jurídico do sistema da prova livre, sendo assim requisito de toda e qualquer decisão judicial que seja devidamente motivada.

Impõe-se agora delimitar os limites a esta motivação, sobretudo, ao tomar em consideração aquela que tem sido a posição de parte muita significativa da doutrina, que tem vindo a por em causa as complexas, vastas e confusas decisões judiciais proferidas pelos tribunais, muitas das vezes impossíveis de compreender pelo cidadão comum, destinatário último do seu conteúdo.

A motivação, adiante-se já, deve ser capaz de responder de forma clara e inequívoca à questão de porque é que alguém foi condenado ou absolvido<sup>349</sup>.

A formação da convicção judicial pode dizer-se que é entendida a partir da sentença condenatória, pois que nesta, a primeira operação que o julgador realiza, é a que visa a determinação dos factos provados, só depois, numa segunda operação, depois de conhecidos os factos, submetendo-se estes às respectivas normas jurídicas.

A primeira destas operações prende-se com o chamado juízo histórico; já a segunda operação trata do chamado juízo jurídico, devendo tanto uma como outra operação ser objecto de motivação racional por parte do julgador.

A questão que agora se levanta é a de saber de que forma deve basear-se esta motivação, ou seja, como deve fundamentar-se.

A doutrina é unânime ao referir que a sentença deve poder justificar-se de forma objectiva, tendo além do mais, que verificar-se a mencionada motivação, a qual é indispensável para a consagração do sistema da prova livre.

Não podendo o actual sistema judicial prescindir da convicção do julgador, torna-se necessário delimitar os requisitos que devem pautar a construção desta motivação, sendo esta

[...] un elemento absolutamente necesario, pero, la sentencia debe, además, poder justificarse por sí misma, esto es, debe poder cumplir con el test de la repetición por

---

<sup>349</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - *Tratado ...*, p. 1367: “[...] de manera que, en su caso, otra persona que debiera juzgar el supuesto pudiera llegar a idéntico resultado; y eso sólo es posible si se excluye la arbitrariedad en la formación de la resolución y se la somete a la obligación de ajustarse a lo que se derive de la lógica, las reglas de la experiencia y la publicidad del razonamiento.”

persona distinta. Esto implica que la sentencia ha de ser racional y ajustada a los parámetros de la sociedad en la que se dicta<sup>350</sup>.

Repare-se que não é por acaso que não existe uma liberdade absoluta quanto aos meios de prova a introduzir no julgamento, fazendo-se antes referência aos meios de prova legalmente admissíveis.

A convicção do julgador deve, pois, basear-se na prova produzida em julgamento, e não em meras suspeitas ou intuições, só relevando processualmente uma prova que resulte da actividade probatória decorrida durante a fase de julgamento (sem esquecer as excepções anteriormente mencionadas a propósito da prova antecipada e da prova pré-constituída).

A convicção do julgador deve assim, regra geral, resultar das provas produzidas em julgamento, pois só deste modo é que a outra pessoa colocada na mesma posição, outro julgador, portanto, lhe seria possível chegar a idêntica motivação.

É neste sentido que pode então falar-se na objectividade da motivação, um dever que se impõe ao legislador no momento de proferir as suas decisões judiciais, onde deve atender a critérios objectivos deduzidos racionalmente das provas produzidas em juízo.

Uma motivação concebida nestes termos é o que tem permitido que tanto a jurisprudência como a doutrina possam falar num verdadeiro mecanismo de controlo de decisões judiciais condenatórias, sobretudo as que se baseiam fora deste critério objectivo, ou seja, carecem de sustento probatório objetivo<sup>351</sup>.

Há, ainda assim, que delimitar outros aspectos que intervêm no processo de formação da motivação do julgador.

Se é verdade que a motivação deve proceder das provas produzidas em juízo, também é certo que isso não basta para que o julgador possa alcançar a sua convicção pessoal sobre a realidade dos factos.

A primeira exigência com que o julgador se defronta é, desde logo, a matéria respeitante à prova proibida, onde se lhe exige aferir do controlo da mesma, nomeadamente, do que deva considerar-se a prova legalmente admissível.

---

<sup>350</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado ..., p.1367

<sup>351</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado ..., p.1368.

Além do legislador poder proibir certo tema de prova, pode ainda impor proibições, tanto nos meios de prova como ainda nos meios de obtenção de prova.

Todavia, a questão mais pertinente prende-se com os métodos de prova, ou seja, com a forma ou meios como esta prova é obtida no processo, o que nos leva a repudiar de imediato quaisquer práticas que fujam à legalidade (por exemplo, tortura com vista à obtenção de uma confissão, como sucedeu durante o período da inquisição).

São casos de prova proibida e, assim, são provas que se encontram feridas quanto à sua legalidade e admissibilidade, não podendo por essa razão ser produzidas no processo.

A terem lugar nunca poderiam manifestar nenhuma validade processual, pois que nenhum fundamento existe ou pode ser atendível no sentido de poder admitir do ponto de vista da legalidade tais provas.

E a prova proibida, ainda que produzida no decurso do processo, o que pode suceder em alguns casos (sobretudo naquelas situações em que a proibição não resulte de uma forma explícita da lei), não pode de maneira nenhuma ser apreciada pelo julgador, sob pena de se transgredir a lei, tanto a lei processual como aquelas que são as garantias constitucionais resultantes da lei fundamental (CRP).

Mais uma vez, refira-se, ao falarmos de provas estamos a evidenciar aquelas provas que foram produzidas em sede de audiência de julgamento, pois que só desta forma estarão reunidas as condições, que permitam o devido contraditório, a oralidade, a imediação, a publicidade, tudo princípios fundamentais, verdadeiras garantias que a CRP prevê e exige no momento do julgador proferir as suas decisões judiciais.

A formação da convicção judicial foi e continua a ser uma das principais preocupações do julgador, razão pela qual a lei cuida em particular da operação através da qual o julgador delimita os factos provados.

Porque nem todos os factos podem ser objecto de prova (só o sendo os juridicamente relevantes, aqueles que constituem o chamado tema da prova) entende-se que seja fundamental delimitar aqueles factos que possam efectivamente ser susceptíveis de prova.

E a isto acresce o facto de nem todas as provas poderem ser apreciadas pelo julgador, máxime, quando se trata de prova proibida, incumbindo ao legislador uma

difícil tarefa de selecção da prova produzida em juízo que deve realmente ser objecto de apreciação<sup>352</sup>.

A liberdade que o julgador tem para formar a sua convicção não é, como já se depreendeu, uma liberdade absoluta, pois que ela comporta algumas limitações<sup>353</sup>, máxime, o dever de motivação e de fundamentação das decisões judiciais.

Tal faculdade “[...] não pode significar liberdade do juiz para substituir a prova (e, por conseguinte, a crítica valoração dela) por meras conjeturas ou, por mais honesta que seja, sua opinião.”<sup>354</sup>

Desta forma, “[...] o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso necessita de controle.”<sup>355</sup>

#### **4.4. A LEI PROCESSUAL PENAL E A CONSTITUIÇÃO**

##### **4.4.1. LIMITES AO PRINCÍPIO DA PROVA LIVRE**

O princípio da livre apreciação da prova encontra acolhimento na lei fundamental e, nessa medida, depare-se com limites, estabelecidos quer pela própria lei, quer pela própria CRP.

“Este princípio concretiza os princípios constitucionais do Estado de Direito, da separação e interdependência dos poderes e da interdependência dos tribunais consagrados nos artigos 2.º e 203.º, ambos da CRP.”<sup>356</sup>

Assim, o julgador, quando a lei lhe confere este poder de apreciar livremente a prova, deverá atender a distintas limitações<sup>357</sup>, as quais passam de seguida a referir-se:

- 1) Ao grau de convicção requerido para a decisão;
- 2) À proibição de meios de prova;
- 3) À observância do princípio da presunção da inocência;

---

<sup>352</sup> LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado ..., p.1369, onde o autor estende a aptidão da prova também aos jurados.

<sup>353</sup> LEONE, Giovanni - Manuale di diritto processuale penale. Napoli : Jovene, 1988, p. 157.

<sup>354</sup> LEONE, Giovanni – Manuale ..., p. 576.

<sup>355</sup> LEONE, Giovanni – Manuale ..., p. 576.

<sup>356</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 53.

<sup>357</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 328, onde se acolheu a descrição dos limites à livre apreciação da prova seguida proposta pelo autor.

4) À observância do princípio *in dubio pro reo*.

As três primeiras limitações aqui apontadas podem denominar-se por limites endógenos ao passo que a última delas por limite exógeno.

Muito sumariamente dir-se-á que os limites endógenos repercutem-se imediatamente no exercício da apreciação da prova, “[...] no sentido de que condicionam o próprio processo de formação de convicção e de descoberta da verdade”,<sup>358</sup> ao passo que os limites exógenos condicionam o resultado da apreciação da prova.

E tais limites, quer os endógenos quer os exógenos, devem ser observados a partir da perspectiva segundo a qual o princípio da prova livre “[...] concretiza os princípios constitucionais do Estado de Direito, da separação e interdependência dos poderes e da interdependência dos tribunais consagrados nos artigos 2.º e 203.º, ambos da CRP.<sup>359</sup>”

Como limite à livre apreciação da prova aparece ainda o art.º 374.º, n.º 2, do CPP, o qual impõe ao julgador o dever de fundamentação das decisões judiciais.

Trata-se de um dever que resulta e vem consagrado na lei fundamental (art.º 205.º, n.º 1, da CRP), exigindo a obrigatoriedade do tribunal especificar os motivos de facto e de direito da decisão (art.º 97.º, n.º 4, do CPP).

A fundamentação deve, portanto, conter uma série de requisitos, designadamente, a enumeração dos factos provados e não provados, bem como uma exposição tanto quanto possível completa, ainda que concisa, dos motivos, de facto e de direito, que fundamentam a decisão, com indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

Ora, é precisamente ao nível da elaboração da decisão judicial (sentença ou acórdão) que ganha aplicabilidade a questão da apreciação da prova, pois é aqui que ao julgador se exige recorrer à racionalidade e objectividade de que se tem vindo a falar.

É um dever que assiste ao julgador, ao qual se exige que

[...] explicitamente o porquê da opção (decisão) tomada, o que se alcança através da indicação e exame crítico das provas que serviram para formar a sua convicção, isto é, dando a conhecer as razões pelas quais valorou ou não valorou as provas e a forma como as interpretou, impondo, ainda, obviamente, o tratamento jurídico dos factos apurados, com subsunção dos mesmos ao direito aplicável, sendo

---

<sup>358</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 328.

<sup>359</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 53.

que em caso de condenação está o tribunal obrigado, como não podia deixar de ser, à determinação motivada da pena ou penas a cominar (singulares e conjunta), posto o que deve proceder à indicação expressa da decisão judicial, com indicação das normas que lhe subjazem<sup>360</sup>.

Pode mesmo falar-se em princípio da fundamentação que

[...] relativamente à sentença penal concretiza-se, porém, mediante uma fundamentação reforçada, que visa, por um lado, a total transparência da decisão, para que os seus destinatários (aqui se incluindo a própria comunidade) possam apreender e compreender claramente os juízos de valoração e de apreciação da prova, bem como a actividade interpretativa da lei e sua aplicação e, por outro lado, possibilitar ao tribunal superior a fiscalização e o controlo da actividade decisória, fiscalização e controlo que se concretizam através do recurso, o que consubstancia, desde a Revisão de 1997, um direito do arguido constitucionalmente consagrado, expressamente incluído nas garantias de defesa – artigo 32.º, n.º 1, da Constituição da República<sup>361</sup>.

Como refere SANTOS CABRAL<sup>362</sup>

A consequência mais relevante da aceitação de limites à liberdade de apreciação da prova estará em que, sempre que tais limites se mostrem violados, será a matéria susceptível de recurso ainda que o tribunal *ad quem* conheça, em princípio, apenas matéria de direito. Tal solução é acolhida expressamente no artigo 410.º, n.º 2, e que a doutrina denomina de “recurso de revista ampliada”<sup>363</sup>.

Assim também PAULO SARAGOÇA DA MATA<sup>364</sup> quando refere que

o entendimento que hoje temos por adquirido do direito ao recurso como um direito a uma efectiva a uma dupla jurisdição apenas se toma possível se, em matéria de facto, a decisão da primeira instância for susceptível de apreciação (substancial) pelo Tribunal de recurso. Por outras palavras, ao Tribunal de recurso terá que ser possível, confrontar os juízos fácticos e inferências lógicas constantes da decisão de primeira instância com as regras da experiência, da lógica, da racionalidade: da probabilidade e da razoabilidade. Esse o único modo plausível de conceber a dupla jurisdição que corresponde ao carácter comunicacional da decisão recorrida<sup>365</sup>.

---

<sup>360</sup> MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira - Artigo 374.º: requisitos da sentença. In GASPAR, António Henriques Silva, coment. [et al] - Código de processo penal: comentado. Coimbra : Almedina, 2014, pp. 1168 e ss.

<sup>361</sup> Artigo 374.º in MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira – Código de processo..., pp. 1168 e ss.

<sup>362</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos - Artigo 127.º: livre apreciação da prova. In GASPAR, António Henriques Silva, coment. [et al] - Código de processo penal: comentado. Coimbra : Almedina, 2014, pp. 463 e ss.

<sup>363</sup> CABRAL, José António Henriques dos Santos - Artigo 127.º, In GASPAR, António Henriques Silva, coment. [et al] - Código de processo ..., pp. 467 e ss.

<sup>364</sup> MATTA, Paulo Saragoça da - A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS, Lisboa, 2003 - Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra : Almedina, 2004. Pp. 252 e ss.

<sup>365</sup> MATTA, Paulo Saragoça da - A livre apreciação da prova..., pp. 252 e ss.

E ainda PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE<sup>366</sup> quando refere que

O tribunal de recurso pode controlar os limites do princípio da livre convicção, enquanto matéria de direito, neste duplo sentido:

- a) Quanto à violação das regras que regulam o modo de formação da convicção:
  - i. Os graus de convicção necessários para a decisão;
  - ii. As proibições de prova;
  - iii. A presunção da inocência.
- b) Quanto à violação do princípio *in dubio pro reo*.

---

<sup>366</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º..., p. 341.



## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da livre apreciação da prova manifesta a sua própria autonomia no âmbito do direito probatório, deixando de se recorrer à subsidiariedade que vinha sendo feita através do recurso ao processo civil, como bem resulta do art.º 127.º do CPP, onde ao julgador é atribuído o poder-dever de apreciar livremente a prova não vinculativa produzida em julgamento, o que faz de forma livre, rompendo assim com o anterior sistema da prova legal.

Contudo, a referida autonomização nunca poderá ser vista como uma mera transposição do processo civil para o processo penal, pois que o direito probatório rege-se por princípios processuais totalmente distintos dos que norteiam o processo civil, máxime, em matéria de apreciação dos factos que possam constituir o objecto do processo, sobre os quais incidirá a respectiva produção de prova e consequente valoração por parte do julgador.

Releva ainda o facto desses mesmos factos que constituem o objecto da prova, o chamado *thema decidendi*, não estarem sujeitos nem limitados por aquelas que sejam as alegações de facto aduzidas pelos distintos sujeitos processuais, quer pela defesa quer pela acusação, sendo atribuído ao julgador uma verdadeira participação activa quanto à eventual adução de novos factos ao processo, onde através do princípio da descoberta da verdade tal possibilidade é admitida.

Todavia, trata-se de uma concepção que só ganharia verdadeiros contornos a partir da primeira metade do século XIX, através da corrente liberal, onde também por influência do modelo dos jurados e da clivagem a que se vinha assistindo em relação ao sistema da prova legal, passaria a afirmar-se um novo paradigma processual, já não de natureza inquisitória, mas antes de natureza acusatória, em detrimento de um sistema de apreciação da prova em que aspectos como a discricionariedade e arbitrariedade pautavam a desregrada conduta dos julgadores, os quais julgavam sem qualquer racionalidade, assistindo, portanto, de uma forma passiva e inoperante ao andamento do processo.

O especial contributo proporcionado pelo júri, o qual baseava a apreciação da prova na sua convicção íntima, e as dificuldades que vinha impondo o sistema da prova legal, sobretudo por se tratar de regras de difícil percepção e conhecimento por parte dos jurados, rapidamente levou ao entendimento de privilegiar a consagração de um sistema de apreciação da prova em que se atendesse de uma forma objectiva aos

factos que constituíam o objecto do processo, sobretudo, por se verificar que as regras legais tendentes à valoração da prova não permitiam nem possibilitavam ao julgador atender ao convencimento que este lograsse alcançar com a respectiva produção de prova.

Assim, o convencimento do julgador passou a poder influir no momento deste proferir a decisão em ordem à prova produzida, nunca podendo alcançar-se uma determinada valoração dos factos em desrespeito ou contra a consciência do julgador, pois que ela constitui um dos pressupostos quanto ao regime da apreciação da prova.

Mas perfilha-se do entendimento de que as normas legais resultantes do sistema da prova legal, constituem autênticas regras da experiência comum, as quais foram alcançadas e estratificadas ao longo dos séculos, não impedindo mesmo que possa afirmar-se a verificada estreita correlação entre o modelo da prova livre e o da prova legal, pois o que ao processo penal interessa é o conhecimento amplo dos factos, o qual é garantido através do princípio da descoberta da verdade, a qual deve aproximar-se, o quanto possível, da certeza, não absoluta, mas de uma probabilidade de certeza dos factos se terem verificado de determinada forma.

A liberdade de apreciação da prova não é, entenda-se, uma liberdade absoluta, mas antes uma liberdade que é delimitada por distintos critérios ou pressupostos (valorativos), como o são as regras da experiência e ainda a livre convicção da entidade competente, assim como também restringem tal faculdade aqueles que são os princípios probatórios (da legalidade, da imediação, da oralidade, da descoberta da verdade, entre outros).

Dir-se-á ainda que a consciência do julgador, por si só, não releva, pois que o procedimento através do qual o julgador deve formar a sua convicção obedece, antes de mais, a especiais deveres de objectivação, de racionalização e até de crítica, exigindo a própria lei a verificação e cumprimento de importantes deveres processuais como a fundamentação e a motivação das decisões judiciais.

Destarte, ao julgador passa a caber-lhe um novo papel, configurando-se a sua função como de averiguador dos factos, em nada se submetendo ou sujeitando àquela que seja a vontade das partes (como usualmente sucede no processo civil, onde vigora o princípio do dispositivo), mas antes àquilo que o julgador acredite ser, segundo a sua consciência, necessário à descoberta da verdade.

Porque o objecto do processo são factos, e não como se possa pensar, as alegações de facto aduzidas pelos distintos sujeitos processuais, será imprescindível caminhar no sentido de cuidar a objectividade de todo o procedimento tendente à apreciação da prova, exigindo-se ainda que a valoração da prova seja racional e crítica, de modo a romper e esbater quaisquer critérios menos seguros (subjectivos, alicerçados antes em razões ou critérios irracionais e até imotiváveis), daí que a apreciação tenha que ser motivada e controlada, o que afasta qualquer discricionariedade que se pretenda atribuir ao julgador.

E repare-se como o modelo da prova livre se repercute e produz efeitos ao longo do processo penal, desde logo, no que aos meios de prova concerne, onde a não taxatividade dos mesmos surge como regra, no sentido de dar cumprimento ao já mencionado princípio do conhecimento amplo dos factos, salvaguardando-se, contudo, a legalidade e admissibilidade dos mesmos através dos critérios substantivos decorrentes do art.º 340.º do CPP.

Portanto, a verdade que o processo penal busca encontrar é uma verdade que podemos chamar de verdade material, a qual exige uma relação de correspondência entre os enunciados e os factos, não pretendendo a mesma culminar numa verdade absoluta mas antes numa verdade o mais próxima quanto possível da verdade objectiva.

São igualmente importantes os efeitos que se fazem sentir, quer ao nível do ónus da prova, quer ao nível do direito à prova, pois que ambos têm repercussões ao nível dos princípios probatórios, máxime, do princípio da presunção de inocência, através do qual opera uma prévia presunção de inocência a favor do arguido, onde sempre que não logre materializar-se a pretensão punitiva caberá ao julgador decidir *in dubio pro reo*, daí sendo de extrema relevância a exigência que se verifica por força do n.º 2, do art.º 374.º, do CPP, onde releva a indiciação e exame crítico das provas que serviram para formar a convicção do tribunal.

Actualmente, é indiscutível que a exigência de objectividade constitui uma autêntica regra de natureza processual, não só no ramo civil mas também no penal, o que também leva a considerar a necessidade da prova, pois quando não logre demonstrar-se determinado facto, que é no que realmente consiste a função das provas, daí decorrerão necessariamente determinados efeitos jurídicos, designadamente, ao nível do ónus da prova, impedindo-se assim que caia sobre o suspeito ou o acusado qualquer dever de ilidir a presunção punitiva, cuja prova dos factos que a integram

será sempre um dever da acusação, evitando-se dessa forma a chamada prova diabólica.

Já o direito à prova é consequência do direito de defesa que impende sobre o suspeito ou sobre o acusado, pois que o processo penal, para que seja justo, deve garantir o pleno respeito e observância de todos os princípios probatórios, nomeadamente, o do contraditório e o da defesa, princípios através dos quais tem vindo a ser posta em causa a questão da igualdade de armas, algo que no processo civil parece não levantar tanta polémica e discussão, sobretudo pelo facto do art.º 340.º, do CPP, parecer possibilitar alguma limitação do direito à prova, fundamento que parece resultar do constante aumento do fluxo de processos judiciais que ocupam os nossos tribunais.

Dito isto, deve frisar-se que a demonstração da realidade dos factos não pode nem deve procurar-se a todo o custo, bastando ao julgador atender àquele que possa ser um juízo de certeza, e não à verdade absoluta, a qual é impossível de alcançar ao homem, o qual comete falhos e erros, tendo até sido intenção do legislador referir expressamente no art.º 127.º, do CPP, o critério da convicção e não o critério da certeza absoluta, bastando-lhe, para tal, afastar a dúvida razoável, pois sempre que esta exista o julgador deverá decidir *in dubio pro reo*.

Quanto à formação da convicção do julgador importa ter presente os distintos graus de prova, através dos quais assume relevância o conceito de indícios, a chamada indiciação suficiente a que a lei faz referência, uma expressão que o legislador quis adoptar no direito probatório e que de certa forma surge como uma verdadeira exigência probatória, sem a qual obviamente não seria possível caminhar no sentido da acusação, a qual muitas das vezes não tem como objecto factos provados mas assenta antes numa probabilidade quase certa de se terem verificado determinados factos (indícios).

No entanto, não se confundam os conceitos de “provado” e “provável”, pois que a produção de prova terá sempre que conduzir a uma convicção e não à simples admissão de uma probabilidade, sendo bastante pertinente a variação de intensidade que o processo penal vai revelando quanto à mencionada exigência probatória, uma vez que a chamada probabilidade razoável vai sendo esbatida no decorrer do processo, máxime, na fase de julgamento, onde em atenção ao tema da prova e ao conjunto de meios de prova produzidos se logrará apurar da verdade dos factos,

salvaguardando-se aqueles casos em que, de facto, a prova dos factos possa ser, muito excepcionalmente, dispensada.

Ainda que a prova directa assuma um lugar privilegiado, no sentido de que o julgador toma conhecimento dos factos através do contacto directo e imediato com a prova produzida, será necessário referir que a prova indirecta, onde a indicição surge como uma subcategoria da mesma, falando-se inclusive em prova indiciária, permite que determinados factos, resultantes de fases prévias ao julgamento, possam, de facto, vir a ser incorporados no processo, em particular, na fase de julgamento, falando-se então em fim intermédio do processo.

O julgamento não se compadece com a referida indicição, só relevando tal prova na medida em que permite a chamada incorporação de factos (e, dessa forma, de provas), exigindo-se, em princípio, a prova efectiva dos factos, sendo a acusação e a pronúncia que tornam legítima a discussão judicial da causa.

Mesmo assim, a prova indiciária, que é uma prova em segundo grau, continua a exigir, tal como acontece em relação a toda a prova, o dever de fundamentação, isto porque os elementos conhecidos no fim do processo (julgamento) podem não corresponder com aqueles que se tenham verificado anteriormente, ao longo das fases prévias, casos esses em que, de facto, é de afastar qualquer condenação.

A indicição possibilita, por assim dizer, um juízo de suspeita, só sendo possível aferir da sua validade através dos efeitos probatórios dos meios de prova, os quais possibilitarão ao julgador formar a sua convicção, sendo certo que se para acusar basta a convicção do MP sobre a indicição suficiente, e para pronunciar também tal indicição é suficiente, já não será assim quanto à condenação, onde se exige a prova dos factos, ou seja, a demonstração da sua realidade.

É indiscutível o enorme contributo que a prova pericial proporciona enquanto meio de prova, através do qual é possível ao julgador tomar nota de especiais conhecimentos que não se encontram no seu domínio, o que leva a dizer que a perícia manifesta uma natureza qualificada, sendo através desses especiais conhecimentos que se tem vindo a falar inclusive, na necessidade da perícia quanto à descoberta da verdade.

Curiosa a distinção que a lei faz a propósito do consultor técnico, cujo relatório apenas consubstancia uma opinião científica, e não um juízo, como acontece em relação ao laudo pericial, o que permite a não fundamentação naqueles casos em que o julgador não partilhe da opinião do consultor.

Há, no entanto, uma limitação ao princípio da livre apreciação da prova quando se atenda ao juízo científico resultante da perícia, pois que tal juízo, porque assenta em especiais conhecimentos do perito, deve subtrair-se à livre apreciação do julgador, comportando, portanto, uma presunção (ainda que ilidível e sem necessidade de contraprova), a qual só em ordem a uma divergência especialmente fundamentada poderá ser afastada e, nesse caso, o que o julgador faz é discordar dos factos a partir dos quais partiu a perícia, exigindo-se, de todas as maneiras, argumentos técnicos ou científicos da mesma natureza daqueles agora postos em evidência, quer isto dizer, uma nova perícia.

Assim, a função da perícia pode consistir na descoberta de factos, o que é logrado através do recurso aos chamados métodos científicos, ou então pode consistir na simples apreciação de factos.

Quanto à prova, importa ainda atender às classes de prova, cuja distinção resulta da relação que se verifica entre o julgador e a fonte de prova, que é o que se verifica particularmente quanto à prova directa e quanto à prova indirecta, o que nos leva a cair, mais uma vez, na prova indiciária, isto porque através dela é ainda possível conceber-se uma tema da prova em segundo grau, quando a partir de factos juridicamente irrelevantes são comprovados factos juridicamente relevantes, defendendo-se assim uma conexão com o tema da prova propriamente dito.

Destarte, tal resultado só é possível de alcançar com a preciosa ajuda e contributo das regras da experiência que, por ilação, permitem a descoberta dos factos que integram o tema da prova.

Só depois de demonstrada a realidade dos factos é possível aplicar o direito, daí que essa demonstração exija, antes de mais, um juízo de certeza, e não de probabilidade, pois que a demonstração da realidade deve ser equivalente à demonstração da verdade que o juízo humano pode alcançar, bastando, para tal, uma opinião de certeza.

Assim, podem os factos que excluem ou atenuam a responsabilidade penal ser provados em julgamento, mesmo quando não tenham sido alegados pela defesa.

Da sentença deverão constar, obrigatoriamente, os fundamentos objectivos que integram a motivação racional do julgador, sempre em atenção à prova produzida em julgamento, relevando a esse nível aquele que é o conceito exigido pela lei penal: alcançar a verdade para além de toda a dúvida razoável.

Por isso que a prova tem como função servir o processo, o que é logrado através do recurso aos meio de prova, cuja produção permitirá alcançar a descoberta da verdade.

Através da perícia, o que o perito faz é elaborar um juízo de facto, juízo esse que se presume subtraído à livre apreciação do julgador.

Mas quanto à formação da convicção do julgador deve ainda salientar-se o importante contributo das máximas da experiência, as quais também consubstanciam juízos, outrossim, hipotéticos, que surgem desligados dos factos concretos que se julgam no processo.

São, de todo o modo, regras ou normas que procedem da experiência, muito mais precisas e concretas que o simples senso comum, e coadjuvam aquela que é o procedimento intelectual através do qual o julgador forma a sua convicção.

Por último, refia-se, que o julgador não pode socorrer-se de todo e qualquer saber, mas apenas do saber que resulte do conhecimento que este teve e adquiriu através do processo (intra-processual), e nunca naquele saber (privado) que resulte de aspectos ou considerações alheias e até estranhas ao processo (extra-processual).



## REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO da Relação de Lisboa de 28.6.2006. Colectânea Jurisprudência. A. XXXI, t. III (2006) p. 151 e ss.

ACÓRDÃO de 9 de Maio de 1995 : valor probatório. Colectânea de Jurisprudência : acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. A. 3, t. 2 (1995) p. 189-190.

ACÓRDÃO do STJ de 5.11.1997. Colectânea de jurisprudência : acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça. A. 5, t. 3 (1997), p. 227.

ACÓRDÃO N.º 133/2007 do Tribunal Constitucional, processo n.º 847/05, relator Conselheiro Pamplona de Oliveira. In PORTUGAL. Tribunal Constitucional – Tribunal Constitucional [Em linha]. Lisboa : TC. [Consult. 19 Mar. 2015]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20070133.html>>.

ACÓRDÃO n.º JSTJ000, processo n.º 08P2035, relator Raúl Borges. In Acórdãos STJ [Em linha]. (01-10-2008). [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/958c21cb7f9851b6802574e20051b481?OpenDocument>>.

ACÓRDÃO STJ de 11.01.2006, processo n.º 4299/05-3.ª sec., relator Oliveira Mendes. In Sumários de Acórdãos das Secções Criminais do Supremo Tribunal de Justiça : 3.ª secção [Em linha]. (Jan. 2006). [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL:<http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/criminal/criminal2006.pdf>>.

ACSTJ de 10-11-2004 : Homicídio tentado Dolo Intenção de matar Valor do relatório médico-legal Tentativa Medida da pena, processo n.º 2146/04- 3.ª, relator Armindo Monteiro. In Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa [Em linha]. Lisboa : PGDL, 2004. [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL:[http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj\\_mostra\\_doc.php?nid=18618&codarea=2](http://www.pgdlisboa.pt/jurel/stj_mostra_doc.php?nid=18618&codarea=2)>.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Artigo 127.º: livre apreciação da prova. In ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de, coment. - Comentário do código de processo penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. 3.ª ed. Lisboa : Universidade Católica, 2009. p. 328-341.

ANDRADE, José Carlos Vieira de - Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra : Almedina, 1983.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de - Noções elementares de processo civil. Coimbra : Coimbra Editora, 1956.

ANDRADE, Manuel da Costa - Sobre as proibições de prova em processo penal. Coimbra : Coimbra Editora, 1992.

ARMENTA DEU, Teresa - Medidas cautelares. In ARMENTA DEU, Teresa - Lecciones de derecho procesal penal. 7.ª ed. Madrid : Marcial Pons, 2013. p. 167-194.

ASENCIO MELLADO, José María - Prueba prohibida y prueba preconstituída. Madrid : Trivium, 1989.

BACILA, Carlos Roberto - Os princípios de avaliação das provas no processo penal e as garantias fundamentais. In BONATO, Gilson, coord. - Garantias constitucionais e processo penal. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002. p. 75-110.

BARREIROS, José António - Manual de processo penal. Lisboa : Universidade Lusíada, 1989.

BEKAERT, Hermann - La manifestation de la vérité dans le procès penal: enseignement donné sous les auspices de la Fondation Francqui à la Faculté de droit de l'Université de Liège au cours de l'année académique 1971-1972. Bruxelles : Bruylant, 1972.

BELEZA, Teresa Pizarro - Tão amigos que nós éramos: o valor probatório do depoimento de co-arguido no processo penal português. Revista do Ministério Público. Lisboa. ISSN 0870-6107. 19:74 (Abril-Junho 1998) 39-60.

BELING, Ernst von - Die Beweisverbote ais Grenzen der Wahrheitserforschung imStrafprozess. Breslau : Schletter, 1903.

BOULOC, Bernard - L'Acte d'instruction. Paris : Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1965.

BRAZ, José - Investigação criminal: a organização, o método e a prova: os desafios da nova criminalidade. 3.ª ed. Coimbra : Almedina, 2013.

BUCHO, José Manuel S. da Cruz ; PEREIRA, Luís M.C. Silva ; SERRANO, Mário A. Mendes - Cooperação judiciária internacional em matéria penal. Lisboa : Centro de Estudos Judiciários, 1998.

CABRAL, José António Henriques dos Santos - Artigo 127.º: livre apreciação da prova. In GASPAR, António Henriques Silva, coment. [et al] - Código de processo penal: comentado. Coimbra : Almedina, 2014. p. 463-478.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes - Direito constitucional. Coimbra : Almedina, 1992.

CARNELUTTI, Francesco - Cuestiones sobre el proceso penal. Trad. de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

CARNELUTTI, Francesco - Teoria generale del diritto. Roma : Foro italiano, 1951.

CASTRO, Artur Anselmo de - Lições de processo civil. Coimbra : Almedina, 1971.

CAVALLARI, Vincenzo - Esecuzione: la nuova disciplina dell'esecuzione penale. In CHIAVARIO, Mario, coord. - Commento al nuovo codice di procedura penale : artt. 568-746. Torino : UTET, cop. 1991. p. 405-414. Vol. 6.

CHIAVARIO, Mario - La riforma del processo penale: appunti sul nuovo Codice. Torino : UTET, 1990.

CIANI, Gianfranco - Misure cautelari personali: Capo IV: forma ed esecuzione dei provvedimenti: art. 291 - procedimento applicativo. In CHIAVARIO, Mario, coord. - Commento al nuovo codice di procedura penale : artt. 272-325. Torino : UTET, cop. 1990. p. 159-164. Vol. 3.

CLIMENT DURÁN, Carlos - La prueba penal. 2.ª ed. Valencia : Tirant lo Blanch, 2005.

COBO DEL ROSAL, Manuel - Tratado de derecho procesal penal español. Madrid : Centro de Estudios Superiores de Especialidades Jurídicas, 2008.

CONSO, Giovanni - Atti processual: diritto processuale penale. In CALASSO, Francesco, dir. e coord. - Enciclopedia del diritto : Atto-Bana. Milano : Giuffrè, 1958. Vol. 4. p. 140-157.

CORDERO, Franco - Procedura penale. 9.ª ed. Milano : Giuffrè, 1987.

CORTÊS, António Ulisses - A fundamentação das decisões no processo penal. Direito e Justiça. Lisboa. ISSN 0871-0336. 11:1 (1997) 283-334.

CRUZ, Sebastião - Direito romano: introdução, fontes. 2.ª ed. , Coimbra : Ed. do Autor, 1973. Vol. 1.

CUNHA, Paulo - Processo comum de declaração: segundo as prelecções do Prof. Paulo Cunha ao curso de processo civil 4º ano na Fac. de Dir. da Universidade de Lisboa ano lectivo de 1939-1940. Apontamentos de Artur Costa e Jaime de Lemos. 2.<sup>a</sup> ed. Braga : Augusto Costa, 1944. 2 Vols.

D'AMBROSIO, Loris - Misure cautelari personali: Capo I: disposizioni generali: art. 278 - determinazione della pena agli effetti dell'applicazione delle misure. In CHIAVARIO, Mario, coord. - Commento al nuovo codice di procedura penale : artt. 272-325. Torino : UTET, cop. 1990. p. 89-92. Vol. 3.

DECRETO-LEI n.º 20:147/1931. D.G. I-Série. 177 (1931-08-01) 1803-1804.

DIAS, Jorge de Figueiredo - Direito processual penal. Coimbra : Coimbra Editora, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel - Instituições de direito processual civil. 5.<sup>a</sup> ed. São Paulo : Malheiro Editores, 2005. Vol. 3.

DOMINIONI, Oreste - La prova scientifica: gli strumenti scientifico-tecnici nuovi o controversi e di elevata specializzazione. Milano : Giuffrè, 2005.

DOMINIONI, Oreste ; AMODIO, Enni - Commentario del nuovo codice di procedura Penale. Milano : Giuffrè, 1989.

EIRAS, Henrique, coment. - O princípio da livre apreciação da prova. In EIRAS, Henrique, coment. - Processo penal elementar. Colaboração de Guilherme Fortes. 7.<sup>a</sup> ed. Lisboa : Quid Juris?, 2008. p. 65-66.

ELLERO, Pietro - De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal. Trad. Adolfo Posada. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid : Editorial Reus, 1968.

ESPANHA. Consejo General del Poder Judicial - Libertad de expresion y derecho penal. [Cursillo organizado por el] Consejo General del Poder Judicial, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, [coordinadores] Fernando Ledesma, Carlos E. Rodrigues. Madrid : Edersa, 1985. (Colección de criminología y derecho penal ; 44).

FAIREN GUILLEN, Victor - Doctrina general dei derecho procesal: hacia una teoría y ley procesal generales. Barcelona : Bosch, 1990.

FARIA, Jorge Ribeiro de - Prova. In CABRAL, Roque, comissão executiva [et al.] – Polis : enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado: antropologia cultural, direito, economia, ciência política : M-P. Lisboa : Verbo, 1986. p. 1687 -1695. Vol. 4.

FENECH, Miguel - Derecho procesal penal. Barcelona : Labor, 1960.

FERREIRA, João Conde - Contributo para a análise da inexistência e das nulidades processuais penais. Coimbra : Coimbra Editora, 1999. (Stvdia ivridica ; 44. ISSN 0872-6043).

FERREIRA, José Dias, anot. - Novíssima reforma judiciária anotada. Coimbra : Imprensa da Universidade, 1892.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso de processo penal. Lisboa : Danúbio, 1986. Vol. 1.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso de processo penal. Lisboa : Danúbio, 1986. Vol. 2.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de - Curso de processo penal. Lisboa : Universidade Católica, 1981. Vol. 3.

FERREIRA, Marques - Meios de prova. In JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL, Lisboa, 1987 - Jornadas de direito processual penal: o novo código de processo penal. Org. Centro de Estudos Judiciários. Coimbra : Almedina, 1988. p. 219-270.

FILHO, António Magalhães Gomes - Direito à prova no processo penal. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

FLACH, Daisson - A verossimilhança nos provimentos de cognição sumária [Em linha]. Porto Alegre : Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006. 146 f. [Consult. 15 Maio 2015]. Dissertação de mestrado apresentada à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, orientada pelo Prof. Doutor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Disponível em WWW:<URL:<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13078/000582365.pdf?sequence=1>>.

FORLENZA, Oberdan - Le misure cautelari nel nuovo processo penale. Napoli : Esselib, 1989.

FUMO, Giacomo - Norme di coordinamento: art. 233 - giudizio direttissimo. In CHIAVARIO, Mario, coord. - Commento al nuovo codice di procedura penale : la normativa complementare: norme di coordinamento e transitorie. Torino : UTET, cop. 1992. p. 189-193. Vol. 2, t. 2.

GALANTINI, Novella - Inosservanza di limiti probatori e conseguenze sanzionatorie. In UBERTIS, Giulio, cura - La conoscenza dei fatti nel processo penale. Milano : Giuffrè, 1992. p. 169-193.

GAMA, Luís Osório da, coment. ; BATISTA, Castro de, coment. - Comentário ao código do processo penal português: art. 1 a 61. Coimbra : Coimbra Editora, 1932. Vol. 1.

GAMA, Luís Osório da, coment. ; BATISTA, Castro de, coment. - Comentário ao código do processo penal português: art. 62 a 157. Coimbra : Coimbra Editora, 1932. Vol. 2.

GAMA, Luís Osório da, coment. ; BATISTA, Castro de, coment. - Comentário ao código do processo penal português: art. 158-249. Coimbra : Coimbra Editora, 1932. Vol. 3.

GAMA, Luís Osório da, coment. ; BATISTA, Castro de, coment. - Comentário ao código do processo penal português: art. 250-399. Coimbra : Coimbra Editora, 1933. Vol. 4.

GAMA, Luís Osório da, coment. ; BATISTA, Castro de, coment. - Comentário ao código do processo penal português: art. 400-561. Coimbra : Coimbra Editora, 1933. Vol. 5.

GAMA, Luís Osório da, coment. ; BATISTA, Castro de, coment. - Comentário ao código do processo penal português: art. 562-700. Coimbra : Coimbra Editora, 1934. Vol. 6.

GASPAR, António Henriques, coment. [et al.] - Código de processo penal: comentado. Coimbra : Almedina, 2014.

GESTO ALONSO, Blanca - La pertinencia y utilidad de las pruebas. Pamplona : Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991.

GONÇALVES, Manuel Lopes Maia, anot. - Código de processo penal: anotado: legislação complementar. 12.<sup>a</sup> ed. Coimbra : Almedina, 2001.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás - Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid : Colex, 1990.

GUZMÁN, Nicolás - La verdad en el proceso penal: una contribución a la epistemología jurídica. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2006.

JIMENEZ ASENJO, Enrique - Derecho procesal penal. Madrid : Revista de Derecho Privado, [1949]. Vol. 1.

LATTANZI, Giorgio ; LUPI, Ernesto - Il nuovo codice di procedura penale: annotato con le relazioni e con i lavori preparatori. Milano : Giuffrè 1989.

LEI n.º 45/2004, de 19 de Agosto : Regime jurídico das perícias médico-legais e forenses. In Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa [Em linha]. Lisboa : PGDL, 2004. [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=403&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=403&tabela=leis)>.

LEONE, Giovanni - Manuale di diritto processuale penale. Napoli : Jovene, 1988.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo - Tratado de derecho procesal penal. 4.<sup>a</sup> ed. Cizur Menor : Aranzadi, 2010.

LOZZI, Gilberto - Riflessioni sul nuovo processo penale. Torino : G. Giappichelli, 1990.

MACHADO, Miguel Nuno Pedrosa - O princípio in dubio pro reo e o novo Código de Processo Penal. Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. ISSN 0870-8118. 49:2 (Setembro 1989) 583-611.

MAGLIOCCA, Giuseppe - Il diritto di difesa. In DEAN, Giovanni, cura - Fisionomia costituzionale del processo penale. Torino : Giappichelli, 2007. p. 61-63.

MALAFIA, Joaquim - A linguagem no depoimento das testemunhas e a livre apreciação da prova em processo penal. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Lisboa. ISSN 0871-8563. 20:4 (Outubro-Dezembro 2010) 555-578.

MATTA, Paulo Saragoça da - A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In JORNADAS DE DIREITO PROCESSUAL PENAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS, Lisboa, 2003 - Jornadas de direito processual penal e direitos

fundamentais. Coordenação científica de Maria Fernanda Palma. Coimbra : Almedina, 2004. p. 221-279.

MENDES, António Jorge Fernandes de Oliveira - Artigo 374.º: requisitos da sentença. In GASPAR, António Henriques Silva, coment. [et al] - Código de processo penal: comentado. Coimbra : Almedina, 2014. p. 1167-1172.

MENDES, João de Castro - Direito processual civil. Lisboa : AAFDL, 1989.

MENDES, João de Castro - Do conceito de prova em processo civil. Lisboa : Ática, 1961.

MERLE, Roger ; VITTU, André - Traité de droit criminel: procédure pénale. 3<sup>ème</sup> éd. Paris : Cujas, 1979. Vol. 2.

MESQUITA, Paulo Dá - Processo penal, prova e sistema judiciário. Coimbra : Coimbra Editora, 2010.

MIRANDA, Jorge, anot. ; MEDEIROS, Rui, Anot. - Constituição portuguesa anotada: introdução geral: preâmbulo: artigos 1.º a 79.º. Coimbra : Coimbra Editora, 2005. T. 1.

MONTERO AROCA, Juan - Valoración de la prueba, reglas legales, garantía y libertad en el proceso civil. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Garantista. Lima. (2007) 46-170.

MOREIRA, José Carlos Barbosa - Regras de experiência e conceitos jurídicos indeterminados. In MOREIRA, José Carlos Barbosa - Temas de direito processual : segunda série. São Paulo : Saraiva, 1988. p. 61-82.

MORENO Catena, Víctor [et al.] - El proceso penal : doctrina, jurisprudencia y formularios. Valencia : Tirant lo Blanch, 2000. Vol. 3.

MUNOZ CONDE, Francisco - La búsqueda de la verdade en el processo penal. Buenos Aires : Hammurabi, 2000.

NAZARETH, Francisco J. Duarte - Elementos do processo criminal [Em linha]. 2.<sup>a</sup> ed., reformada e muito aumentada. Coimbra : Impr. Universidade, 1849. [Consult. 10 Maio 2015]. Disponível em WWW:URL:<http://purl.pt/24723/3/#/8>>.

NEVES, A. Castanheira - Sumários de processo criminal : (1967-1968). Coimbra : [s.n.], 1968.

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

NOBILI, Massimo - Dibattimento: Capo III: instruzione dibattimentale: art. 511 - letture consentite. In CHIAVARIO, Mario, coord. - Commento al nuovo codice di procedura penale : artt. 465-567. Torino : UTET, cop. 1991. p. 423-433. Vol. 5.

NUVOLONE, Pietro - Il diritto penale de la stampa. Padova : Cedam, 1971.

OLIVA SANTOS, Andrés de la [et al.] - Derecho procesal penal. Madrid : Centro de Estudios Ramon Erecas, 1993.

PAIVA, José da Cunha Navarro de - Projecto de código do processo criminal. Lisboa : Imprensa Nacional, 1874.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús [et al.] - Derecho procesal penal. 3.<sup>a</sup> ed. Camino de Galar : Aranzadi, 2014.

PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús [et al.] - Derecho procesal penal. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid : Civitas, 2010.

PESSOA, Flávia Guimarães - Máximas de experiência no processo civil. Aracaju : Evocati, 2006.

PIMENTA, José da Costa, coment. - Código de processo penal : anotado. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa : Rei dos Livros, 1991.

PIÑOL RODRÍGUEZ, José Ramón - Condición de imputado e imputación judicial. In PÉREZ-CRUZ MARTÍN, Agustín-Jesús [et al.] - Derecho procesal penal. 3.<sup>a</sup> ed. Camino de Galar : Aranzadi, 2014. p. 493-496.

PISAPIA, Gian Domenico - Compendio di procedura penale. Padova : Cedam, 1975.

REIS, José Alberto dos, coment. - Código de processo civil: anotado: artigos 550º a 657º. Coimbra : Coimbra Editora, 1981. Vol. 4.

REIS, José Alberto dos, coment. - Código de processo civil: anotado: artigos 658º a 720º. Coimbra : Coimbra Editora, 1981. Vol. 5.

ROSENBERG, Leo - La carga de la prueba. Trad. de Ernesto Krotoschin. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956.

ROSITO, Francisco - Direito probatório: as máximas da experiência em juízo. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2007.

ROXIN, Claus - Derecho procesal penal. Trad. de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires : Editores del Puerto, 2000.

ROXIN, Claus - Strafverfahrensrecht. München : Beck, 1987.

SANTOS, Gil Moreira dos - Princípios e prática processual penal. Coimbra : Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Simas, anot. ; HENRIQUES, Leal, anot. - Código de processo penal: anotado: art. 1 a 240. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa : Rei dos Livros, 1999. Vol. 1.

SANTOS, Simas, anot. ; HENRIQUES, Leal, anot. - Código de processo penal: anotado: art. 241 a 524. 2.<sup>a</sup> ed. Lisboa : Rei dos Livros, 2000. Vol. 2.

SENDRA, Vicente Gimeno - Derecho procesal penal. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid : Colex, 2007.

SILVA, Germano Marques da - Curso de processo penal. 2.<sup>a</sup> ed., revista e actualizada. Lisboa : Verbo, 2000. Vol. 3.

SILVA, Germano Marques da - Curso de processo penal. 4.<sup>a</sup> ed., revista e actualizada. Lisboa : Verbo, 2008. Vol. 2.

SILVA, Germano Marques da - Princípios gerais do processo penal e a Constituição da República Portuguesa. Direito e Justiça. Lisboa. ISSN 0871-0336. 3 (1987-1988) 163-178.

SILVA, Germano Marques da - Produção e valoração da prova em processo penal. Revista do CEJ. Lisboa. ISSN 1645-829X. 4 (1.<sup>o</sup> semestre 2006) 37-54.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti - As máximas de experiência no processo civil. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2011.

SIRACUSANO, Delfino [et al.] - Manuale di diritto processuale penale. Milano : Giuffrè 1991. Vol. 2.

SOUSA, João Henrique Gomes de - Das nulidades à "fruit os the poisonous tree doctrine". Revista da Ordem dos Advogados. Lisboa. ISSN 0870-8118. 66:2 (Setembro 2006) 703-734.

SOUSA, Joaquim José Caetano Pereira e - Primeiras linhas sobre processo Criminal. Lisboa : Oficina de Simão Thaddeo Ferreira, 1800.

SOUSA, Luís Filipe Pires de - Prova testemunhal. Coimbra : Almedina, 2013.

SOUZA, Marnoco e, coment. - Constituição política da República Portuguesa: comentário. Coimbra : F. França Amado, 1913.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – Acórdão n.º JSTJ00035174, processo n.º 97P1120, relator Hugo Lopes. In Acórdãos STJ [Em linha]. (12-02-1998). [Consult. 18 Nov. 2014]. Disponível em WWW:<URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5f30667a0a7cf83d802568fc003b9f00?OpenDocument>>.

TARUFFO, Michele - Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz. Revista da Escola Paulista de Magistratura. São Paulo. 2:2 (Julho-Dezembro 2001) 171-204.

TOSCHI, Andrea - Il segreto nell'istruzione penale. Milano : Giuffrè, 1988.

TOURNIER, Clara - L'intime conviction du juge. Aix-en-Provence : Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2003.

UBERTIS, Giulio - La conoscenza del fatto nel processo penale. Contributi di Alfredo Avanzini [et al.]. Milano : Giuffrè, 1992.

VARELA, João de Matos Antunes ; BEZERRA, J. Miguel ; NORA, José Joaquim Sampaio e - Manual de processo civil. 2.ª ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1985.