

**“INDÍCIOS SUFICIENTES”:
PARÂMETRO DE RACIONALIDADE E “INSTÂNCIA” DE LEGITIMAÇÃO
CONCRETA DO PODER-DEVER DE ACUSAR**

I. Conceito de “indícios suficientes”

◆ *Matriz jurídica do conceito de “indícios suficientes”*

Uma das questões fundamentais do processo penal, bem como do sistema de justiça em geral, é a da determinação de uma “matéria de facto” que sirva de base ao desígnio de um concreto procedimento e, eventualmente, à aplicação de uma pena.

Apesar da incontestável pertinência do *modo* como tal factualidade se estabelece, quer sob o ponto de vista do processo mental¹ de decisão do julgador quer sob o ponto de vista de compatibilização normativa, em concreto, o assunto não tem merecido grande acolhimento nas reflexões e produções doutrinárias.

No momento de encerramento do inquérito, o juízo de conformação do exercício da acção penal – “orientada pelo princípio da legalidade” (art. 219.º n.º 1 da CRP) –, a cargo do Ministério Público², pauta-se pela determinação concreta de “indícios suficientes” da verificação do crime, da identificação do agente e da sua responsabilidade. Consequentemente, o conceito de “indícios suficientes” torna-se a questão central do sentido da decisão, a qual não reveste apenas natureza instrumental que faz despoletar o procedimento antes se assume como verdadeira decisão de mérito³ pela qual se “fixa” uma factualidade e respectiva qualificação jurídica e, por essa via, se define o objecto do processo⁴.

Neste particular, pode afirmar-se que o conceito de indiciação suficiente funciona como critério operativo de estabelecimento da base instrutória de vinculação

¹ - Que leva, por exemplo, Paul Ricoeur a identificar no “acto de julgar” uma finalidade (imediata) de “separar, com vista a pôr fim à incerteza” (*in O Justo ou a essência da justiça*, Inst.º Piaget, Lisboa, 1997, pag. 163 - 169).

² - No texto, perspectivada, por simplicidade de análise, exclusivamente para crimes públicos e semi-públicos.

³ - Quer se trate de despacho de acusação quer de arquivamento. Em sentido discordante, cfr. Germano Marques da Silva, *in Curso de Processo Penal*, Vol. III, Verbo, Lisboa, 2000, p. 103. No entanto, no sentido de reconhecer ao arquivamento força análoga à do caso julgado ou de caso julgado *rebus sic stantibus*, cfr. Eduardo Correia, *in Despacho de arquivamento do processo e caso julgado*, RLJ 99, p. 33 e ss. e J. Figueiredo Dias, *Direito processual penal*, I vol., Coimbra Edt.º, reimpressão 1984, p. 410 e ss.

⁴ - Em rigor, só tendencialmente, já que na situação de abertura da instrução a requerimento do assistente e na da alteração dos factos acordada na fase de julgamento o objecto do processo não é definido pelo MP; cfr ainda as normas dos arts. 303º, 358º e 359º CPP; sobre o tema, entre outros, Frederico Isasca *in Alteração subatancial dos factos e sua relevância no processo penal português*, Almedina, Coimbra, 1992.

intraprocessual dos sujeitos processuais⁵, ao facto, à culpa, à qualificação jurídica e à pena⁶, por rejeição da ideia de mera vinculação *quoad facta* da decisão do MP (*maxime*, de acusação) no contexto da força “constitutiva” que se reconheceria à função jurisdicional na aplicação do Direito.

De resto, a decisão sobre a acção penal constitui o ponto axial para que tende o inquérito, enquanto actividade de “natureza teleologicamente vinculada”⁷ que co-envolve os polos da “correlação funcional – notícia do crime, investigação e encerramento”⁸ – desta fase processual.

Na decorrência disso, a formulação do juízo de indicição suficiente pressupõe o estabelecimento positivo de dois juízos prévios⁹: o da admissibilidade legal do procedimento ou verificação das condições legais, adjectivas e substantivas; e o da suficiência do inquérito ou realização integral da investigação (entendida esta como a realização das diligências de prova necessárias e suficientes – logo, com preterição das inúteis – tendo em vista a decisão de mérito).

Para o contexto em apreço, vem o n° 1 do art. 283° erigir em *critério de decisão* (de acusação) terem sido recolhidos, durante o inquérito, “indícios suficientes” da prática do crime e da identificação do seu autor. O que significa, pela negativa, que a não suficiência de indícios implica uma decisão de abstenção da acção penal (arquivamento previsto no art. 277° n° 2 do CPP) por parte do MP.

E o n° 2 daquele preceito legal define como “suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou medida de segurança”.

Contrariamente ao que sucedia no CPP/1929, o legislador de 1987 tomou posição expressa, vertida no aludido segmento legal, sobre a noção de “indícios suficientes”. E, se por um lado, a lei parece acolher o entendimento doutrinal e jurisprudencial que pontificava no pensamento jurídico dominante, na vigência daquele código, também revela

⁵ - A começar pelo MP, face à irretroatividade da acusação e ao dever de sustentar o “objecto” da mesma.

⁶ - Cfr. J. M. Damião da Cunha que trata a perspectiva da “acusação como vinculação a uma pena” e tendo em vista as considerações que ora se tecem (*in O caso julgado parcial – questão da culpabilidade e questão da sanção num processo de estrutura acusatória*, UCP, Porto, 2002, p 157 e ss, 166 e ss.).

⁷ - Ou seja, inquérito dirigido à decisão do MP *sobre* a acusação, sem prejuízo do aproveitamento do “dossiê” pelo juiz na instrução, que não já pelo juiz de julgamento, atenta a ideia da restrição à contaminação da prova de julgamento pela prova do inquérito.

⁸ - Para melhor explicitação de tais asserções cfr. P. Dá Mesquita, *in Direcção do inquérito penal e garantia judiciária*, Coimbra Edtª, 2003, pags. 76 e ss, 85 e ss.

⁹ - Considera-se prévio do ponto de vista lógico, não necessariamente cronológico (podem ser contemporâneos).

uma intencionalidade de conferir àquela noção uma natureza eminentemente *jurídica*, não obstante a sua densificação e o seu carácter operativo¹⁰ se mostrarem de difícil recorte.

A vinculação temática, a que dá lugar a decisão conformada pelo juízo de suficiência de indícios, significa que a ponderação de indícios e o estabelecimento da sua suficiência abrange a representação judiciária da dimensão histórico-naturalística do facto, a inerente imputação objectiva, a declaração da culpa e o confinamento do quadro de consequências legais, o mesmo é dizer que a noção de “indícios suficientes” se torna operativa ou o seu conteúdo útil se dirige não só às proposições de facto mas também às proposições normativas, designadamente, as inerentes ao enquadramento jurídico-penal do facto, à autoria e participação, ao *modus operandi* nos crimes de forma vinculada, etc.. De tal modo que fica vedado ao MP acusar alguém por um crime de furto qualificado – sob pretexto de, acusando por “mais”, pode sempre convolar-se para “menos” –, se a indicição é apenas suficiente para o crime na forma simples (v.g. é escassa a prova ou há dúvida sobre a verificação de determinada circunstância do art. 204º CP). Do igual sorte que há-de estar já indiciada a condição objectiva de punibilidade que o tipo legal em causa exige para o seu preenchimento, não obstante ser condição da condenação, atenta a formulação legal de “indícios” do crime que “por força deles”, no momento da acusação, a condenação se apresente como provável, a que acresce o argumento da observância do princípio da presunção de inocência nesta fase processual.

Deste quadro introdutório resulta a necessidade de decompor e explicitar o sentido dos termos do binómio “indícios suficientes”: saber o que são indícios, qual a medida de “suficientes” e para que efeito os indícios precisam de ser suficientes.

Sobre a primeira questão, cabe assinalar a polissemia com que o termo “indícios” é usado, às vezes, por contraposição à noção de “prova”, outras vezes, por equiparação a esta (de resto, sufragável em face da enunciação do princípio da legalidade / liberdade da prova – art. 125º do CPP). Da mesma forma, o termo “prova” pode assumir, na linguagem jurídica e judiciária, diversos significados – o que o torna um conceito relativo e, não raro, equívoco –, que se podem, basicamente, aglutinar no sentido de “meios de prova e meios de obtenção de prova”¹¹; de “actividade” de recolha e produção de (meios) prova; e ainda de “resultado” probatório.

¹⁰ - A reclamar, por exemplo, uma análise por justaposição concreta segundo os tipos de crimes, atenta a diferenciação de material probatório que lhes dá suporte, pretensão que não cabe no plano deste texto.

¹¹ - Ainda assim, insuficiente para, em rigor, abarcar diversas “técnicas de investigação” como é, por exemplo, o agente encoberto.

Numa tentativa de demarcação da prova “institucional”, “representativa” ou “directa”, pode afirmar-se que “indícios”¹² são os factos conhecidos e aceites de onde se extrai, por inferência lógica ou pelas regras da experiência ou através de leis científicas, a verificação de um facto histórico¹³ e que é comum identificar-se por “prova indiciária”¹⁴ ou, também dita, “prova lógica”. De um ponto de vista abrangente, os “indícios” são sinais, vestígios, referências factuais, etc. que permitem entrever algo, sem revelar directamente, constituindo princípio de prova, ou ainda sugerem no espírito do julgador a adequação da condição causal, equiparando o valor probatório ao da prova directa¹⁵.

Ora, a suficiência indiciária afere-se em função das provas (“representativas”) e indícios (“lógicas”), ou seja, do material probatório coligido no inquérito, permitindo ao MP proferir ou não um despacho de acusação; do mesmo modo que, no julgamento, o tribunal aprecia em ordem à formação da sua convicção, de condenação ou de absolvição, todas as provas e indícios, com excepção de “*quaisquer* provas que não tenham sido produzidas ou examinadas em audiência” (art. 355º). De onde parece resultar que, na normalidade dos casos, uma acusação se sedimenta em provas (e não meros indícios), desde que elas satisfaçam o desígnio de “indiciação suficiente” e ainda que não está excluído que uma condenação se baseie, nos seus aspectos determinantes (v.g. autoria), apenas em indícios¹⁶. Pelo que não me parece que decorra, a partir das disposições legais, uma contraposição do sistema entre “indícios” de acusação e “prova” de condenação¹⁷, para daí fazer derivar uma diferenciação de grau de probabilidade da “verdade” indiciada ou provada.

A nota mais expressiva que avulta entre as duas variantes de material probatório que dá corpo a um e outro juízo – ambos orientados por uma pretensão à verdade – reside na diferença de “ambiente” ou “atmosfera” em que se formam. De resto, ambas cabem

¹² - Conceito muito discutido na doutrina portuguesa e estrangeira – vide v.g. G. Marques da Silva, *in Curso...* Vol. II, p. 96 e ss; Paolo Tonini, *A prova no processo penal italiano*, Edtª Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002; C. J. Mittermaier, *in Tratado de la Prueba en materia criminal*, 10ª edª, Reus AS, 1979.

¹³ - Assim, a “coincidência” do empregado de caixa de um estabelecimento desaparecer no dia em que ocorreu naquela um desfalque indicia (a suspeita da) a autoria do crime; o sentimento da honra ou o ciúme constituirão indícios de certos crimes de homicídio “passional”; a ponta do cigarro da marca que certo suspeito fuma e a configuração dentária, correspondente ao molde de dentição daquele, marcada na perna da vítima de violação constituem indícios da autoria do crime; o depósito regular (mensal) de uma soma apreciável (v.g 5 ou 6 mil euros), em dinheiro (notas), em instituições bancárias ou a aquisição de um veículo topo de gama, em dinheiro, por parte de um fiscal da câmara ou de inspector de finanças constituirá indício do crime de corrupção (ou outro), não dispondo de rendimentos (de profissão ou outros) que justifiquem os valores daquelas operações.

¹⁴ - No sentido de que a convicção sobre os factos se infere de um conjunto de indícios (cfr. Vicente Gimeno Sendra, Cândido Conde-Pumpido Tournon, Jose Garberi Llobregat *in Los Procesos Penales*, Tomo V, Bosch, Barcelona, 2000, pag 686 e ss.).

¹⁵ - Neste último sentido, M. Cavaleiro de Ferreira, *in Curso de processo penal*, I, Verbo, Lisboa, 1981, p. 290.

¹⁶ - Muitas vezes assim sucede em crimes de homicídio (o relatório pericial, por regra, prova que alguém está morto e como morreu, não identificando quem provocou a morte) e em crimes de índole sexual.

¹⁷ - Enunciada por Germano Marques da Silva, *in Curso...*, Vol. II, Verbo, Lisboa, 2000, p. 98 e ss.

na clássica noção de prova em sentido amplo: “todo o facto supostamente verdadeiro que se presume deva servir de motivo de credibilidade sobre a existência ou inexistência de outro facto”¹⁸, aquele designado facto probatório e este facto principal ou probando.

◆ *Medida da suficiência de indícios*

No que concerne á *suficiência* de indícios e ao *referente* de aferição, importa ter presente que, por definição legal, aquela suficiência está funcionalizada a uma parametrização de condenação e não a um mero desígnio de fazer despoletar o procedimento, participando no “saneamento” sucessivo do processo.

Com efeito, na decomposição analítica do juízo de indiciação a partir do parâmetro legal, sobreleva, por um lado, a dimensão *retrospectiva* da suficiência do material probatório coligido no inquérito¹⁹, quando se estabelece que dos “indícios” e [...] “por força deles” (nº 2 do art. 283º) – e *não de outros*, eventualmente cogitados nesta altura – há-de resultar a aplicação, em julgamento, de uma pena ou medida; e, por outro lado, a dimensão de *prognose* sobre o comportamento de produção e replicação²⁰ da prova, em julgamento, por forma a ser expectável, como “possibilidade razoável”, a aplicação de uma pena ou medida de segurança.

Assim, os indícios que, por força deles, façam derivar, em prognose, a possibilidade razoável de condenação constitui *critério de justificação* que permite ao MP sustentar a acusação.

Na densificação do conceito em apreço, revela-se uma questão decisiva a adopção de um parâmetro de “mensuração” que desenhe o limiar da suficiência de indícios, o que convoca a relação crítica do material probatório com o grau de expectativa de condenação que aquele consente.

Sobre este aspecto, a tendência maioritária que se surpreende na doutrina²¹ e jurisprudência²² aponta para uma diferenciação de graus de “certeza” entre o juízo de suficiência indiciária, no inquérito, e o juízo probatório de condenação, no julgamento.

¹⁸ - J. Bentham, *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Edit. Comares, 2001 (original de 1823), p. 15.

¹⁹ - De resto, pacificamente, reconhecido como base de trabalho da análise e exame crítico que a decisão de encerramento do inquérito envolve (cfr. Germano Marques da Silva, *in Curso...*, Vol. III, Verbo, Lisboa, 2000, p. 117 e ss.)

²⁰ - É mister reconhecer que o processo penal, em concreto, da fase de inquérito à de recurso, comporta uma infundável repetição de produção de prova e de sucessivos juízos sobre a imputação objectiva e sobre e a culpa do arguido.

²¹ - J. Souto de Moura, “Inquérito e Instrução” *in Jornadas de direito processual penal – o novo Código de processo penal*, Centro de Estudos Judiciários, Almedina, 1991, p. 115; Germano Marques da Silva, *in Curso...*,

Neste registo, pode evidenciar-se um primeiro critério de aferição da “possibilidade razoável”, que norteia a suficiência de indícios, a saber, o da *simples* ou *mera possibilidade* de condenação.

No plano da justificação, esta tendência procura apoio numa pretensa diminuição de exigência do actual Código de Processo Penal, face ao Código de 1929 na vigência do qual pontificou a ideia de “forte” ou “alta probabilidade” de condenação; faz também ressaltar o teor literal do art. 283º n.º 2 que alude a “*uma* possibilidade razoável” por contraposição “*a* possibilidade razoável”; além de que se compagina facilmente com uma divulgada visão segundo a qual a uma condenação subjaz uma *certeza* de conhecimento e uma *prudência* de decisão.

Os argumentos convocados mostram-se, todavia, refutáveis, já que, por um lado, a invocada sucessão de regimes processuais, nesse pormenor, não constituiu uma ruptura de parâmetro jurídico²³; por outro lado, a leitura de uma pretensa *mens legislatoris* na utilização do artigo indefinido “uma”, em vez do definido “a”, parece ter um carácter mais especulativo que outro mérito já que, no limite, poderia, então, tender para infinito a possibilidade²⁴, redundando em *remota* ou *ínfima* possibilidade de condenação (que o princípio da presunção de inocência não toleraria); no mais, a propósito da comparação formulada com o juízo probatório de condenação sempre se poderá dizer que a “certeza” a que se faz referência é a “subjectiva” (convicção) e, no dizer de Castro Mendes, toda a convicção humana é uma *convicção de probabilidade* – não de certeza objectiva ou de verdade científica –, ou ainda, como referia José Osório “os juízes julgam sempre, pode dizer-se, com probabilidades e, na apreciação do justo grau de probabilidade, está o segredo do acerto da decisão”²⁵, posições que representam a rejeição do preconceito da infalibilidade do julgador.

Vol. II, Verbo, Lisboa, 2000, p. 98-100; Teresa Beleza que defende uma tripla estratificação do grau de certeza consoante a fase processual (acusação, pronúncia, sentença) in “Tão amigos que nós éramos – o valor probatório do co-arguido no processo penal português”, *RMP*, ano XIX, 1998, n.º 74, p. 55 e ss.

²² - V.g Ac RC de 17/04/1996, BMJ 456, p. 512 ; Ac RE de 04/02/1997, BMJ 464, p. 633.

²³ - Uma vez que a ideia rectora de “indícios suficientes” se extraía já do art. 349º do CPP/29 ou a de “prova bastante” do art. 345º do mesmo código e do art. 26º do DL 35.007, a que a doutrina associava o critério de “alta probabilidade” de condenação ou maior probabilidade desta do que da de absolvição (cfr. J. Figueiredo Dias, *Direito...*, p. 133 e A Castanheira Neves, in *Sumários de processo criminal*, Coimbra (policopiado), 1968, p. 39); ou ainda Ac STJ 01/03/1961, in BMJ, 105, Abril/1961, p. 439; Ac RC de 10/04/1985, CJ, 1985, n.º 2, p. 81; Uma descontinuidade de critério, no sentido de o aligeirar, não se compreenderia já que a intencionalidade programática de criar um quadro processual (mais) garantístico não poderia ser descompensada com uma maior contingência ou veleidade acusatória, sob cobertura legal.

²⁴ - E não seria operativa já que haveria sempre *uma* possibilidade (remota) de o arguido confessar a prática em julgamento, de modo divergente do sentido da prova (o que poderia autorizar a condenação).

²⁵ - “Julgamento de facto” in *Revª Direito e Estudos Sociais*, Atlântida Livª Edtª, Coimbra, ano VII, 1954, p. 218.

Uma outra via de medida da “possibilidade razoável” estriba-se na fórmula da *possibilidade preponderante* ou *dominante* de condenação – baseada no modelo matemático-estatístico de “probabilidade”²⁶, aplicado à prova judicial²⁷, por via do qual se estabelece uma estimativa de condenação superior a 50% – que se enuncia através da asserção “ser mais provável a condenação que a absolvição”²⁸.

Esta concepção, de resto, torna-se mais operativa, para o efeito em discussão, que a teoria do cálculo ou “demonstração modal” que afirma ou nega determinada proposição de facto consoante a variação probatória entre as categorias “possível-impossível” e “contingente-necessário” referenciadas ao facto probando.

A particularidade da “medida” daquele critério – acima do ponto médio de possibilidades – parece colher arrimo, no plano legal, na *razoabilidade* (sugeria pelo termo “razoável”) da possibilidade e, no plano epistemológico, numa ideia de *verosimelhança*.

Ora, se é certo que a ideia de verosimelhança traduz, obviamente, uma louvável coerência lógica interna, não é menos verdade que, em linguagem corrente, não descola do significado etimológico de “semelhante à verdade”, logo, curto para uma ideia de “pretensão à verdade”, além de, no plano jurídico, se afigurar mais ajustada ao âmbito da responsabilidade civil objectiva ou pelo risco²⁹, logo, traduzindo, porventura, uma ideia imprecisa de imputação objectiva (a que se não pode associar presunções jus-penais) e, por conseguinte, insatisfatória para a selecção de uma matéria de facto, em processo penal, de onde decorrem consequências jurídicas.

Acresce que – admitindo, por razões de análise, que os juízos a estabelecer nesta sede são passíveis da mensuração que se sugere – é pacífico que, no plano da aludida concepção, 60% de hipóteses de condenação revela uma “razoável” possibilidade; e, nos termos da mesma definição, 51% também já o é³⁰; no entanto, uma dúvida (*in dubio*) de 49% não deixa de ser qualificada de “razoável”³¹ (desprezível que é, neste campo, a diferença destes dois números); e poder-se-á dizer que 50% de hipóteses de condenação é, em

²⁶ - Que se pode traduzir pela determinação de um número menor que a unidade de referência (100, na escala percentual), associado a um evento aleatório e medido pelo *score* de ocorrência num vasto universo considerado.

²⁷ - Sobre o assunto, pode encontrar-se subsídios de leitura – designadamente acerca do teorema de Bayes ou a concepção de prova como probabilidade indutiva ou lógica (M. Taruffo) – em M Gascón *in Los hechos en el Derecho – bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons Ed, Madrid, 1999, pag 169 e ss.

²⁸ - Ao que julgo, grande parte da doutrina e da jurisprudência tomam partido, explícita ou implicitamente, por esta tese (cfr. Germano Marques da Silva, *Curso...*, 199, p. 99-100).

²⁹ - Como sucede com a adopção do conceito de verosimelhança da verificação de um facto (provado) v.g. na Convenção de Lugano, em matéria de riscos ambientais. Curioso que, no sistema inglês, o critério de preponderância no Direito civil, baseado no *the balances of probabilities*, denota um grau de certeza não tão elevado como o exigido em Direito penal, definido pela negativa através da *beyond reasonable doubt* (Nesta parte, M. Delmas-Marty, *Procédures pénales d'Europe*, Paris, 1995, p. 521).

³⁰ - Logo, legitimando um libelo acusatório.

linguagem corrente, uma possibilidade “razoável” e até, eventualmente, 40% não deixará de o ser... Aritmética esta que empresta um relativo valor de medida ao critério da possibilidade *preponderante*.

De referir ainda que a configuração a que as duas orientações referenciadas conduzem, ancoradas na ideia de um juízo de verdade *menos intenso* que o de julgamento, é a de que a noção de “indícios suficientes” funciona como “filtro remoto” da litigiosidade que há-de chegar a julgamento, a par de outros “filtros” (v.g decisão instrutória ou despacho previsto no art. 311º do CPP).

Tal visão não parece merecer acolhimento. Por um lado, porque o nível probatório da instrução se reconduz, por força da remissão do art. 308º do CPP, ao mesmo conceito e a margem de liberdade de apreciação do que seja uma acusação manifestamente infundada, nos termos do nº 3 do art. 311º, não é dirigida à ponderação de indícios. Por outro lado, como se viu, o juízo de indiciação suficiente está funcionalizado à ideia de aplicação de uma pena e não à de mera submissão à audiência de julgamento, servindo, por conseguinte, de *critério de decisão* e de *critério de justificação* que legitima, em concreto, o procedimento. Entendimento este que rejeita uma prática judiciária de cedência a preconceitos de, a partir de uma mediania de indícios, acusar e deixar funcionar a contingência da prova e o alvedrio judicial, ou acusar para “sancionar” o arguido³² ou acusar para fazer “alguma” justiça ao ofendido³³.

Posto o que, no meu modo de ver, apenas o critério da *possibilidade particularmente qualificada* ou de *probabilidade elevada* de condenação, a integrar o segmento legal da “possibilidade razoável”, responde convenientemente às exigências do processo equitativo, da estrutura acusatória, da legalidade processual³⁴ e do Estado de Direito

³¹ - Logo, importando um *non liquet* em favor do arguido (arquivamento).

³² - Já que ele “merece” ir, pelo menos, a julgamento...

³³ - Que, só por falta de prova, não vê o seu pretense algoz castigado (v.g. em caso de crime sexual). De resto, se se reconhece ao ofendido o direito ao procedimento penal, verificadas certas condições substantivas e de procedibilidade, e já não o direito à pena a aplicar ao arguido, também dificilmente se descortinará, no actual sistema, um direito daquele (ou deste) ao (seu) julgamento – a não ser por concessão pontual ao modelo “inquisitório” – porquanto a racionalização do conflito faz deslocar o epicentro da disponibilidade e da decisão para outro plano. A questão prende-se ainda com a relação conceitual de “acção”, “procedimento” e “processo” e, noutra vertente, “relação jurídica” e “situação jurídica” que aqui não se escarpeliza (cfr. J. M. Damiano das Cunha, *in O caso julgado parcial...*, 2002, p 271-280; J. Figueiredo Dias, *Direito*, 1984, pag 293 e ss.).

³⁴ - No sentido básico de ao Estado, na administração da justiça, interessar a condenação de *todos* os culpados mas *apenas* dos culpados (e não os medianamente culpados ou com uma quota da divisão percentual de culpas)

Democrático, e ainda, que melhor se compatibiliza com a tutela da confiança do arguido, com a presunção de inocência de que ele beneficia e com o *in dubio pro reo*³⁵.

Por esta via, afirma-se a necessidade de se verificar – na linha, agora refinada, da concepção que presidia ao ensinamento doutrinal e jurisprudencial, ao tempo do CPP/29 – uma convicção de “alta probabilidade” de condenação³⁶, ainda decalcada no termo “razoável”, atenta a maleabilidade do mesmo (logo, não determinante do estabelecimento de uma precisa linha de fronteira).

Como assinala Castanheira Neves, “na suficiência dos indícios está contida a mesma *exigência de «verdade»* requerida pelo julgamento final”, acrescentando que quanto “à apreciação da suficiência da prova [...] não se trata de aceitar um grau menor de comprovação, uma mera presunção ou uma probabilidade insegura [...] antes se impõe também aqui uma *comprovação acabada e objectiva*”³⁷

Assim, a parametrização probatória que contextualiza a acusação há-de corresponder ao que, em julgamento, levaria à condenação, se aquele ocorresse com o quadro probatório, no tempo e nas circunstâncias que determinam o libelo acusatório.

Com efeito, a descoberta da verdade que a acusação encerra não é apenas uma função do “contexto de justificação” epistemológico mas também função do “contexto de descoberta” do operador onde aportam factores, conjunturais ou não, da mais diversificada índole, desde psicológicos, sociais, institucionais ou normativos, que integram as galerias do juízo de quem decide³⁸.

Na pretensão á verdade, a formulação do despacho acusatório implica uma convicção que superou todas as dúvidas “razoáveis” sobre os aspectos determinantes, à semelhança do que sucede em julgamento. De resto, uma inquestionável certeza de julgamento só seria concebível por duas vias: através de um sistema de provas legais³⁹, qual “resíduo de epistemologia mágico-ordálica”⁴⁰, conduzindo a um juízo processual infalível de verdade formal, eventualmente de sentido contrário ao da livre convicção do julgador; ou

³⁵ - É de considerar que, na avassaladora sociedade mediática, a dedução de acusação representa, hoje mais do que nunca, um “ataque à reputação e bom nome” (J. Figueiredo Dias, *Direito*, 1984, pag 133) do arguido. Até a própria publicidade, em sede de julgamento, se converte, não raro, na perversão da garantia que era suposto constituir.

³⁶ - Para que aponta o Ac RP de 20/10/1993, in *CJ*, IV, p. 261 e ss.

³⁷ - *In Sumários...*, pol. 1968, p. 38-39.

³⁸ - E a que, por simplificação, apelidamos de subjectividade, mesmo que com a advertência de que não se confunde com discricionariedade.

³⁹ - Quer se trate de provas legais *positivas*, quando pela sua produção a lei prescreve que o julgador considere provado o enunciado sobre o qual incidem e *negativas* quando a falta das mesmas conduz a que o enunciado se dê por não provado (cfr. L. Ferrajoli, *Diritto e ragione (Teoria del garantismo penale)*, 2ª ed, Laterza, Roma/Bari, 1990, p. 127 e ss.)

⁴⁰ - L. Ferrajoli, *Diritto*, 1990, p. 114 e ss, e 627.

através de provas “científicas”⁴¹ não obstante estas serem, metodologicamente, construídas na base de uma escala de probabilidades (v.g. exames de DNA) e assinalando a margem de erro que o método usado comporta (mesmo que desconsiderado).

Numa simbiose de símbolos, pode dizer-se que para se realizar o estágio de pretensão à verdade que legitime uma acusação importa que se estabeleça uma convicção de indicição suficiente, validamente determinada, cabalmente esclarecida e fundada numa elevada probabilidade de ter como resultado a condenação do arguido.

Por conseguinte, o juízo ou convicção a estabelecer nesta fase há-de ser *equivalente* ao de julgamento⁴², na sua estrutura fenomenológica, na objectividade de indagação fáctica e apreciação do material probatório, na conformação normativa pelas mesmas proibições de valoração de prova, na racionalidade lógica e metodológica em que assenta a sua livre apreciação dos elementos de prova coligidos, na parametrização (em prognose, na acusação, e actual, no julgamento) própria de condenação; e no grau de convicção (que se não compadece, em ambos os casos, com a ideia de verosimelhança ou de admissão da margem “razoável” de dúvida).

A diferença fenoménica de juízo ou convicção, num e noutro momento, resulta do *contexto* ou *ambiente* em que ocorrem, em particular por a audiência de julgamento ser plasmada pelos princípios da concentração, da imediação, da investigação e, sobretudo, do contraditório – aqui tomado como contribuição da defesa, enquanto pressuposto de prova, para a verdade dirimida –, cuja verificação em inquérito se mostra contingente ou incompleta, embora sendo desejável que, tanto quanto possível, também aí, se afirmem os princípios da imediação e do contraditório.

Se o “padrão” de juízo, num e noutro momento, é idêntico e se o ambiente de formação é diverso, há que convir que o *material probatório* que serve de objecto ao juízo pode ou não ser coincidente.

Com efeito, as provas que se traduzam em laudos periciais, documentos, reproduções mecânicas, etc., coligidos em inquérito, têm a mesma força probatória nesta sede, em instrução ou em julgamento⁴³, a menos que a sua regularidade tenha sido posta em causa

⁴¹ - Se se pretender mais abrangente, através de um sistema de provas periciais que requerem conhecimentos especiais de cariz técnico, científico ou artístico.

⁴² - P. Dá Mesquita, *Direcção...* defende uma posição semelhante; também sem grande divergência, António Cluny in *Pensar o Ministério Público hoje*, Ed Cosmos (cadenos Rev^a MP), Lisboa, 1997, p. 49 e ss; e Jorge Gaspar, in “Titularidade da investigação criminal e posição jurídica do arguido” in *Rev^a do Ministério Público*, Lisboa, 2001, ano 22, nº 88, Out.-Dez., pags. 122-123.

⁴³ - E há crimes que envolvem, essencialmente, prova documental (v.g. insolvência) ou pericial (v.g. crimes informáticos).

de forma procedente. Por outro lado, uma prova baseada em declarações de testemunhas⁴⁴ e, porventura, confissão do arguido⁴⁵, envolve uma replicação mais contingente, para além de eventuais vicissitudes e situações-limite do desenvolvimento processual⁴⁶. Acresce ainda que, em casos com combinações de prova de diversa natureza é admissível que, por impulso da defesa, algumas provas da acusação sejam postas em causa e desconsideradas pelo tribunal e, ainda assim, venha a ser proferida decisão condenatória, situação em que a convicção suficiente de condenação concreta se baseou em material probatório mais reduzido que o da convicção suficiente de acusação.

Em suma, por o critério de juízo de indicição proposto se revelar mais exigente, faz com que se restrinja, naturalmente, o espaço para a acusação, posicionando o poder-dever do MP de exercer a acção penal, em concreto, num patamar de legitimação mais consistente.

Na correlação da noção de “indícios suficientes” com a de “fortes indícios” – e ainda noções “afins” (v.g. “prova bastante” ou “prova indiciária”) – é de considerar que se trata de grandezas equiparáveis, embora não coincidentes na sua revelação fenoménica e contigencial. Neste plano, a noção de “indícios fortes” afirmada, muitas vezes, em primeiro interrogatório judicial, mostra-se inacabada, imediata e antecipadora de um juízo de culpa, em razão de exigências cautelares, enquanto que a noção de “indícios suficientes” requer uma prova mais sustentada⁴⁷, já que alicerçada num juízo de prognose sobre o comportamento da prova que é legítimo esperar em julgamento.

Socorro-me de um exemplo concreto para concretizar tal ponto de vista. No âmbito de uma busca consentida ao veículo de certa pessoa, a polícia encontra e apreende uma expressiva quantidade de um produto que, submetida a teste rápido, foi considerado estupefaciente, o que permitiu concluir pelo preenchimento do crime de tráfico de estupefacientes (art. 21º da Lei 15/93) e, associado aos antecedentes criminais (também de

⁴⁴ - Cujo exame crítico leva em conta os contributos da psicologia do testemunho que vê no conteúdo da memória recordações, estereótipos e crenças, bem como ensina que a recordação (do essencial, dos contornos, etc) não constitui uma réplica mas envolve uma reconstrução a partir das estruturas do conhecimento.

⁴⁵ - Tomando como ponto de partida que as declarações do arguido são, primacialmente um *acto de defesa* embora os efeitos processuais que decorrem da confissão em julgamento (art. 344º CPP) e admissibilidade de acareação com outros intervenientes processuais induz a conclusão de que também têm incidência no plano da *prova*, mesmo que frágil. Sobre o relativismo das declarações do arguido, cfr. Guilherme Souza Nucci, *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, Edtª Revª dos Tribunais, S. Paulo, 1997; e sobre a admissibilidade e o valor as declarações do co-arguido cfr. A M Medina de Seiza, *in O conhecimento probatório do co-arguido*, Studia juridica / BFDC, Coimbra Edtª, 1999.

⁴⁶ - De resto, à medida que nos afastamos temporalmente da data do facto (flagrante), maior é a variação de versões, por vezes, entendida pela óptica do aforismo segundo o qual a última versão é a verdadeira porque nas anteriores as autoridades judiciárias não depositaram suficiente credibilidade.

tráfico), esteve na base da aplicação da medida de prisão preventiva. Este é um cenário judiciário, porventura, recorrente, cuja indicição, mais ou menos consensualmente, legitima a aplicação daquela medida de coacção. No entanto, ainda não se mostram reunidos indícios suficientes, mesmo que com reconhecimento dos factos por parte do arguido. Com efeito, neste tipo de crime torna-se imperioso proceder ao exame pericial à pretensa droga, sucedendo, por vezes, que não se confirma tratar-se de substância estupefaciente⁴⁸. Ou ainda que o arguido altera a versão, agora credível, dizendo que tal produto estupefaciente não lhe pertencia e que teria sido colocado na sua viatura por alguém que desconhece.

Ora, se parece legítimo entender que havia “fortes indícios” para efeito de aplicação da medida de prisão preventiva, já o mesmo se não pode dizer que existam “indícios suficientes” para deduzir acusação, de resto, por vezes, não se convolando nesta ideia padrão.

II. Suficiência de indícios no quadro da livre convicção e de uma concepção epistemológica da prova

Todo o conhecimento – científico, técnico, artístico, psicológico, judiciário ou outro – é sempre um domínio de representação.

O conhecimento judiciário de um facto ou “retalho da vida” é representado através da organização de um processo, tendencialmente escrito⁴⁹ e compilador dos elementos de prova e de registo dos actos. A representação convincente ou a afirmação da existência do facto depende, essencialmente, da “arte de administrar as provas”⁵⁰ no processo.

Esta administração das provas ou, de forma singela, a actividade de recolha da prova no inquérito é um procedimento dinâmico e vinculado à determinação ou construção da “verdade processual” a fixar no momento do encerramento daquele.

A prova, para o efeito que aqui se cura, é o *meio* através do qual se liga o *objecto* (facto) à convicção do *sujeito* (juiz). Tem por função assegurar a objectividade do juízo através da demonstração da realidade dos factos (art. 341º CC), garantir a validade da

⁴⁷ - Em sentido divergente, Ac RC 22/01/2003, Recº 2436/02.

⁴⁸ - Nem se diga que estamos perante duas “perícias” com resultados opostos porque o teste rápido não pode ser qualificado como tal, além dos métodos científicos utilizados serem incomparavelmente mais fálveis (porque se baseiam na associação de uma de sete cores a que se chega através daquela experimentação a determinado produto estupefaciente quando na natureza existem muitas outras substâncias que, submetidas ao mesmo teste, pode originar a mesma cor).

⁴⁹ - Até ao julgamento, altura em que ocorre a oralidade, também manifestação da imediação, cujo momento oportuno já entrava nas cogitações de J. Alberto dos Reis (in *CPC Anotado*, vol. III, p. 246 e ss).

⁵⁰ - J. Bentham, *Tratado ...*, 2001, p. 246.

demonstração, assegurar a constituição do processo equitativo e ainda permitir a fundamentação e o controle endoprocessual da convicção.

Mas o “verdadeiro objecto da prova não é a realidade, mas uma representação intelectual apresentada como correspondendo-lhe: atomisticamente, uma afirmação; globalmente, uma versão”⁵¹.

O juízo ou acto de “fixar” a factualidade (quer indiciada quer provada), a partir de enunciados de prova⁵² e de proposições, fácticas e jurídicas, e de asserções parcelares, que no âmbito daquele se formulam, desenvolve-se, no plano epistemológico, em torno das categorias de “válido”, “provado” e “verdadeiro”. Nelas se encerra o problema da justificação⁵³ do conhecimento verdadeiro cujo estabelecimento se almeja.

Assim, a afirmação da pretensão de *validade*, de *justificação* e de *verdade*, no juízo indiciário, move-se em torno de uma dupla perspectiva: de *racionalidade extrínseca* ou processual, pela qual a autoridade judiciária dispõe de um quadro de princípios, regras e proibições, de raiz constitucional e legal, cuja observância se lhe impõe; e de *racionalidade intrínseca* ou pessoal que congrega uma plêiade de regras de lógica e de metodologia que necessita de manusear, num quadro de livre apreciação, sob pena de aceder a um conhecimento por meio de uma metodologia epistemologicamente anárquica.

A racionalidade extrínseca opera, no contexto em apreço, através da matriz arquitetónica do sistema processual penal que, a par de princípios gerais (v.g. da dignidade da pessoa humana, da estrutura acusatória do processo penal, do Estado de Direito Democrático⁵⁴), estipula um conjunto de parâmetros legais cujo âmbito de incidência é a “prova”, quer na perspectiva da sua produção quer na da sua valoração.

Desde logo, a legalidade da prova apresenta-se como princípio básico e enformador do regime sobre a matéria, enunciando-se, por delimitação negativa, pela admissibilidade de toda a prova cuja proibição não esteja prevista por lei (art. 125º do CPP)⁵⁵. Na decorrência do qual a lei processual proíbe métodos de prova⁵⁶, cominando a

⁵¹ - Castro Mendes, *O conceito de prova em processo civil*, 1961, Lisboa, p 531.

⁵² - Com a acusação ou a pronúncia proferidas, enquanto definidoras do objecto do processo, os enunciados imediatos, a testar, passam a ser as próprias “alegações” de facto daquelas peças.

⁵³ - Sobre a ideia de justificação na Prova, cfr Fernando Gil, *in Provas*, Imprª Nac.-Casa Moeda, 1986, p 24 ss.

⁵⁴ - Cujo conteúdo básico traduz o princípio de garantia para as liberdades dos cidadãos e de limitação da intervenção estadual face a direitos invioláveis da pessoa.

⁵⁵ - Também o art. 173º do CPP/1929 previa que “o corpo de delito pode fazer-se por qualquer meio de prova admitido em direito”

⁵⁶ - Designadamente, tendo como fonte a pessoa humana (art. 126º, nº 1 e 2 do CPP). Tratando-se de proibição *absoluta* quando respeite a colisão de direitos indisponíveis (dignidade e integridade física ou moral das pessoas) e *relativa* quando relativa a direitos disponíveis (vida privada, domicílio, correspondência e telecomunicações), tornando-se, respectivamente, irrelevante ou relevante o consentimento do titular.

inutilizabilidade quando estes se mostrem desconformes com a matriz legal (art. 32º nº 8 e 134º do CRP e 126º nº 4 do CPP).

Neste particular, o conceito de “(in)utilizabilidade”, proveniente do ordenamento jurídico-penal italiano, foi (timidamente) acolhido no CPP português e revela-se operativo em sede de proibições de prova por não ter um decalque estrito, na sua vertente negativa, com o conceito de nulidade ou irregularidade, impondo que certa prova, não sendo nula, ainda assim não possa ser valorada (v.g. art. 58º, nº 4 do CPP), nem no âmbito desse processo nem em outro⁵⁷, e permitindo que certo método de prova, sendo proibido, possa ser usado para fins processuais específicos (v.g. art. 126.º nº 4 CPP)

Assim, quando as intercepções e gravações telefónicas não respeitaram o catálogo ou o conteúdo da autorização judicial; quando as reproduções mecânicas (gravações de imagem, fotografia ou filme) à luz do critério de aferição da licitude penal se mostram ilícitas; quando as apreensões efectuadas no âmbito de buscas não tiverem observado o mandado e regras legais aplicáveis; quando a obtenção de dados de tráfego e dados de conteúdo⁵⁸ não tiverem salvaguardado as regras do sigilo nas comunicações e da competência para a sua quebra; quando os depoimentos de testemunhas resultam do que ouviram dizer ou reproduzindo vozes públicas (ressalvados os casos admitidos por lei); quando parentes próximos e afins prestaram declarações, podendo recusar-se a tal, sem terem sido advertidos dessa faculdade; quando documento anónimo se incluiu nas provas, etc., não pode a autoridade judiciária, em qualquer momento do processo, formar a sua convicção com base em tais elementos de prova desconformes com as regras do direito probatório.

⁵⁷ - Julgando eu que a ideia de inutilizabilidade ainda serve de fundamento – com apoio legal no disposto no nº 4 do art. 58º do CPP, porventura, por aplicação directa (no 1º leque de casos que se sugerem seguidamente) e por analogia (no 2º leque) – para que declarações de co-arguido não possam ser utilizadas em situações de crimes conexos ou não conexos, no mesmo processo (sobretudo, em casos que não se estabelece o princípio do contraditório) e em processos que foram separados (nos termos do art. 30º CPP) ou que sempre correram, por qualquer contingência procedimental, em separado (art. 133º nº 1, al. a) e nº 2 do CPP); da mesma forma que, em face da falta de advertência pela autoridade judiciária de que assiste ao arguido a faculdade de não consentir no depoimento como testemunha (nº 2 do art. 133º CPP que o legislador não sancionou à semelhança do que fez no art. 134º nº 2 e que alguma jurisprudência tem aplicado como “lugar paralelo”).

Decerto, por esta leitura, cerceia-se alguma tendência de obter, para instruir inquéritos, cópias certificadas de depoimentos ou “confissões” (por via indirecta) de arguidos, produzidos noutros contextos processuais.

⁵⁸ - Cfr. Parecer do Consº Consultivo da PGR, nº 21/2000 que esteve na base da Circular 8/2000; cfr. ainda os acórdãos, de sentido divergente, da RE de 18/11/97 (site WWW.tre.pt) e da RL 13/01/99, CJ, XXIX, T1, p. 135). Não me parece, em todo o caso, justificar-se, quanto aos dados de tráfego, que são instrumentais da comunicação, serem equiparáveis aos de conteúdo, limitando, sem acuidade de fundamento, a investigação no desígnio de traçar o “trajecto” da comunicação, sem o qual não é possível estabelecer uma autoria em certos tipos penais da criminalidade informática.

E tal desiderato impõe-se, não obstante vigorar, em sede de valoração das prova, no nosso sistema processual penal, como regra fundamental a “apreciação segundo as regras da experiência e a livre convicção da entidade competente”⁵⁹ (art. 127º CPP).

O princípio da “livre convicção” mais do que significar o afastamento do regime da prova legal, na vertente negativa, estrutura-se sob diversas conotações, na vertente positiva, consoante o sistema em que se insere: umas com maior enfoque no carácter subjectivista do julgador (v.g. *intime conviction* do sistema francês); outras sob uma formulação mais racional (v.g. *freie beweiswürdigung* do regime alemão⁶⁰); outras ainda, menos precisas, de pendor mais prudencial (v.g. *prudente apprezzamento* do sistema italiano; *sana crítica* da lei espanhola; e, aparentemente, *regras da experiência e livre convicção* do sistema português).

Dáí resulta que nas concepções de índole subjectivista, a convicção tende para um certo irracionalismo ou, pelo menos, como sucede nas de pendor prudencial, a convicção afirma-se como algo de infável e incognoscível, insusceptível ou de difícil controle; já na matriz racional, o juízo resulta não de uma “impressão” mas daquilo que é objectivável e motivável e forma-se por inferências lógicas e controláveis.

E não se pode falar de um “juízo-padrão” porque, no contexto da livre apreciação da prova, os padrões de verdade são sempre de probabilidade e não de certeza, circunstância que não preclude, antes reclama, a adopção de uma racionalidade metodológica de apuramento da verdade.

Em todo o caso, a indução da norma portuguesa, além de apelar a um registo empírico – “regras da experiência” –, estreitamente ligado à “livre convicção”, ressalva também as estipulações legais de sentido contrário, abrindo as portas a *critérios legais de prova* (v.g em matéria de perícias - art.º 163º; ou de documentos autênticos - art. 169º CPP) e a *proibições de prova* (v.g art. 126º e outros) que, uns e outras – integradores do quadro de racionalidade extrínseca –, vêm condicionar o alcance operativo da regra da livre apreciação.

De resto, é concebível, num registo epistemológico-legal matizado por critérios legais de prova e proibições de prova, que seja proferida uma decisão além ou aquém da convicção⁶¹, real ou presumida.

⁵⁹ - Por entidade competente pretendo, aqui, referir-me, basicamente a MP, no inquérito, juiz de instrução, na decisão instrutória e juiz de julgamento na audiência, para indicar três polos de grande expressão no encadeamento do procº penal, embora se pudesse falar de outros (v.g juiz de liberdades que decreta a prisão preventiva ou outra medida de coacção e Tribunal de recurso). De igual modo, por simplificação, utiliza-se as expressões julgador, operador judiciário e autoridade judiciária com idêntico sentido.

⁶⁰ - Mireille Delmas-Marty, *Procédure Pénales d'Europe*, Col. Themis, Press Univ. France, 1995, Paris, p 106.

⁶¹ - No que se exprime a quebra do “dogma” da infalibilidade de juízo e a ideia de que a livre apreciação da prova não é um princípio absoluto.

Assim, uma convicção de acusação ou condenação que se formou com base em provas proibidas, na sua produção ou na sua valoração, não pode conduzir a uma decisão de sentido coincidente à convicção, antes demandando um arquivamento ou absolvição. Do mesmo modo que aquela convicção ficará prejudicada se a defesa apresentar o resultado de uma prova pericial, apropriada ao caso e cuja regularidade não tenha sido questionada, que inocente o arguido.

Mostra-se mais delicado equacionar a relação de sentido inverso entre a convicção e a decisão por referência ao material probatório, como sendo, por exemplo, quando a convicção é de absolvição ou arquivamento e a prova pericial serve à acusação, ou ainda, quando certa prova decisiva serve à defesa, para ilibar o arguido, mas é prova proibida (vg registo ilícito de voz e de imagem, nem sequer sufragado por uma redução vitimodogmática).

Se é certo que, em termos lógicos, a solução não deva diferir só pelo facto de estar em causa o argumento *pro reo* (até porque não estamos no espaço da “dúvida razoável e insanável”), julgo que a solução passa antes pelo recentrar da questão: os critérios legais de prova e as proibições de prova impõem-se à convicção, co-existindo em juízos paralelos provisórios, ou contribuem, no processo de formação, para estabelecer a convicção, precedendo-a logicamente? O primeiro termo da alternativa parece mais adequado a um sistema legal de prova, que não é o nosso, enquanto o segundo termo corresponde, tendencialmente, à nossa tradição e prática judiciária. Por conseguinte, nesta perspectiva, a intelecção e compreensão do caso, de cada prova e da globalidade dos elementos coligidos, que incidem sobre a formação da convicção dificilmente deixam de funcionar, no julgador concreto, como um condicionamento (positivo ou negativo) de “critério de verdade” ou “inibidor de convicção”, de tal modo que nesse “caldo gnoseológico” qualquer decisão se torna, sociologicamente, possível (v.g absolvição de arguido mesmo em caso de provas proibidas), embora importe atender à determinação legal concreta das situações em apreço.

Assim, por exemplo, nos termos do art. 163º nº 1 do CPP, o juízo técnico e científico *presume-se* subtraído à livre apreciação do julgador. É legítimo questionar que presunção é essa e que contraprova exige para que possa ceder. Ora, não se tratando de juízo de facto, mas técnico, a sua revisão crítica só pode ser igualmente técnica, de idêntica natureza⁶². Assim, como a racionalidade da livre convicção é uma combinação de lógica, registo empírico e prudência – sob pena de irracionalidade – a apreciação do julgador, nesse quadro, não se diferencia, basicamente, do *sensu comum* e da linguagem corrente, ou seja, não

⁶² - Neste sentido, J. Figueiredo Dias, *in Curso...*, 1984, p. 209; G Marques da Silva *in Curso...*, II, 1993, p. 153.

é pericial; para além de não ser admissível a confusão de papéis (jugador-perito), em simultâneo na mesma pessoa. Posto o que uma divergência de convicção do julgador face ao juízo pericial não poderá, em princípio, solucionar-se no sentido daquela, a menos que esteja em causa erro notório ou contradição lógica entre as premissas de facto da perícia e as conclusões⁶³ e, nestes casos, tem o julgador o dever de motivar a divergência (servindo para este aspecto os eventuais conhecimentos técnico-científicos do juiz). A margem de livre apreciação do julgador apresenta-se, basicamente, como liberdade de “apreciação negativa” ou “dubitativa” – que o nº 5 do art. 157º parece consentir em face v.g de relatórios de peritos divergentes ou opinião vencida em perícia colegial, ainda que estas no plano pericial – e não de “convicção contrária”, cuja solução demandaria, por certo, a prestação de esclarecimentos complementares pelos peritos ou a realização de uma nova perícia.

No mais, o princípio do perito, a cisão juiz-perito, a natureza de senso comum ou saber empírico do julgador em face da especialização dos saberes periciais (“sujeito teórico” e “mediador absoluto”⁶⁴) constituem as linhas argumentativas da mediação legal específica que este tipo de prova encerra⁶⁵.

De resto, o princípio da “livre convicção” e as “regras da experiência”, quais vectores decisivos da ponderação da prova, não têm uma estruturação dogmática pré-estabelecida nem um quadro de racionalidade normativamente especificada.

Ainda assim, na franja probatória em que legalmente se move a livre apreciação, nem aí, se pode confundir este paradigma com actividade hermenêutica arbitrária ou “clandestina”. Pelo contrário, a ponderação dos elementos de prova pelo operador judiciário deve observar parâmetros de racionalidade, em particular sob os seguintes prismas: “atitude proposicional” na apreciação dos enunciados probatórios; lógica interferente do plano axiológico-normativa para o plano concreto e vice-versa, na selecção dos factos; adopção de metodologias neutras de indagação e apreciação; “argumentação comunicacional” que o nosso sistema processual também impõe como corolário da livre convicção.

⁶³ - C. Líbano Monteiro, *Perigosidade de inimputáveis e “in dubio pro reo”*, Studia Juririca / BFDC, 24, 1997, p. 153 (nota).

⁶⁴ - Cfr. sobre a distância epistemológica e metodológica de julgador e perito, J. M. Aroso Linhares, *Regras da experiência e liberdade objectiva do juízo de prova*, Suplemento do XXXI Vol. do BFDC, Coimbra, 1988, p. 140 e ss, 159 e ss, 226 e ss.

⁶⁵ - A convicção divergente do MP, face ao juízo pericial, no encerramento do inquérito, formada a partir de outra prova e de sentido desfavorável ao arguido deve constar de despacho (de arquivamento, face à força probatória da perícia); já quando a perícia serve à acusação (pense-se na determinação de perfil de DNA relativamente ao arguido, a partir de sémen encontrado no corpo da vítima de crime sexual), a divergência de juízo, baseada em prova indiciária, deve ceder, e esta prova ser indicada na acusação – a menos que se revelasse, de todo, inútil (porque ao MP deve interessar a descoberta da verdade) –, ainda que possa justificar uma nota prévia explicativa sobre a hierarquização da prova (na aparente contradição), num propósito de comunicação intersubjectiva.

Se, por um lado, através do sistema da “prova livre” se pretende alcançar a verdade material, os condicionamentos legais cerceiam a pretensão irrestrita de atingir essa concepção de verdade⁶⁶. Tais limitações, vertidas em preceitos legais, apresentam-se, por vezes, como estratificações empíricas sobre a aptidão de certos meios de prova, para a pretensão à verdade como, por exemplo, sucede com a proibição genérica do depoimento indirecto (art. 129º CPP), atenta a maior fiabilidade da testemunha-fonte; ou ainda, outros casos de limitações legais encontram a sua razão de ser em interesses alheios à prova como acontece com a possibilidade de o co-arguido aceitar depor em processo conexo ou ainda certos parentes ou afins do arguido poderem recusar-se a prestar declarações (nas várias fases processuais⁶⁷).

É neste quadro de prova, epistémico e epistemológico⁶⁸, que assenta o sistema da livre convicção e só através dele – e jamais através de uma visão subjectivista e reducionista – pode o sistema aspirar á conclusãncia verdadeira e justificada de indícios suficientes.

III. Fenomenologia do júízo de indiciacão suficiente

◆ Racionalidade e verdade do júízo de indiciacão

Na fenomenologia do júízo de indiciacão um dos mais relevantes problemas equacionar⁶⁹ é o da pretensão à *verdade*, para que tal júízo se orienta.

Ora, na teoria do conhecimento, “verdade” define-se, em tese geral, como a *concordância prática do conteúdo do pensamento com o objecto*.

Esta é, em todo o caso, uma acepção *transcendente* ou trans-subjectiva da verdade, que relaciona o conteúdo do pensamento (sujeito) com diversidade e contingência da vida (objecto). A tal acepção se contrapõe uma outra, dita *imane*nte, que faz coincidir a

⁶⁶ - Em sistemas em que o princípio dispositivo tem lugar, ele mesmo se tornaria limite ao acesso à verdade integral, originando uma “verdade formal” que seria declarada, mesmo que de sentido contrário ao da convicção do julgador.

⁶⁷ - É sintomática a recusa da lei em absolutizar a verdade judiciária, em situações daquele tipo de constrangimentos à prova, mesmo que socialmente chocante, como v.g. a mãe de um menor pretensamente maltratado ou abusado sexualmente pelo pai ter prestado depoimento convincente em inquérito – onde, a par do depoimento da criança, constituíram suporte indiciário de acusação – e, em julgamento, exerceu a faculdade de se recusar a depor (por razões que não importa agora esgrimir), permitindo que a versão do arguido se tornasse “formalmente válida” e de “maior peso” que a da criança, levando o Tribunal a uma decisão absolutória.

⁶⁸ - Àcerca do quadro epistemológico da prova, cfr. Fernando Gil, *in Provas*, 1986, p 45 ss.

verdade com a correcção lógica do pensamento, ou seja, com a conformidade às regras por que este se rege.

Desde Kant que o conceito tradicional de “convicção”⁷⁰, de correspondência do pensamento (cópia ou imagem) com a realidade, sofreu uma revisão epistemológica ao reconhecer-se um papel activo do sujeito – recriador de dados sensoriais – no conhecimento da realidade.

Com efeito, em breve excursão diacrónica de construções epistemológicas da racionalidade sobre o juízo de verdade, traz-se à colação o pensamento moderno tradicional⁷¹ que centra a matriz da racionalidade sobre a verdade e a prova num modelo de análise explicativo-demonstrativo. Com Max Weber afirma-se uma racionalidade de fins ou teleológica, por oposição a uma racionalidade de valores ou axiológica⁷². O positivismo lógico⁷³ introduziu como critério de racionalidade a construção de uma validade formal e argumentativa. E, pela via da “prova retórica”⁷⁴ as categorias arquetípicas de racionalidade passam a ser os domínios do plausível, do verosímil e do conjectual, sindicados no plano da argumentação. J. Habermas funda a legitimação do acto de julgar ou das actividades racionais numa matriz de tipo argumentativo, procurando que a validade do acto se afaste da “epistemologia da consciência” para se estabelecer na comunicação intersubjectiva.

Em explicitação de alguns enfoques, pode dizer-se que a pretensão à verdade, na linha gnoseológica analítica⁷⁵, centrada na proposição, se faz depender da justificação formal e metodológica do juízo na sua operacionalidade concreta.

A problemática da verdade coloca-se em termos não estritamente de *representação* da realidade mas também sobre o *critério* de afirmação dessa verdade. E um dos primordiais critérios de verdade, adoptados por esta via epistemológica, é o da “ausência de contradição”. Não será um acaso lógico-procedimental encontrarmos a contradição em matéria de facto como um dos fundamentos mais relevantes do recurso, cujo desígnio se conecta com a eliminação de erros judiciais e, naturalmente, do exercício da ampla defesa.

⁶⁹ - Objecto de debate e reformulação, tal como outros v.g. o da interpretação, do relativismo do conhecimento, do pragmatismo, ou da abordagem empírica.

⁷⁰ - Obviamente, “convicção” não traduz só conhecimento ou intelecção, mas também adesão e “crença pragmática” e ainda aceitação e compreensão. No texto, por simplificação, faz-se coincidir o conteúdo daqueles e assim o do termo “juízo” enquanto resultado (quando não se reporta a faculdade ou operação de avaliar).

⁷¹ - Radicado em Descartes e re-equacionado por Kant, com a submissão do objecto ao sujeito ou que prescinde da relação do objecto com a estrutura do conhecimento.

⁷² - Que, num desenvolvimento, desaguou na construção do “homem unidimensional” de A. Marcuse.

⁷³ - Referenciado a Wittgenstein – por referência ao seu atomismo lógico do *Tractatus logico-philosophicus* mas também da perspectiva holística de *Da certeza* – e, sobretudo, dos seus seguidores (Carnap, etc)

⁷⁴ - Designadamente, com Perelman e Toulmin.

Mas o critério da “não-contradição”, enquanto reconhece o conhecimento como verdadeiro por se mostrar pontual e integralmente conforme às normas do pensamento, não se revela válido para todos os conteúdos do conhecimento, havendo, por conseguinte, necessidade de lançar mão de outros critérios. Assim, por exemplo, em matéria de avaliação de sentimentos⁷⁶ (dor, sofrimento, prazer, angústia, etc), o critério de verdade só pode ser o da “evidência da percepção interna” (Meinong) ou “auto-certeza da consciência” (Volkelt). A verdade que se alcança, isto é, o facto de certos conteúdos da consciência não poderem ser demonstrados de um modo logicamente convincente e universalmente válido, redonda numa de verdade “pré-lógica e individual”.

No quadro do conhecimento judiciário, não deixa de ter relevância gnoseológica este tipo de “certezas” sensoriais que integram as regras da experiência e o sistema de crenças que o operador erige em categorias apriorísticas de análise, no plano metodológico de correspondência fenoménica do facto que o material indiciário mediatiza. Assim, o operador sabe o significado da cor vermelha do semáforo⁷⁷, num cruzamento, que, desrespeitada, está na origem de um certo acidente rodoviário, por associação ao juízo de normalidade ou de presunção natural de que à luz vermelha para o trânsito de uma via corresponde a luz verde noutra via de acesso ao mesmo cruzamento e, ainda, que, nessa circunstância, os automóveis avançam para o cruzamento; do mesmo modo, o operador dispõe de conhecimento experimental (real ou presumido) sobre o efeito do disparo da arma sobre a vítima, no homicídio, e, porventura, sobre variações de efeitos consoante a distância, o lado e direcção a que aquele foi feito. Estes dados – por respeitarem a juízos de normalidade – não necessitam de demonstração probatória para conformarem, na parte que deles depende, uma convicção suficiente (ou não) de indícios.

O lastro empírico das “regras da experiência” apresenta-se, no momento do juízo de ponderação, sob a forma de determinações pessoais de índole psicológica e social, de antecipações gnoseológicas (percepção imediata, intuição, etc.) e valorações axiológicas prévias.

⁷⁵ - De que o pensamento de Kant, Habermas e Tarski são, de modos diversos, referências. A tal concepção pode contrapor-se uma visão genealógica do conhecimento tendo como expoentes Nietzsche, Heidegger e M. Foucault.

⁷⁶ - De resto, o sentimento (de prazer e de dor) é identificado por Kant, no método transcendental, como uma faculdade.

⁷⁷ - Sabe (já com conteúdo axiológico-normativo) que está em contradição com o comportamento do arguido que, em face do aparecimento da cor vermelha, acelera (para passar sem embater...), mais sabendo que o raciocínio assim expresso só pode ser válido para a luz amarela do semáforo.

O leque de aquisições pessoais, prévias à apreensão e compreensão da prova, converge, na perspectiva genealógica do conhecimento⁷⁸, no conceito de “crença” (*belief*) em estreita articulação com a verdade. Esse é, de resto, o traço distintivo de tal corrente de pensamento que não procura justificar, epistemologicamente, o conhecimento mas em questionar os seus fundamentos e desígnios (num registo de “porquê a verdade?”).

O conhecimento é, nesta concepção, produto de pontos de vista residentes no sujeito – perspectivas ou crenças – tomados como arquétipos de verdade funcionalizada à utilidade para a vida. A crença surge, por indução externa, de uma forma de conduta e torna-se num operável de acção, constituindo uma espécie de “hábito”.

Também para o pragmatismo⁷⁹ a ideia de verdade radica na ideia de crença que, por natureza, se revela indubitável e se apresenta como fundamento de uma constelação de verdades. Estas decorrem, fenomenicamente, do processo de verificação de enunciados, com base no sentido da articulação que a partir deles se estabelece entre vários tipos de experiências, processo esse movido pela utilidade que representam.

Enquanto a “verdade” requer um processo de determinação probatória ou de uma justificação da proposição (no fim do qual se considera provada, provável, plausível, falsa...), a crença – tal como a evidência⁸⁰ e a intuição – ostenta-se, não se submete à demonstração probatória, encerra o valor de verdade, condensado nos signos, na própria proposição por que se exprime. Por esta via, o plano do conhecimento reconduz-se ao da percepção imediata e da constatação (acrítica) que se transformam num “autêntico conhecimento” pela via da observação empírica, resultando daí “a certeza das constatações [que] deriva do seu carácter ostensivo, sem mediação conceptual”⁸¹.

No entanto, a neurofisiologia e a neurobiologia vieram revelar que na mente humana existem processos que transformam os registos captados pelos sentidos em informação disponível para ser usada, no que marca um contributo para a racionalidade do acto gnoseológico.

Acresce que a ideia de verdade processual – reconhecidamente, de natureza contingente e fenoménica – exprime-se através da “convicção” do julgador que, todavia, não

⁷⁸ - Que tem em Nietzsche, Heidegger e M. Foucault seus arautos.

⁷⁹ - Referenciado a Peirce ou a Dewey.

⁸⁰ - Para Fernando Gil, a evidência veicula já o sinal distintivo da veracidade de um enunciado, entendendo-a como fixação de um desejo numa certa experiência do mundo, que se apreende na percepção e se exprime na linguagem, *in Tratado da evidência*, Imprensa Nac. – Casa da Moeda, 1996, p. 21

⁸¹ - Fernando Gil, *Tratado ...*, 1996, p. 245; interessante (e não convincente) a ligação que o mesmo autor, num registo filosófico-epistemológico faz entre crença e convicção, *in A convicção*, Campo das letras, 2003, Porto, p. 173 e ss.

se identifica com a noção de “crença” (*belief*)⁸², antes se reconhecendo naquela um conteúdo próprio que compreende o “resultado” da racionalidade intrínseca e da racionalidade extrínseca.

Se para Wittgenstein a demonstração se distingue, analiticamente, da convicção, ligando-se àquela as categorias do conceito, razão e inferência e a esta as de categorias do sentimento, adesão e energia, tem-se por certo que a convicção se liga, na sua afirmação, ao modo do assentimento que tem por base a adesão à coerência lógica dos dados, às aquisições pré-estabelecidas, à demonstração científica, etc. – porquanto “a verdade de certas proposições pertence ao nosso quadro de referências”⁸³ – com a inerente reorganização e reconstrução de dados, logo, com outro alcance que se não reconhece à crença entendida, sobretudo, como sentimento (irracional).

Para além do sistema de crenças na raiz do estabelecimento da verdade e das vias epistemológico-demonstrativas, também há enunciados, no contexto da prova, sobre os quais não é possível emitir um juízo de verdade ou falsidade. Pense-se, por exemplo no tradicional juramento da testemunha ou no termo de compromisso do perito: “juro, por minha honra, dizer toda a verdade e só a verdade” ou “comprometo-me, por minha honra, a desempenhar as funções que me são confiadas”. Trata-se de enunciados “performativos”⁸⁴ que objectivam injunções jus-processuais ou eventualmente propósitos mas não verificáveis e cujo referente (por minha honra) não é sindicado⁸⁵ e cuja desconformidade de acção não tem consequência processual⁸⁶ pelo que se torna mais numa manifestação de temor reverencial do que num acto de cidadania.

Ora, no momento do encerramento do inquérito o juízo de indicição desenvolve-se sobre o material probatório, que funciona como quadro de “enunciados de representação”, para apurar a convicção sobre o facto da existência de um crime e identificação do seu autor.

⁸² - Contrariamente ao que defende Rui Pinto Duarte, “Algumas notas acerca do papel da «convicção-crença» nas decisões judiciais” in *Revista THEMIS*, FDUNL, Ano IV, nº 6, 2003, p. 7 e ss.

⁸³ - Ludwig Wittgenstein, in *Da certeza*, Ed. 70, 1990, § 83. Sobre o assunto, cfr. ainda o estudo *Sobre “da certeza”*, de Manuel Sumares, Ed. Contraponto, 1994 e Fernando Gil

⁸⁴ - Por oposição a enunciados “constativos” relativamente aos quais não é possível dizer se são verdadeiros ou falsos, já que exprimem, por exº, a vontade de realização de um acto e não a sua execução, utilizando a nomenclatura de J.L. Austin, *How to do things with words*, Oxford, Osford University Press, 1962.

⁸⁵ - Nem poderia sê-lo já que se parte da ideia de que toda a pessoa é honrada (quaisquer que sejam as circunstâncias “desviantes” da sua vida); por outro lado, relativamente ao perito, a honra que mais se ajusta ao brocado é a “profissional” (brio, reputação, competência) para desempenhar funções de emissão de um juízo técnico ou científico.

⁸⁶ - A validade e a relevância material da prestação destes participantes processuais decorre da prestação em si e não da submissão ou não a juramento. A falsidade de declaração sob juramento agrava apenas a responsabilidade penal a que estejam sujeitos (art. 360º nº 3 do CP).

Traduz-se, portanto, o juízo de indicição numa operação de racionalidade que não assenta numa universalidade abstracta de estruturas do conhecimento e que faz relevar o papel do operador como epicentro gnoseológico dotado de sensibilidade para as determinações dos contextos objectivos e lugares de contingência, através de uma atitude metodológica que se socorre das regras da lógica e regras da experiência para atingir uma compreensão intersubjectiva, motivada, e expressa através de um agir comunicacional (destinatários directos e comunidade em geral).

Nesta configuração, a liberdade que o art. 127º CPP promove não é nem uma liberdade axiológica, nem ética, nem existencial (vivencial) mas antes, uma liberdade reflexiva ou “faculdade de juízo reflexiva”⁸⁷ – não irrestrita – entendida no sentido de “desenvoltura cognitiva que exige a libertação relativamente à perspectiva egocêntrica de um participante fundamentalmente envolvido em contextos de acção”⁸⁸; logo, trata-se de uma liberdade para a objectividade, para a racionalidade, para legalidade.

As “regras de experiência” deverão ser entendidas, essencialmente, como saberes fenomenais, empiricamente induzidos, estruturados por via analítica segundo categorias e indicadores epistémicos de replicação, estatística, cálculo probabilístico, lógica, etc. e que, uma vez interiorizados, se erigem em parâmetros e comandos (subjectivos) de análise, a-históricos e teóricos, do caso concreto. Esse é o quadro de contingência do julgador, a quem se pede que dele tenha consciência e dele faça um (inescapável) uso parcimonioso, com distanciamento cultural e tutelado pela matriz axiológica que preside á lei.

Nesta senda, entende-se que os contextos de mediação⁸⁹ normativa da prova (critérios legais e proibições de prova) não tenham por desígnio substituir ou eliminar a avaliação prudencial, mas apontar “trilhos” de racionalidade a adoptar, com as incidências contingenciais do caso concreto, na formação de uma convicção suficiente, na sua materialidade e na sua validade.

Assim, à falta de uma estrutura de razão universal, o juízo indiciário não se reduz apenas a “uma interpretação técnica”⁹⁰ do facto, mas erige-se em *critério de objectividade* probatória que tem de se verificar no contexto processual como “razão

⁸⁷ - Na terminologia kantiana, cujo conceito exprime a relação do particular (dados sensíveis) ao universal (regras) – *Crítica da faculdade do juízo*, Imprensa Nac.- Casa da Moeda, 1998, p. 60 e ss.

⁸⁸ - J. Habermas, in *Racionalidade e comunicação*, Edic. 70, 1996, Lisboa, p. 187.

⁸⁹ - A ideia de mediação, quer no plano “subjectivo” (regras da experiência) quer no plano “intitucional” (prova legal) atravessa a obra de J. M. Aroso Linhares, *Regras ...*, 1988 p. 114 e ss, 140 e ss, 158 e ss., 243, e 330 e ss.

⁹⁰ - Qual “metafísica da subjectividade”, na perspectiva de M. Heidegger.

suficiente”⁹¹ de legitimação procedimental, em moldes de forte probabilidade de “identidade do racional com o real”⁹², aferida pela estrutura cognoscente do operador judiciário.

Se na apreensão do facto (na sua singularidade, diversidade e complexidade de “objecto”) pelo operador (sujeito), se reconhece que é neste que se situam as estruturas (de necessidade, de lógica, de universalidade, de relativismo, etc.) do conhecimento, também é certo que a racionalidade do processo de ponderação e decisão reclama a afirmação da *objectividade* de indiciação⁹³ posto que se esteja em presença de “factos éticos objectivos” ou de “factos axiologicamente determinados”, sem que o juízo se dissemine na galeria da indefectível “convicção íntima”⁹⁴ do julgador.

Na afirmação da verdade, a objectividade da prova (indiciação suficiente) combina-se com a pretensão de objectividade do conhecimento – por via da qual faz reunir, no conceito, a diversidade sensorial), através, essencialmente, das regras da experiência; com a pretensão de validade⁹⁵ que reside na racionalidade (extrínseca e intrínseca); e com a pretensão de justificação localizada na argumentação.

A verdade estabelece-se racionalmente por decorrer de um traçado de coerência do conhecimento – estabelecido, pragmaticamente, a partir de uma teia de relações entre sujeito (portador de vivências, crenças e imaginação) e objecto – e mostra-se racionalmente justificada em face do papel integrativo da argumentação que se abre a uma dimensão comunicacional de consenso intersubjectivo⁹⁶. Com efeito, seguindo o pensamento de J. Habermas, crenças, acções e expressões linguísticas são *raízes de racionalidade* que integram a estrutura proposicional do conhecimento e da estrutura comunicativa do discurso (do sujeito ciente, actuante e falante)⁹⁷.

Se as proposições são unidades elementares do conhecimento, sobre as quais incide uma asserção de verdadeiro ou falso, o ponto axial do modelo de racionalidade de J. Habermas é o da justificação argumentativa ou discursiva dos dados, de tal modo que uma “crença” pode qualificar-se como racional desde que possa ser considerada verdadeira – em moldes semelhantes ao de qualquer proposição – em bases sólidas para o “contexto de

⁹¹ - Na expressão de Leibniz.

⁹² - Na formulação de Hegel.

⁹³ - Não se pode decidir *com prova, sem prova e contra a prova* (na formulação centenária de José Dias Ferreira)

⁹⁴ - Que, como no *Ancien Regime*, permite afirmar “estes juízos (proposições) são verdadeiros porque me sinto intimamente compelido a tê-los por verdadeiros”.

⁹⁵ - Embora, nas epistemologias justificacionistas, a verdade só pode ser validada através da prática argumentativa, em particular, a consensual.

⁹⁶ - Na esteira do pensamento de J. Habermas, in *Verdad y justificación*, edit. Trotta, 2002, Frankfurt, p. 47 e ss e 223 e ss.

⁹⁷ - J. Habermas, in *Racionalidade ...*, 1996, p. 184 e ss.

justificação relevante”⁹⁸, para a pretensão de validade (do juízo). Para o mesmo autor, a racionalidade de um juízo não implica a sua veracidade, mas apenas a sua aceitabilidade justificada num dado contexto.

A estrutura do conhecimento proposicional – que nos faz afirmar: o ponto de colisão ocorreu na faixa de rodagem da esquerda, atento o sentido de marcha do veículo HP; o veículo RC não respeitou o sinal de STOP; o veículo YA não travou antes do embate; ou, sobre a *atendibilidade* da prova, a testemunha A mente, a B conhece de ouvir-dizer, a C é insegura, a D é natural, a E está “instruída” – convoca a dimensão linguística para o quadro das componentes de validade, ou seja, a veracidade do juízos liga o plano da validade extrínseca (prova-facto) com o de validade intrínseca (sujeito-discurso) e justificação, num quadro de racionalidade epistemológica, sob pena de se estar perante um conhecimento implícito ou intuitivo.

◆ *Interferência lógica e “círculo hermenêutico” na metodologia de ponderação de indícios*

Mesmo não havendo um paradigma universal do acto de julgar o facto, importa que o operador disponha de alguma via hermenêutica na abordagem do objecto do conhecimento, a fim de atingir, racionalmente, a almejada verdade material.

Naturalmente a indagação probatória e a constatação fáctica são mediatizados, através de uma técnica notativa e valorativa do julgador, por referência a enunciados fácticos com *significados designativos* dos conceitos jurídicos e de enunciados jurídicos com *significados normativos* de referentes emergentes do Direito⁹⁹. Também, nesse plano, torna-se operativa a “derivação lógica” de proposições concretas ou factuais a partir de proposições abstractas normativas¹⁰⁰, o que permite estabelecer o “silogismo prático”, ainda que imperfeito, como construção racional de juridicidade do caso.

Acresce que, ao nível judiciário, a “derivação lógica” e a “concludência” convocam premissas adicionais para resolver pontos da contingência do objecto ou do método e também para satisfação de imperativos legais. Assim, por exemplo, no silogismo jurídico de base – norma, premissa maior; facto, premissa menor; decisão, conclusão –, quando se não estabelece a premissa fundamento (convicção fáctica, em razão de dúvida sobre a prova), nem

⁹⁸ - Aquém do qual se poderá considerar “irracional” in *Racionalidade*, 1996, p. 188 e 189.

⁹⁹ - O “sentido emergente” da lei varia com os contextos conjunturais, havendo mesmo quem, como P. Ricoeur, admita uma mentabilidade de conflito de interpretações.

o *modus ponens* nem o *modus tollens* da lógica¹⁰¹ resolvem, por si só, a questão de subsunção, em face do imperativo jurídico de *non liquet*, a não ser pela via da adição de uma nova proposição (jurídico-probatória), a do *in dubio pro reo*, o mesmo é dizer que a dúvida sobre a afirmação do fundamento faz presumir a situação de facto que importe a decisão mais favorável ao arguido (arquivamento no inquérito, não pronúncia na instrução e absolvição no julgamento).

Se é certo que a hermenêutica jurídica tradicional tem sido marcada pelo modelo escolástico-explicativo, ancorado numa lógica dedutiva em que o silogismo judiciário e os silogismos probatórios imperam como operadores da pretensão à verdade, um novo modelo tem-se afirmado a partir de correntes epistemológicas, designadamente a partir da matriz “existencialista” e das revisões críticas do neo-positivismo lógico, que sugere como novo modelo operativo o chamado *círculo hermenêutico*, reconhecendo que o sujeito (jugador) constrói e reconstrói a verdade por aproximação¹⁰² e em linhas sucessivas de superação, num movimento dialéctico entre a norma e o facto (e vice-versa), através de operações de assimilação de regras gerais a decantar elementos concretos (probatórios e proposições fácticas).

A dinâmica do juízo – “ir-e-vir de perspectiva” (K Engisch) – do facto (material probatório) para a norma e desta para aquele, ocorre no inquérito, sob a forma de sucessivos retornos¹⁰³ e superações, do teor da denúncia para o tipo legal; dos elementos típicos do crime para as provas; destas para interpretações possíveis dos elementos normativos (com sentido, por exemplo, de agravação da responsabilidade); das novas dimensões normativas para o re-exame da prova, para a ponderação selectiva, para a hierarquização ou majoração de credibilidade e destas para qualificações jurídicas conexas ou alternativas; porventura, com re-início ou retoma do procedimento até atingir uma convicção global.

A noção do “círculo hermenêutico”, no contexto de encerramento de inquérito e atenta a dimensão operativa que se enfatiza e a estrutura proposicional do conhecimento, não preclude antes convoca a existência de relações lógicas parcelares, desde raciocínios

¹⁰⁰ - Discordando-se das teses que apenas admitem como susceptíveis de ser relacionadas premissas de idêntica natureza.

¹⁰¹ - Segundo os quais ao fundamento segue-se a consequência e, desaparecendo, não subsiste o termo a que se liga.

¹⁰² - Através de feixe de oscilações de “ir e vir de perspectiva entre o facto e a norma”, na expressão de Karl Engisch (apesar de se situar ainda na corrente subsuntiva *in Introdução ao Pensamento Jurídico*, Fund. Calouste Gulbenkian, 1982, Lisboa.

¹⁰³ - Já José Osório, op. Cit, p. 204 afirmava que “o acto de julgar é uno e os elementos de facto e de direito que nele concorrem não são autónomos mas *interferentes*”.

dedutivos, a indutivos e até abductivos¹⁰⁴ (estes de particular importância para a aferição de indícios).

Quanto ao modelo de enunciados no plano do sentido, da referência e do subjacente que se estabelecem em torno da “questão de facto” e “de direito”, há os *analíticos*, isto é, independentes dos factos, e os enunciados *sintéticos* que se baseiam no plano factual¹⁰⁵ e que traduzem a natureza compósita e multipolar do juízo em matéria de apreciação da prova e subsunção jurídica.

Cada caso coloca, no plano judiciário, uma questão-de-facto que, pela natureza das coisas, convoca questões jurídicas, como defende Castanheira Neves¹⁰⁶, ao identificar na primeira matriz (questão de facto) dois momentos: o da determinação de relevância jurídica da situação concreta (âmbito e conteúdo da norma; problema jurídico pré-compreendido); o da comprovação dos elementos dessa relevância e dos seus efeitos (prova e verdade); na segunda modalidade distingue entre questão de direito em abstracto, enquanto selecção da norma aplicável que se apresenta, logicamente, como proposição imperativa ou hipótese de solução, da questão de direito em concreto correspondendo ao juízo de resolução do caso e que comporta três etapas: a do confronto da norma com o facto (prova) tendo em vista a simulação de ambos; a da reponderação do problema concreto e da sua associação a um modelo de casos que se enquadram na teleologia da norma (congregando subsídios doutrinários e jurisprudenciais para o efeito); o da compatibilização dos fundamentos da validade sistemática e princípios gerais e de prova para proceder à assimilação concludente do caso à norma identificada.

Uma metodologia de ponderação da prova emerge, fenomenicamente, como uma variação entre limites: de um lado, a liberdade de apreciação assente num quadro hermenêutico racional; do outro, o condicionamento legal, empírico e científico que oferece, a seu modo, uma racionalidade, eventualmente, divergente.

Tal questão metodológica de ponderação implica o manejo dos quadros da lógica¹⁰⁷, enquanto arte de bem conduzir a razão no conhecimento das coisas e dos factos; da

¹⁰⁴ - No raciocínio abductivo, a partir do elemento particular conhecido (alguém com ténis “adidas” azuis esteve na ourivesaria à hora y) relaciona-se outro elemento particular (nesse dia, José adquirira ténis “adidas” azuis na loja de desporto Z da mesma superfície comercial) e afirma-se um outro (v.g o assaltante da ourivesaria tinha ténis “adidas” azuis).

¹⁰⁵ - Cujas distinção foi posta em causa por W. Quine, “Two dogmas of empiricism” in *From a Logical Point of View*, Cambridge, Harvard University Press, 1953.

¹⁰⁶ - in *Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais*, *Studia Iuridica / BFDC*, Coimbra editª, 1993, p. 155 e ss, 163 e ss.

¹⁰⁷ - Não se escamoteia que lógicas há muitas (lógica afectiva, de extensão, dos enunciados, das interdependências, etc. – cfr. Marcel Boll e Jacques Reinhart, in *A história da lógica*, Ed. 70, Lisboa, 1981). O

dialéctica, enquanto “processo de ajustamento recíproco da teoria e da experiência” (G. Bachelard); e da intermediação da linguagem, qual filtro de fidelidade da representação e do conhecimento, designadamente através da perspectiva pragmática¹⁰⁸ (sugerida por Austin) que distingue três níveis de acção no seio da linguagem: o acto “locutório” que pretende exprimir o valor do enunciado; o acto “ilocutório” que procura transmitir a força do enunciado (mesmo que performativo); e o “perlocutório” que expressa os efeitos do mesmo.

Para um desígnio de conhecimento assertórico e pretensão da sua validade, importa que o operador judiciário, no plano concreto, proceda a: (i) adopção de uma “atitude proposicional”, servindo-se de uma *lógica material* baseada em juízos “analíticos” que comporte enunciados jurídicos e fácticos; (ii) re-equacionamento dos juízos apodícticos do quadro *empírico* de vivências, emoções e condicionamentos sociais, psicológicos e culturais do operador¹⁰⁹ (que integram a “percepção imediata”), direccionando-os, como “arqueologia do saber”¹¹⁰, não só “contra” o objecto mas também “contra” o sujeito (através de um pensamento reflexivo); (iii) problematização *tópica*¹¹¹ do caso *sub judicio* com juízos de realidade, inerência, atribuição, precedência, pertinência, relevância, compatibilidade, coerência, inteligibilidade, etc.; (iv) intermediação da linguagem em espaço intencional de comunicação proposicional, de justificação e discursiva (argumentação¹¹² e motivação); (v) permanente revisão crítico-reflexiva da convicção formada – qual procedimento auto-dialéctico do pensamento¹¹³ –, ou seja, o controlo do domínio de adequação fáctica do juízo.

Com tal alcance, a metodologia judiciária institui-se em sistema de formação, transformação e verificação de enunciados. De resto, existem princípios que são transversais à generalidade das áreas da lógica, designadamente, o princípio da identidade, da contradição¹¹⁴

que se pretende assinalar é a necessidade de utilizar-se uma lógica sob pena de, na ausência de lógica, poder gerar-se uma convicção “opaca, inesperada e sem rasto” e uma decisão de “intuição salomónica”.

¹⁰⁸ - Contraposta à semântica (análise das relações dos signos com os referentes) à sintaxe (análise das relações entre signos), enquanto aborda as relações dos signos e sua enunciação com o sujeito.

¹⁰⁹ - O julgador “real” ou “homem de carne e osso” (Unamuno), não bafejado por um qualquer oráculo.

¹¹⁰ - Para usar a expressão (título da obra) de M. Foucault.

¹¹¹ - Enquanto “técnica de pensar por problemas” (Wiehweg) e que postula, na abordagem do caso concreto, argumentos de maioria de razão, a contrário, de analogia, etc.

¹¹² - Que neste ponto visa mais explicitar que explicar, através do qual se institui um domínio do pensamento concreto, situado, participativo e de inerência (Perelman, “La theorie de l’argumentation”, in *Recueil*, pub. do Centro de pesquisas lógicas, Bélgica, 1962, p. 104.

¹¹³ - É um lugar comum afirmar-se que se a lógica postula o rigor, a dialéctica postula o vigor (dinamismo, superação, evolução) do raciocínio.

¹¹⁴ - A lógica afectiva, porém, desconsidera o princípio da contradição, já que pretende essencialmente justificar a preferência (Marcel Boll e Jacques Reinhart, in *A história da lógica*, p. 113 e ss).

e da complementaridade¹¹⁵ que não podem deixar de estar presentes em todo o procedimento de ponderação da prova.

Uma tal postura rejeita uma matriz de decisão assente exclusivamente nas categorias intemporais da lógica pura ou da lógica normativa (onde não se condiciona a contingência da vida) própria do normativismo puro ou formalista¹¹⁶, bem como a matriz do decisionismo voluntarista¹¹⁷. E não prescinde da noção de *materialidade* nem da ideia de *relação*, aquela tomada não apenas como mera condição da estrutura metodológica do juízo, mas antes “constitutiva dos próprios enunciados” – já que é “indispensável que os enunciados tenham uma substância, um suporte, um lugar e uma data”¹¹⁸ – e a ideia de relação (em termos de conexão causal, de conexão fáctica e demais nexos que se visam estabelecer) de elementos, seja ela de co-existência, de sucessão, de determinação, de funcionamento independente, de reciprocidade, de correlação, de transformação, ou outra.

Naturalmente, no quadro epistemológico do “juízo indiciário” e da decisão subsequente, opera a dimensão *prudencial* (marcada pela dúvida, deliberação e opção) da razão que se pauta por uma pretensão de verificação de parâmetros não só de índole do *necessário* e do *verdadeiro*, mas também do domínio do *possível* (concernente à dialéctica) e do *preferível* (domínio da lógica afectiva).

Todavia, se no plano da opção de vias de solução – acusação, suspensão provisória do processo, requerimento para processo sumaríssimo – parece ter inteiro cabimento a adequação da via às circunstâncias do caso e condições do arguido, sendo legítimo funcionalizar a opção (*preferível*) ao estado do “caso”, já no estabelecimento da convicção deve demandar juízos, de índole técnica e epistemológica, no sentido de dirimir a verdade, independentemente da ponderação de consequências da decisão. Assim, não é admissível que, na fixação da base factual, se possa colocar a alternativa de decisão de arquivamento *versus* suspensão provisória do processo; é que as bases indiciárias, num e noutro caso, são opostas, no primeiro caso, por ausência ou insuficiência de indiciação (ou indiciação negativa) e, no segundo, por se estabelecer uma indiciação suficiente. Logo, se a convicção formada tiver sido de ausência de “indícios suficientes” nem sequer se coloca o problema da suspensão do processo, porquanto apenas dá lugar a arquivamento. Só com o estabelecimento da indiciação suficiente é que se coloca a questão da utilização do

¹¹⁵ - Este introduzido por Niels Bohr (físico sueco) para superar a divergência da teoria ondulatória com a corpuscular, em óptica, através do postulado da necessidade e justificação de ambos os aspectos para a explicação e compreensão dos fenómenos.

¹¹⁶ - À imagem de H. Kelsen.

¹¹⁷ - Grata à teoria do Direito livre (Isay).

¹¹⁸ - M foucault, *in História da Loucura*.

mecanismo da suspensão provisória (e antes do arquivamento por dispensa de pena) e inerente verificação dos seus pressupostos.

É certo que continuará sempre inacabada a tentativa de compatibilizar a dimensão racional e cognoscitiva à dimensão emocional e voluntária da *convicção*. As regras da experiência, as pré-compreensões e o sistema de crenças do julgador aglutina elementos e factores de variada natureza, referentes à mundividência pessoal (concepção do Homem e da vida), aos conteúdos volitivos e emocionais, à consciência empírica (tornada esquema mental operativo), à sensibilidade impressiva e expressiva (do caso), à susceptibilidade de ser influenciado, à inteligência emocional, à hierarquização de fins e interesses que supõe representar ou prosseguir.

Mas importa que a convicção não corresponda a um momento de irracionalidade mas antes a um “verdadeiro processo gnoseológico”, onde a metodologia e a crítica dos enunciados são pontos fulcrais, para que se possa falar da racionalização do resultado (convicção), num contexto de racionalização do procedimento e este, já por si, racionalizador do conflito.

◆ *Visão “aporética” de indícios, in dubio e convicção (in)suficiente*

Para que se estabeleça validamente uma dimensão consolidada de “indícios suficientes” é necessário que, também na prossecução da actividade de inquérito, se tenham verificado algumas condições básicas. Antes de mais, no plano da direcção do inquérito, é imperioso que o MP tenha levado a cabo um *domínio efectivo* (e não mero domínio virtual) do processo¹¹⁹; por outro lado, importa que se tenha procedido à realização *exaustiva da investigação* (diligências possíveis, úteis e suficientes) quer no sentido da verificação da imputação objectiva e subjectiva do delito quer no sentido da exclusão do crime ou da autoria do suspeito¹²⁰; é ainda necessário que as diligências de prova e demais actos processuais tenham sido realizados com observância dos direitos fundamentais, dos princípios processuais, das regras e das proibições de prova, para que esteja garantida a *utilizabilidade*

¹¹⁹ - Sob pena de não se cumprir o mandamento constitucional da titularidade do inquérito e exercício da acção penal, ainda que por via de uma insuficiente delegação (porventura, “genérica”, como hoje é admissível a leitura da Directiva 6/2002 PGR) de competência, ou ainda de uma eventual falta de inquérito, não sendo caso da admissibilidade legal da “falta” dele como é o caso do proc. sumário e abreviado (cfr. art. 382.º n.º 1 e 2 e art. 389.º n.º 3; e ainda art. 391.º-A CPP)

¹²⁰ - A tanto obriga o dever de objectividade do MP que, estatutariamente e conteúdo funcional no proc. penal, está vinculado à descoberta da verdade e não interessado na acusação.

da prova, delimitando-se o “efeito dominó” das provas diferentes (mas derivadas de provas proibidas) face às provas independentes, sem conexão fáctica com as proibidas.

A convicção sobre os factos com relevância jurídica levada à acusação é construída, atomística e sequencialmente (lógica e cronológica), através de um múltiplo feixe de proposições imperativas, hipóteses fácticas, enunciados probatórios e “implicações gerais”.

A factualidade da narrativa acusatória (cfr. al. *b*) do n.º 3 do art. 283.º do CPP) inclui eventos, relações, circunstâncias, objectos, estados, motivos, categorias espacio-temporais, etc., manifestados ou mediatizados pela prova, quer se trate de prova formal quer de prova indiciária, qualquer uma com relevância (menor ou maior, consoante as incidências concretas dos casos) em todas as fases do processo penal.

Ora, a prova indiciária¹²¹ – no sentido da passagem de facto conhecido para o facto desconhecido – há-de compreender os meios “digitais”, as picocélulas, os fotogramas, etc. num trajecto de abertura às novas realidades da sociedade da informação que subverte cânones do direito probatório, seja pela transmutação da teoria dos vestígios em teoria da racionalização dos registos (dos fluxos monetários e dos papéis, ou dos registos electrónicos e informáticos, etc.), seja pela reformulação do quadro de precedências da actividade probatória (v.g. a investigação de certos crimes informáticos só se torna viável com a análise do computador onde se verificaram as operações de acesso, reprodução de software, etc., tornando-se imperiosa para aquele efeito a busca e apreensão do mesmo no início e sem grande sustentação de indícios prévios), seja de ponderação e relevância dos indícios em sede do que se podem combinar métodos diversos.

E, se é verdade que, regra geral, os “indícios” são um princípio de prova (de investigação ou de produção) para se alcançar uma prova directa ou formal¹²², situações há que a prova indiciária se torna a única via possível de demonstração judiciária, envolvendo, em qualquer dos casos, como princípio rector, a ideia da *corroboração*. A maior exigência ao nível de indícios para se considerar verificados os enunciados de facto é, de resto, frequente, no Direito estrangeiro¹²³ e na doutrina que faz depender a dedução do facto

¹²¹ - Embora se diga que “toda a prova é prova indiciária”.

¹²² - Designadamente, testemunhas “de factos” ou a confissão do arguido da ocorrência, não obstante haver quem considere estarmos, nestes casos, ainda num plano de prova indiciária (Karl Engisch, *in Introdução ao pensamento jurídico*, Fun. Calouste Goulbenkian, 5ª ed., Lisboa, p. 73) e, por via disso, não vinculante para o julgador.

¹²³ - Como, por exemplo, no Cod Proc. Penal italiano (art. 192º n.º 2).

dos indícios de este se mostrarem *fortes* (ou graves), *precisos* e *concordantes*¹²⁴. De igual modo, o Supremo Tribunal Espanhol foi traçando várias condições para que a prova indiciária disponha de validade suficiente: que os indícios se revelem credíveis; que sejam plurais ou, quando isolados, possuam uma especial credibilidade; que estejam inter-relacionados e, preferencialmente, concomitantes com o facto probando.

Uma condição de validade material do estabelecimento de “indícios suficientes”, também por respeito do princípio de presunção de inocência do arguido, é a atitude do magistrado de rejeição de uma “convicção” preconceituosa, precoce, emocional ou “musculada”, quer no “sentido de culpa” quer de “denúncia caluniosa” com a análise dos primeiros materiais probatórios.

A formulação do juízo de prognose, integrador da convicção da suficiência de indícios, deve ser enformada pelo critério exigente de elevada probabilidade. Assim, por exemplo, o juízo de indiciação suficiente não poderá funcionar na base de uma aritmética rígida de meios de prova (v.g. o depoimento de 4 testemunhas não tem necessariamente maior valor e crédito que o de duas outras). A prova pericial constituirá, em princípio, base probatória para o estabelecimento de indícios suficientes. Em face de declarações do arguido, o juízo legítimo de prognose é o do direito ao silêncio (e não o de confessar ou de negar os factos) até porque essa inércia é logicamente anterior e é uma atitude sensata do arguido relativamente ao qual o processo disponha de abundante prova ou de prova escassa. No caso da prova se basear em depoimentos indirectos e a testemunha fonte se se tiver recusado, legitimamente (por ser parente ou afim até ao segundo grau), a prognose não pode ser optimista (de que ela irá falar em julgamento) mas realista (por juízo de normalidade, não falará).

A convicção deve formar-se como resultado final de operações sequenciais de análise do *puzzle* indiciário: apreciação de cada elemento de prova, individualmente considerado; análise diferenciada dos diversos meios; ponderação global e compatibilização da prova coligida.

Pode, em todo o caso, emergir e afirmar-se a dúvida que afaste a convicção.

Esse é um outro critério de prossecução da verdade material, porventura, na fenomenologia do juízo, o último, que não o menos importante: o princípio do *in dubio pro reo*.

Posto que está arredado um sistema de prova legal que estabeleça um quadro de critérios de valoração da prova, o *in dubio* mostra-se intimamente associado ao princípio

¹²⁴ - M. Delmas-Marty, op. cit, p. 331.

da livre apreciação da prova. Convicção e dúvida pressupõem a mesma liberdade¹²⁵ de juízo do julgador (para se convencer e para duvidar). De resto, num quadro aporético de prova, a relevância da dúvida pressupõe uma liberdade de apreciação relevante. Admitida esta, a relevância da dúvida constitui parâmetro jurídico de delimitação negativa da livre convicção.

Neste sentido – a par de critérios legais de prova de sentido “positivo”, de proibições de (avaliação da) prova, da exclusão do conhecimento pessoal do julgador, ou do caso julgado –, aquele princípio está finalisticamente dirigido ao estabelecimento de uma racionalidade metodológica de ponderação da prova, não obstante o legislador não apresentar uma estruturada via de verificação suficiente da “dúvida”¹²⁶, apontando apenas para a consequência que arrasta.

No plano do “fundamento” do *in dubio* existe uma grande variação doutrinal: desde o imperativo ético (Manzini), à componente do direito á presunção de inocência (Enrique Bacigalupo), ao reverso processual do princípio da culpa (Gomes Canotilho - Vital Moreira), à expressão de legitimidade de intervenção penal do Estado (C. Líbano Monteiro), até à contrapartida da função material de garantia da lei penal (J. Jescheck)¹²⁷.

No plano do seu objecto, conquanto que se trate de um princípio de direito, tem como campo de relevância a prova dos factos e não a interpretação e aplicação do direito criminal¹²⁸. Assim, enquanto princípio natural de prova não pode deixar de se aplicar¹²⁹ nas várias fases do processo – em sede de audiência de julgamento, de pronúncia, de acusação, de fixação de medida de coacção e de recurso – sempre que esteja em causa a apreciação da prova. Com efeito, o estigma que uma acusação naturalmente já comporta não pode fundar-se numa base indiciária duvidosa que equivaleria a afirmar que o arguido é uma pessoa “*duvidosamente* respeitadora das leis penais”¹³⁰.

De resto, na *ratio* da sua recepção no sistema penal descortina-se a ideia de que se trata de um princípio correlativo do regime de repartição do ónus da prova no direito civil, em face da proibição do *non liquet* (art. 8º nº 1 do CC). Neste pormenor, uma absolvição não pode ser vista como decisão desfavorável¹³¹ para o MP já que não vigora o chamado ónus de prova *formal* pois que cabe a este sujeito processual colaborar com o Tribunal para a

¹²⁵ - E, naturalmente, a *independência* de juízo, como expressão mais significativa do magistrado.

¹²⁶ - Não prevendo a lei norma expressa, a não ser enquanto decorrente do princípio da presunção de inocência.

¹²⁷ - C. Líbano Monteiro, *Perigosidade...*, 1997, p. 54 e ss.; Jorge Gaspar, “Titularidade...”, 2001, p. 112-113 (nota 286); Cruz Bucho, *Notas sobre o princípio «in dubio pro reo»*, (policopiado), CEJ, 1998.

¹²⁸ - A Castanheira Neves, *Sumários...*, 1968, p. 59; J. Figueiredo Dias, *Curso...*, 1984, p. 215; M. Pedrosa Machado, “O princípio *in dubio pro reo* e o novo CPP” in *ROA*, Ano 49 – Set.1989, Lisboa, p. 594 e ss.; no sentido de se aplicar à interpretação e aplicação da lei, cfr. Ac STJ de !!/02 /99, in *CJ*, TI, 1999, p. 210 e ss.

¹²⁹ - Embora contrariando uma pré-compreensão jurisprudencial com grande expressão.

¹³⁰ - Na expressão de Jaime Vegas Torres, *apud* Cruz Bucho, p. 51.

¹³¹ - Nem favorável em caso de condenação.

descoberta da verdade (art. 53º do CPP) e existe o princípio da investigação pelo qual, no quadro temático e probatório suscitados pelos sujeitos processuais, o tribunal tem o dever de se esclarecer, admitindo-se, quando muito um ónus da prova *material* em vista do qual, beneficiando o arguido da presunção de inocência¹³², torna-se necessário (para o MP ou, em última análise, para o Tribunal) fazer prova que possa ilidir tal presunção para daí decorrer a condenação.

Na caracterização da “dúvida”, importa ainda salientar que só releva a dúvida *insanável* ou definitiva, no sentido de que não se pode ficar a dever a uma deficiente investigação ou produção de prova, já que “dez mil dificuldades não constituem uma dúvida”¹³³; além disso, precisa de ser *razoável*, o mesmo é dizer que não pode assentar num motivo leve (também dita dúvida “negativa”), logo, tem de ser coerente, aceitável, vigorosa e argumentada¹³⁴; e ainda, tem de ser *objectivável* porquanto não se confunde com a dúvida subjectiva, a intuição ou conjecturas, devendo ser argumentada, motivada e que “se comunique e imponha aos outros”.

A afirmação da operatividade do princípio *in dubio* leva a que um *non liquet* em matéria da prova seja valorado em favor do arguido, quer considerando não indiciado – logo, não levado à acusação, nessa parte – o elemento típico ou as categorias de que depende a condenação (v.g. autoria e culpa), quer seja favorável ao arguido (circunstância dirimente).

Aporia diversa respeita à aplicação do princípio *in dubio* relativamente aos elementos subjectivos da infracção, tradicionalmente considerados indiciados ou provados, desde que se afirmasse a desse modo a materialidade do crime. No entanto, na esteira de Beleza dos Santos e de Figueiredo Dias, importa também relativamente àquele firmar um juízo de indiciação suficiente, o que não impede que seja através das regras da experiência ou juízos de normalidade.

Relativamente a elementos qualificadores e privilegiantes do tipo incriminador e relativamente a pressupostos processuais, ainda que mais controversos, creio ser a boa leitura que também aqui rege o *in dubio pro reo*, quer se trate v.g. de dúvida sobre o valor de objecto furtado do interior de habitação (cujo sentido deve ser de ser considerado de “valor diminuto”¹³⁵) ou sobre a data do facto para efeitos de prescrição ou amnistia (que ainda é matéria de prova de facto).

¹³² - Cfr. Ac. 41/2004/Tconst, “DR” 20/02/2004, II, p. 2920, nos termos do qual se liga a presunção de inocência do arguido (intraprocesso) direitos inerentes à produção de prova e à utilização de meios processuais de defesa e de recurso.

¹³³ - Newman, *apud* Cruz Bucho, p. 11.

¹³⁴ - Só pode ser razoável se for “a doubt for wich reasons can be given”

¹³⁵ - Ac STJ, 12/11/ 97 CJ (Ac STJ) V, T 3; Ac STJ, 13/01/1994, CJ, Acs STJ, T1, p, 200,

Resta dizer que a verificação da “dúvida razoável” sobre determinado facto, equivale a dizer que o mesmo não está suficientemente indiciado e não pode ser objecto de acusação.

E na hipótese contrária, da irrelevância da dúvida, a afirmação da suficiência de indícios traduz um contexto de acusação que, em todo o caso, só deve ocorrer como última possibilidade de decisão. Com efeito, em razão do princípio da igualdade de cidadãos e da proibição do excesso, uma convicção de suficiência de indícios (e só esta, já que a insuficiência conduz ao arquivamento) deve, com carácter metódico e obrigatório, deve conduzir à verificação da decisão menos gravosa, seguindo uma linha gradativa: arquivamento por dispensa de pena; não sendo admissível, suspensão provisória do processo; ou ainda, a via do processo sumaríssimo preferir a de acusação em processo abreviado e, como derradeira alternativa, a acusação em processo comum.

IV. Conclusão

O conceito de “indícios suficientes”, densificado no plano jurídico, funciona como critério de decisão e critério de justificação da acusação, no quadro de um procedimento orientado por princípios constitucionais e legais.

Naquele conceito liga-se o referente retrospectivo da prova indiciária coligida ao referente prospectivo da condenação, no ponto de convergência da “possibilidade razoável” desta, estabelecida por força daqueles indícios e não de outros.

A determinação do grau de tal possibilidade passa pela bitola da *possibilidade particularmente qualificada* ou de *probabilidade elevada* por ser a que melhor salvaguarda o referente de condenação, a exigência de verdade do julgamento e os princípios que convergem no procedimento e no momento (presunção de inocência, *in dubio pro reo*, etc).

O juízo de indicição suficiente deve, assim, ter por equivalente o juízo de condenação em julgamento. Difere, todavia, o *contexto* probatório em que a convicção se afirma: dada a ordem natural das coisas, na fase (posterior) de julgamento, com a adição do imprescindível contraditório, da imediação da prova e do princípio da investigação, bem pode reger o postulado epistemológico segundo o qual “uma anterioridade cronológica revela-se uma inferioridade lógica”, paradoxalmente, ao outro postulado de que “só da prova concomitante ao facto se pode dizer que é genuína” (por não ter sofrido a corrosão do tempo sobre a memória, sobre o suporte físico e sobre a re(de)sistência do juízo).

Sendo a verdade processual representada pelo material probatório e a função síntese da razão “ordenar diversas representações sob uma representação comum”¹³⁶, a ponderação da prova e a construção da convicção deve seguir uma *ordem racional*. Com efeito, oferece maior garantia um modelo de “certeza lógica”, racionalmente dirimida, a um modelo de “certeza subjectiva”.

A matriz de “livre convicção” de suficiência de indícios – de acusação, de pronúncia ou de condenação – jamais poderá servir de panacéia para as deficiências de investigação, deficiências metodológicas de apreciação da prova e deficiências jurídicas com que opera quem decide.

A apreciação da prova, a formação da convicção e a tomada de decisão deve, em rigor, pertencer a um plano de verdadeira *leges artis* num espaço comunicacional intersubjectivo de justiça.

Num sistema de “prova livre”, o traçado de racionalidade intrínseca é acompanhado por “instâncias” mediadoras do juízo, como sejam os critérios legais de prova e as proibições de prova num propósito legislativo de conferir, por aquela via, momentos de *racionalidade epistemológica* (científica, técnica, psicológica, etc.) e por esta (das proibições) momentos de *racionalidade ética*.

O estabelecimento de uma racionalidade conformadora da convicção de suficiência de indícios torna o “poder” de acusar num “dever” de (não) acusar, plasmando-o de legitimação acrescida.

Carlos Adérito Teixeira

¹³⁶ - I. Kant *in Crítica da Razão Pura*.