

Rui Patrício

**O princípio da presunção
de inocência do arguido
na fase do julgamento
no actual processo
penal português**

**(Alguns problemas
e esboço para uma reforma
do processo penal português)**

ASSOCIAÇÃO
ACADÉMICA
da FACULDADE
DIREITO
LISBOA



Lisboa
2000

O presente estudo foi elaborado entre Janeiro e Setembro de 1997, tendo, nesta data, sido entregue na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como relatório do seminário de Direito Processual Penal, sob a regência das Senhoras Professoras Maria Fernanda Palma e Teresa Pizarro Beleza, no curso de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais (ano lectivo 1996/97).

Posteriormente, no Outono de 1999, apresentei este mesmo estudo como trabalho principal no concurso para assistentes-estagiários (secção de Ciências Jurídicas), na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, tendo o mesmo sido objecto de discussão, em 28 de Outubro de 1999, perante um júri constituído pelos Senhores Professores Oliveira Ascensão, Lebre de Freitas e Maria Fernanda Palma.

Considero que as alterações introduzidas na Constituição da República pela Lei Constitucional n.º 1/97, de 20 de Setembro (que ainda não estava em vigor quando o presente estudo foi concluído e entregue na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa) e, bem assim, as alterações introduzidas no Código de Processo Penal pela Lei n.º 59/98, de 25 de Agosto, não têm repercussões significativas no objecto deste estudo.

Assim, mantenho o mesmo intocado, não lhe introduzindo alterações relativamente à versão de Setembro de 1997, salvo no subtítulo e nalguns pormenores de redacção, devendo ter-se as indicações legislativas, jurisprudenciais e bibliográficas como referidas àquela data.

Lisboa, Janeiro de 2000.

Ao meu avô Ramiro, que continua comigo.

- I. Introdução.** Considerações iniciais. Breve referência à problemática do princípio da presunção de inocência do arguido e as medidas de coacção. Delimitação e apresentação do objecto do presente trabalho.
- II. O princípio da presunção de inocência do arguido no actual processo penal português.** Fontes. O princípio da presunção de inocência do arguido e a prova em processo penal. O princípio da presunção de inocência do arguido e os seus estatuto e tratamento. O princípio da presunção de inocência como direito do arguido e como comando dirigido ao legislador e a outros sujeitos processuais penais, e não como presunção em sentido técnico-jurídico.
- III. A decisão judicial (em especial a questão da “pré-compreensão” na decisão judicial).** O abandono do modelo explicativo do silogismo judiciário. O modelo explicativo do “círculo hermenêutico”, com especial referência aos autores da chamada “hermenêutica existencial”. A “pré-compreensão” na decisão judicial. Intelecção versus convicção. Breve referência ao pensamento de CASTANHEIRA NEVES. Subjectividade e motivação. A importância da ausência, na fase do julgamento, de meios de orientação do juízo do julgador. A importância dos mecanismos de violação indirecta de princípios jurídicos.
- IV. O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português (alguns problemas).** A unidade dos autos e o saneamento do processo. A recepção da acusação pelo juiz de julgamento. Breve referência aos princípios do contraditório e da igualdade de armas. Breve referência ao processo penal anglo-americano. O conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no

início da audiência de julgamento (com especial referência ao antigo n.º 2 do artigo 342º do Código de Processo Penal).
Breve referência à *césure*. Considerações finais.

V. Conclusões

VI. Bibliografia

“Ignoro, Atenienses, a impressão que vos causaram os meus acusadores. Por mim, de os ouvir, quase me esqueci de quem sou, tão persuasivos eram os discursos deles.”

Apologia de Sócrates
Platão

“Indicarei agora o lugar daquele que se submeterá ao julgamento. Ficará no seu reduto próprio, vigiado, em frente dos três julgadores, mas deles afastado. Todos aqueles o olharão de frente. Sabendo-o, ele terá cuidado com os seus gestos mais do que com as palavras, ou não terá; e tudo isso é importante.”

Juízo Perfeito
Julieta Monjinho

I. INTRODUÇÃO

1. Sendo o mote do presente relatório do seminário de Direito Processual Penal o princípio da presunção de inocência do arguido e a estrutura do processo penal português, vários temas se ofereciam à investigação e à reflexão. Na verdade, o princípio da presunção de inocência do arguido, constituindo um princípio estruturante do processo penal português hodierno, de mais a mais constitucionalmente consagrado¹, tem incidência em todas as fases do processo penal e dirige-se a vários dos seus sujeitos, ainda que, em um e outro caso, de diferentes formas e com diferentes intensidades. Aliás, sempre dizemos, *a latere*, que consideramos o tema do princípio da presunção de inocência do arguido e a estrutura do processo penal português um tema que, na teoria dos sujeitos do processo penal, diz respeito, não apenas ou sobretudo ao arguido, mas a todos os sujeitos, sobretudo àqueles que, em cada fase do processo penal, se podem considerar o seu *dominus*.

Vários temas - já se disse - se ofereciam à investigação e à reflexão: o princípio da presunção de inocência do arguido e o segredo de justiça; o princípio da presunção de inocência do arguido na fase do inquérito; o princípio da presunção de inocência do arguido e o princípio da publicidade em processo penal, nomeadamente no que concerne à intervenção dos *media* no processo penal, ao fenómeno do “*trial by newspaper*” e aos excessos e às distorções a que a publicidade informativa do processo penal (de um processo penal) pode conduzir, ao ponto de podermos atingir um sistema informal de “justiça penal sem julgamento”²; o princípio da

¹ Vd. *infra*, II-1.

² A este respeito, vd. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Volume I, págs. 226 e ss., e bibliografia e jurisprudência aí citadas. (No presente trabalho, as referências bibliográficas far-se-ão indicando apenas o autor, a obra e, em certos casos, a(s) página(s); a final, encontram-se as referências bibliográficas completas. Procurámos seguir, no que concerne às referências bibliográficas, as indicações de UMBERTO ECO, em *Como se Faz uma Tese em Ciências Humanas*, embora, em alguns casos, tenhamos feito adaptações ou tomado caminhos diferentes.)

presunção de inocência do arguido na fase da instrução; ou em sede de recurso; entre outros.

Por uma razão ou por outra, nenhum destes temas nos pareceu dever ser o eleito para o presente relatório. Ou porque outros colegas do curso de mestrado abordariam temas muito próximos (segredo de justiça, o inquérito e por aí fora); ou porque eram temas que acabariam por centrar-se em outras questões que não o princípio da presunção de inocência do arguido, ficando esta como uma questão lateral (casos do referido tema da intervenção dos media no processo penal e, de uma certa forma, do princípio da presunção de inocência no inquérito, que acabaria, necessariamente, por centrar-se na natureza e na legitimidade desta fase processual); ou ainda porque não nos pareceram temas onde a questão do princípio da presunção de inocência do arguido se colocaria com toda a sua riqueza. Mas sobretudo porque à investigação e à reflexão também se ofereciam outros dois temas de grande interesse e importância, a nosso ver, já porque respeitam a momentos decisivos do processo penal, em que muito está em causa e muito se decide, já porque respeitam a momentos em que o estatuto do arguido, de um modo geral, e o princípio da sua presunção de inocência, em particular, assumem enorme relevância. Momentos em que, talvez mais do que em qualquer outros do processo penal, se coloca a questão do equilíbrio entre as duas finalidades maiores do processo penal. Como bem ensina CASTANHEIRA NEVES³, “o direito processual criminal é orientado por duas finalidades principais, por que se especifica a sua intencionalidade, não só jurídico-processual, como ainda ético-jurídica: a) propõe-se uma estrutura processual que permita, eficazmente, tanto averiguar e condenar os culpados criminalmente, como defender e salvaguardar os inocentes de perseguições e condenações injustas. ...; b) o processo criminal deverá orientar-se, por outro lado, pela válida conciliação de dois princípios ético-jurídicos fundamentais: o princípio da reafirmação, defesa e reintegração da comunidade

ético-jurídica ... e o princípio do respeito e garantia da liberdade e dignidade dos cidadãos ...”.

2. O primeiro dos referidos temas seria o princípio da presunção de inocência do arguido e as medidas de coacção, no actual Direito Processual Penal português.

Relativamente a esta questão, a posição comumente adoptada, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência, encontra-se expressa nestas palavras de FIGUEIREDO DIAS⁴: “Relativamente ao arguido como objecto de medidas de coacção, o princípio jurídico-constitucional em referência [presunção de inocência do arguido] vincula estritamente à exigência de que só sejam aplicadas àquele as medidas que ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente. E daí as exigências ... de necessidade, adequação, proporcionalidade, subsidiariedade e precaridade, que o artigo 193º do Código integralmente produz.” Ou seja, tem-se entendido que, no que às medidas de coacção diz respeito, fica salvaguardado o princípio da presunção de inocência do arguido que é delas objecto (e esta palavra não deixa de ser já particularmente significativa), se forem respeitados os princípios da legalidade (ou tipicidade)⁵, da necessidade, da adequação, da proporcionalidade, da subsidiariedade⁶ e da precaridade⁷, com o que tais medidas serão suportáveis, mesmo estando a ser aplicadas a alguém que, por comando constitucional, se presume inocente. É desta forma que a questão tem sido, geralmente, colocada⁸.

⁴ Em “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, pág. 27.

⁵ Cfr. artigo 191º do Código de Processo Penal. (Todas as referências ao Código de Processo Penal – e, bem assim, a outros diplomas legais-, salvo indicação em contrário, referem-se ao Código de Processo Penal português vigente.)

⁶ Cfr. artigo 193º do Código de Processo Penal.

⁷ Cfr. artigos 212º e ss. do Código de Processo Penal.

⁸ Assim, por exemplo, JOÃO CASTRO E SOUSA, em “Os Meios de Coacção no Novo Código de Processo Penal”, e ODETE MARIA DE OLIVEIRA, em “As Medidas de Coacção no Novo Código de Processo Penal”.

Ora, não se duvida de que o respeito pelos princípios acima referidos deva ser nuclear em sede de medidas de coacção, nem se duvida tão-pouco de que o seu respeito torne as medidas de coacção “comunitariamente suportáveis”. Do que se duvida - e era, sobretudo, isso que se ofereceria à investigação e à reflexão, a nosso ver - é que a aplicação de medidas de coacção seja, verdadeiramente, compatível com o princípio da presunção de inocência em toda a sua extensão⁹, não tanto em termos de compatibilidade constitucional (até porque sempre tínhamos o artigo 27º, nº 2 da Constituição da República para solucionar o problema¹⁰), mas em termos de compatibilidade lógica, psicológica e sociológica. Ou seja, do que se duvida é de que se deva pôr a questão apenas em termos de suportabilidade das medidas de coacção considerando que estão a ser aplicadas a alguém que se presume inocente, não se perguntando se esse alguém a quem tais medidas são aplicadas se presume, realmente, inocente; se, nessa sede, a presunção de inocência é ou não uma fórmula vazia. O que se oferecia à investigação e à reflexão era saber até que ponto a aplicação de medidas de coacção (talvez à excepção do termo de identidade e residência), atendendo sobretudo aos seus fins - enunciados no artigo 204º do Código de Processo Penal -, não envolve e não pressupõe (e não conduz a) uma presunção de culpabilidade. Pois não é verdade que quer os fins processuais enunciados nas alíneas a) e b) daquele artigo (garantir a possibilidade de recolha, pronta, completa e correcta, da prova e garantir a exequibilidade da decisão final de condenação), quer os fins extraprocessuais enunciados na sua alínea c) (protecção da comunidade e da vítima) pressupõem um juízo de culpabilidade, que justificaria os perigos de fuga, de perturbação do processo e da ordem e tranquilidade públicas e de continuação da

⁹ Vd. *infra*, II.

¹⁰ E, ainda assim, caberia levar em conta e reflectir, nesta sede, acerca do disposto no artigo 18º, nº 2 da Constituição da República.

actividade criminosa? Era sobre isto que cumpriria investigar e reflectir.

E, posto isto, outras questões se imporiam à investigação e à reflexão: por um lado, saber até que ponto a aplicação de medidas de coacção, envolvendo ou não uma presunção de culpabilidade, é compatível com o estatuto do arguido no actual Direito Processual Penal português, e até que ponto as mesmas, em ordem a salvaguardar certas finalidades do processo penal, não ofendem insuportavelmente os direitos, liberdades e garantias dos arguidos¹¹ e, em última análise, a dignidade da pessoa humana¹²; por outro lado, saber até que ponto a aplicação de medidas de coacção (nomeadamente, nas suas formas mais graves) não cerceia as possibilidades de defesa do arguido, por via da limitação da sua liberdade ambulatoria¹³ ou até do reduzido alcance que nelas tem o princípio do contraditório^{14 15}.

¹¹ Em “La Protection des Droits de l’Homme dans la Procedure Penale Portugaise”, admite FIGUEIREDO DIAS”, a págs. 185: “L’inculpé est, donc, non seulement sujet du procès et moyen de preuve, mais également objet de moyens de contrainte procédurale. Et c’est sans doute sous cet aspect qu’il encourra, plus probablement et plus souvent, des atteintes à ses droits d’homme.”

¹² Pois se é verdade que o Direito Processual Penal prossegue certas finalidades que admitem limitações recíprocas (a realização da Justiça e a descoberta da verdade material, a preservação dos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, a promoção dos valores da segurança, a preservação dos valores da eficiência e da rentabilidade), não é menos verdade que a estruturação de um sistema de processo penal num Estado de Direito terá como objectivo fundamental promover a defesa da dignidade da pessoa, não admitindo tal objectivo qualquer tipo de transacção.

¹³ Sobre a caracterização das medidas de coacção como medidas que restringem a liberdade ambulatoria - e também sobre a sua distinção das medidas de garantia patrimonial e das medidas de natureza cautelar -, vd. JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, “As Medidas de Coacção e de Garantia Patrimonial no Novo Código de Processo Penal”.

¹⁴ Cfr., nomeadamente, artigo 194, nº 2 do Código de Processo Penal.

¹⁵ Esclarecedoras, a este respeito, são as seguintes palavras de GERMANO MARQUES DA SILVA (em Curso de Processo Penal, I, pág. 37): “Outra limitação resulta da possibilidade de aplicação ao arguido de medidas privativas e restritivas da liberdade com base exclusiva

Por aqui se vê que o tema do princípio da presunção de inocência do arguido e as medidas de coacção no actual Direito Processual Penal português implicaria um estudo muito para lá da incidência do princípio da presunção de inocência do arguido no campo das medidas de coacção, acabando por conduzir-nos, inevitavelmente, a uma reflexão sobre a compatibilidade das mesmas com outros princípios estruturantes do processo penal hodierno e com o estatuto do arguido e, a final, a uma reflexão sobre a sua legitimidade. Ora, tal reflexão afigurou-se-nos demasiado ampla para um trabalho desta natureza, indo também muito para além do mote deste trabalho^{16 17}.

3. Por outro lado, um segundo tema - como se disse - se oferecia à investigação e à reflexão: o princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento, à luz do actual Direito Processual

nas provas recolhidas pela acusação. Na verdade, neste caso, é negada a igualdade, pois que o arguido vai ficar sujeito a medidas privativas ou restritivas da sua liberdade com base nas provas recolhidas exclusivamente pela acusação, sem que tenha efectiva oportunidade de as ilidir antes de lhes sofrer os efeitos."

¹⁶ Talvez venhamos a fazer esta reflexão, em um trabalho futuro, académico ou não.

¹⁷ Todas as dúvidas e perguntas que aqui formulámos relativamente às medidas de coacção - por mais inusitadas ou "radicais" que possam ser consideradas - são sinceras dúvidas e sinceras perguntas, não tendo natureza retórica. Ou seja, não pretendemos com tais dúvidas ou tais perguntas afirmar o que nelas se põe em dúvida ou se pergunta, não pretendemos afirmar a incompatibilidade das medidas de coacção com certos princípios estruturantes do processo penal português ou a sua ilegitimidade. O que dizemos é apenas que tais dúvidas e tais perguntas devem ser colocadas e respondidas, e que o facto de as mesmas dúvidas e perguntas não serem habitualmente formuladas ou o facto de as medidas de coacção terem, entre nós, cobertura constitucional e legal não tira às referidas dúvidas e perguntas, a nosso ver, pertinência e importância. Não ignoramos, contudo, que estamos na presença de dúvidas e de perguntas que, por várias razões - e, em última análise, por razões culturais -, talvez merecessem conclusões e respostas no sentido da manutenção, da justificação e da legitimação das medidas de coacção no processo penal.

Penal português. E, fazendo uso, por um lado, do direito de liberdade na escolha de um tema de investigação, e porque, por outro lado, nos parece que a fase do julgamento é a fase mais importante do processo penal, a fase onde tudo (ou quase tudo) se decide, foi esse o tema que escolhemos para o presente trabalho.

Na verdade, pode dizer-se, esquematicamente - e seguindo, na terminologia, FRANCESCO CARNELUTTI¹⁸ -, que o processo penal se divide em duas grandes fases, a da instrução e a do juízo, destinando-se a primeira a preparar a segunda, e sendo certo que é na segunda fase que, verdadeiramente, tudo se decide, absolvendo-se ou condenando-se o arguido. Nas palavras de FERNANDO LUSO SOARES¹⁹, “o facto, em primeiro lugar apontado como meramente possível (através do somatório indiciário), é apresentado depois como muito provável (conforme a acusação do Ministério Público, do ofendido ou do assistente) e acaba por vir a ser concretamente certo (com a sentença do juiz)”. Ou, nas palavras de FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ²⁰: “O delito, juridicamente, não existe senão através da sentença.”

Se ao longo de todo o processo penal está presente a tensão entre a “razão do Estado” e a “razão individual”, entre a possibilidade de realização do jus puniendi do Estado e a salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias individuais, é no julgamento que essa tensão assume maior expressão, pois é aí que é tomada a decisão final, decisão essa que, condenando ou absolvendo, e fazendo-o justa ou injustamente, pode assegurar ou não o respeito pelo jus puniendi do Estado - e, com ele, pela segurança e pela tranquilidade comunitárias²¹ - e pelos direitos, liberdades e garantias individuais. E esses

¹⁸ Citado, amiúde, em FERNANDO LUSO SOARES, *O Processo Penal como Jurisdição Voluntária (Uma Introdução Crítica ao Estudo do Processo Penal)*.

¹⁹ Obra citada na nota anterior, pág. 18.

²⁰ Em *Derecho y Proceso*, citado por FERNANDO LUSO SOARES, obra citada, pág. 29.

²¹ Diz FIGUEIREDO DIAS, em “O Novo Código de Processo Penal”, pág. 11: “Um programa político-criminal para as últimas décadas do nosso século e para as primeiras do século

respeito ou desrespeito, por via da sentença ou do acórdão, assumirão, não um carácter “provisório” (digamos assim), como em outras decisões e em outras fases do processo penal, mas “definitivo” (salvaguardando, naturalmente, o direito de recurso). O que é tanto mais sério, quanto mais levarmos em conta que o processo penal, em última análise, respeita, não ao ter, como o processo civil, mas ao ser²².

Se - acompanhando, por exemplo, GERMANO MARQUES DA SILVA²³ - considerarmos que existem no processo penal três missões - uma missão jurídica (ordenada à realização do direito substantivo), uma missão política (ordenada à salvaguarda dos direitos, liberdades e garantias do arguido) e uma missão social (ordenada à manutenção da pacífica convivência social) -, é na fase do julgamento que elas assumem a sua maior e melhor expressão. Certo é também que poderemos definir o processo penal - ainda que pelo mínimo denominador comum da doutrina - como um conjunto de actos destinado a averiguar a responsabilidade de alguém por um dado facto e a caracterizar ou não esse facto como criminoso. Ora, tal averiguação e tal caracterização fazem-se, verdadeiramente, no julgamento, culminando na sentença (em sentido amplo); sendo no julgamento que o princípio do contra-

vindouro tem de partir da assunção de que, num Estado de Direito democrático e social, a imposição da pena só pode ter por justificação a tutela de expectativas sociais criadas pela norma ou, se preferirmos, a reafirmação da validade da norma violada.”

²² Usa-se aqui, uma vez mais, a terminologia carneluttiana, sem, com isso, aderir às suas teses sobre a natureza do processo penal e, bem assim, sem deixar de duvidar se o processo civil, ao menos indirectamente (e directamente, em certos casos - pense-se, por exemplo, no Direito da Família), não diz também respeito ao ser.

²³ Obra citada, I, pág. 49. Em sentido idêntico, FIGUEIREDO DIAS, “O Novo Código de Processo Penal”, págs. 12 e 13, e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 7/87, de 9.1.87, que apreciou preventivamente a constitucionalidade do Código de Processo Penal (Acórdão que pode ver-se em LOBO MOUTINHO, *Direito Processual Penal (Textos de Apoio às Aulas Práticas)*, págs. 69 e ss.).

ditório assume a sua mais ampla expressão, só podendo ser valoradas as provas aí produzidas²⁴ e vigorando um sistema de livre apreciação da prova ou de “provas morais”.

Ora, foi por considerarmos que a fase do julgamento tem no processo penal esta importância²⁵, que escolhemos como tema para este trabalho o princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento, no actual processo penal português. Mas também por outras razões: por um lado, porque ele permitirá (melhor do que o referido tema relativo às medidas de coacção) tecer algumas considerações (muito superficiais, necessariamente) sobre o sistema processual penal anglo-americano, glosando assim também a segunda parte do mote deste trabalho (“a superioridade do modelo anglo-saxónico”) - embora não se pretenda com este trabalho propor uma reforma do processo penal português, mas tão-só indicar o que nos parecem ser, no actual processo penal português, algumas “brechas” relativamente ao princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento (o que constitui já um esboço de reforma); por outro lado, porque o presente tema permitirá e obrigará a reflectir sobre uma questão que nos parece importante e que, estamos em crer, não tem sido, entre nós, suficientemente considerada, indo a sua relevância muito para além do processo penal, questão essa que se prende com o mecanismo da decisão judicial e em particular com o que chamaremos “o problema da pré-compreensão na decisão judicial”; por último, porque a reflexão sobre este tema abre caminho²⁶

²⁴ A este respeito, diz JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, em “O Julgamento no Novo Código de Processo Penal”, págs. 273 e 274: “... na verdade, como em nenhum outro momento da nova evolução jurídica, se encontrou um Código que levasse tão longe a linha da frente da jurisdicionalização, naquilo que ela tem de mais específico: a outorga a juizes do poder de aferição da prova e da livre apreciação da responsabilidade penal, sem submissão ao material probatório previamente escrito durante o corpo de delito, ou a autos que façam fé em juízo até prova em contrário.” A respeito deste ponto, vd. *infra*, IV-6.

²⁵ O mesmo já não diríamos relativamente ao processo civil.

²⁶ Caminho que desejamos trilhar, futuramente.

para a reflexão acerca do Direito e da ideologia penais, em geral, e do Direito Processual Penal, em particular. Sendo certo, como sublinha FIGUEIREDO DIAS²⁷, que “o direito processual penal é, fora de toda a dúvida, um dos ramos de direito mais fortemente “ideologizados”, dada a directa conexão da sua temática com os pressupostos políticos fundamentais de uma comunidade e com a “concepção do homem” que lhe subjaz”.

4. Assim, no presente trabalho, tratar-se-á, em primeiro lugar, o princípio da presunção de inocência do arguido no actual processo penal português, procurando esclarecer quais os contornos e o alcance deste princípio. Em segundo lugar, tratar-se-á a referida questão da decisão judicial e, em especial, o problema da “pré-compreensão”, numa tentativa de, à luz, sobretudo (mas não exclusivamente), das teses da chamada “hermenêutica existencial”, procurar saber como se processa o momento da *applicatio*. Em terceiro lugar, procuraremos reflectir sobre alguns aspectos relativos à fase do julgamento no actual processo penal português que, a nosso ver, podem constituir “brechas” no princípio da presunção de inocência do arguido, a saber, por esta ordem: a unidade dos autos e o saneamento do processo; a recepção da acusação pelo tribunal de julgamento; por último, o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento (com especial referência ao antigo artigo 342º, 2 do Código de Processo Penal e ainda à *césure*).

O presente trabalho não tem, naturalmente²⁸, a preocupação de esgotar todas as questões que se podem colocar a propósito do tema escolhido²⁹, ou seja, a propósito do princípio da presunção de

²⁷ Direito Processual Penal citado, Prefácio.

²⁸ E como resulta do seu próprio subtítulo.

²⁹ Até porque, por um lado, não poderíamos fazê-lo, sendo certo, por outro lado, que o tema escolhido (como qualquer tema, aliás) talvez seja inesgotável, quanto às questões que a seu respeito se podem colocar.

inocência do arguido na fase do julgamento, à luz do actual processo penal português, nem tão-pouco de esgotar a questões eleitas para investigação e reflexão (referidas no parágrafo anterior). No presente trabalho, procurar-se-á apenas dar conta do resultado das nossas investigação e reflexão acerca das mencionadas questões, investigação e reflexão essas que empreendemos ainda no tempo do 5º ano do curso de licenciatura e que agora aprofundámos, sem nunca perder de vista a ideia - que é todo um programa - de que, no processo penal, se algum desequilíbrio tiver de haver, ele deverá ser no sentido das garantias individuais³⁰, pois a nossa ordem jurídica é inspirada, sobre tudo, por um critério superior de liberdade, assente no valor moral da pessoa humana.

³⁰ E assim acompanhamos TERESA PIZARRO BELEZA, quer nos seus *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Volume I, pág 10, quer no seu ensino oral na Faculdade de Direito de Lisboa, no ano lectivo de 1993/94, a que assistimos no âmbito do 5º ano do curso de licenciatura.

II. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO ARGUIDO NO ACTUAL PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

1. Nos termos do n.º 2 do artigo 32.º da Constituição da República, “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa”. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de Dezembro de 1948 (cuja autoridade interpretativa e integradora em matéria de direitos fundamentais está estabelecida no artigo 16.º, n.º 2 da Constituição da República), estatui, no n.º 1 do seu artigo 11.º, que “toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”. De igual modo, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, de 1976³¹, estabelece-se que “qualquer pessoa acusada de infracção penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (artigo 14.º, n.º 2), e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, de 1950³², estabelece-se que “qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada” (artigo 6.º, n.º 2).

Encontramos, assim, estabelecido na ordem jurídica portuguesa³³ o princípio da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória, sendo certo que, nem nas Constituições anteriores à Constituição de 1976, nem na legislação ordinária, existia preceito semelhante ao contido no actual n.º 2 do artigo 32.º da Constituição³⁴. Ora, estando encontradas as suas fontes, cumpre esclarecer os contornos e o alcance do

³¹ Aprovado, em Portugal, para ratificação, pela Lei n.º 29/78, de 12 de Junho.

³² Aprovada, em Portugal, para ratificação, pela Lei n.º 65/78, de 13 de Outubro.

³³ Relativamente aos textos de Direito Internacional citados e à sua vigência na ordem jurídica portuguesa, cfr. artigo 8.º da Constituição da República.

³⁴ A Constituição de 1976 é, aliás, o texto que, na história do constitucionalismo português, mais preceitos dedica ao processo penal, sendo de destacar os seus artigos 18.º, 27.º, 28.º, 29.º, 30.º, 31.º e 32.º, que podem ser considerados, no seu conjunto, a “magna carta” do processo penal português hodierno.

princípio constitucional da presunção de inocência do arguido³⁵, para, depois - como nos propusemos no início deste trabalho -, reflectir acerca da compatibilidade com o mesmo de certas disposições legais e procedimentos³⁶ atinentes à fase do julgamento no actual processo penal português.

2. Se levarmos em conta que, historicamente, o princípio da presunção de inocência do arguido surgiu num contexto - o da Revolução Francesa³⁷ - de procura de instrumentos jurídicos que limitassem o exercício do *jus puniendi* do Estado, de modo a pôr cobro aos abusos anteriores, próprios de um processo de natureza inquisitória^{38 39}, facilmente se compreenderá que a primeira inci-

³⁵ É corrente afirmar-se, no seguimento de H. HENKEL, que o Direito Processual Penal é, na verdade, Direito Constitucional aplicado, porquanto, por um lado, os fundamentos do processo penal são também os alicerces constitucionais do Estado e, por outro lado, encontramos na Constituição a regulamentação de certos problemas do processo penal - neste sentido, por exemplo, GERMANO MARQUES DA SILVA, obra citada, pág. 56, e FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Volume I, págs. 74 e ss.. "Sismógrafo" dos valores constitucionais chamou ROXIN ao Direito Processual Penal.

³⁶ Para além das disposições legais, referimos os procedimentos (judiciais, naturalmente) atinentes à fase do julgamento, porque consideramos que o *law in action* é tão importante como o *law in books*, além de que reconhecemos a importância da "sociologia da actividade judicial" (a este respeito, vd. infra, III-1). Detalhadamente, sobre a "sociologia da acção jurisdicional" (como aparece aí referida), vd. FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Ciminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, págs. 501 e ss..

³⁷ O princípio da presunção de inocência do arguido foi proclamado pela primeira vez na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de Agosto de 1789 (artigo 9º): "Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi."

³⁸ Sobre a evolução histórica do princípio da presunção de inocência do arguido, vd. JOSÉ SOUTO DE MOURA, "A Questão da Presunção de Inocência do Arguido", págs. 31 e ss..

³⁹ A respeito do processo de natureza inquisitória (e, bem assim, a respeito do processo de natureza acusatória), com detalhe sobre a evolução histórica, veja-

dência do princípio da presunção de inocência do arguido se situe na matéria da prova⁴⁰. Na verdade, do princípio em causa decorre, fundamentalmente: a inexistência de um ónus probatório do arguido em processo penal⁴¹, no sentido de que o arguido não tem que provar a sua inocência para ser absolvido; um princípio *in dubio pro reo*; e decorre ainda que o arguido não é mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele⁴².

Em primeiro lugar, o princípio da presunção de inocência do arguido isenta-o do ónus de provar a sua inocência, a qual aparece imposta (ou ficcionada, como preferem alguns autores⁴³) pela lei. O que carece de prova é o contrário, ou seja, a culpa do arguido⁴⁴, culpa essa que cabe ao Ministério Público - e ao tribunal, por via do princípio da investigação - provar. Contudo, se o não conseguirem, não sofrerão qualquer consequência desfavorável; quanto ao tribunal, por razões óbvias, no que toca ao Ministério Público, devido ao seu estatuto de objectividade, não sendo o Ministério Público

se FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, págs. 61 e ss.; sobre esta questão, veja-se também, numa perspectiva histórica e sociológica, MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, págs. 35 e ss. e, sobre a passagem do processo de natureza inquisitória para o processo de natureza acusatória, págs. 82 e ss.

⁴⁰ Como outras incidências, para além daquelas de que adiante se tratará, podem indicar-se, entre outras: preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo; exclusão da fixação da culpa em despachos de arquivamento; não incidência de custas sobre arguido não condenado; proibição de antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares. Assim, por exemplo, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa - Anotada*, pág. 203. Ainda a respeito das várias incidências do princípio em apreço, vd. GERMANO MARQUES DA SILVA, obra citada, I, pág. 41.

⁴¹ Se existe ou não um ónus probatório do Ministério Público, adiante se verá.

⁴² Sobre o princípio da igualdade de armas, vd. *infra*, IV-3.

⁴³ Assim JOSÉ SOUTO DE MOURA, obra citada, pág. 43: "Se se ficciona o arguido inocente, para que é que se vai provar ... a inocência?"

⁴⁴ O termo culpa é aqui usado (e será, doravante, salvo indicação em contrário), não como categoria da teoria da infracção, mas abrangendo todas as categorias daquela teoria (tipicidade, ilicitude e culpa).

interessado na condenação do arguido, nem parte no processo (é, aliás, corrente considerar-se que o processo penal português não constitui um processo de partes⁴⁵). Por outras palavras, o princípio da presunção de inocência do arguido dispensa a defesa da necessidade de provar a inocência do arguido, para obter uma absolvição, concentrando na acusação o esforço probatório no sentido da prova da culpa do arguido. Esta afirmação, contudo - e bem vistas as coisas -, deve ser lida com três ressalvas: em primeiro lugar, o arguido, a despeito de ser presumido inocente, tem todo o interesse (e, naturalmente, o direito) em contradizer a acusação contra si proferida, em ordem a evitar que a presunção relativa à sua inocência seja - digamos assim, por comodidade de expressão - "ilidida"⁴⁶ (o que nos obriga a considerar que a necessidade de conhecimento por parte do arguido da acusação - e da pronúncia - contra si proferida é também uma decorrência, entre outros princípios, do princípio da presunção de inocência do arguido); em segundo lugar, o princípio da presunção de inocência e a incapacidade de o Ministério Público provar a culpa do arguido não conduzem, necessariamente, num sistema acusatório temperado por um princípio de investigação, como é o nosso⁴⁷, à absolvição

⁴⁵ Sobre este ponto, por todos, vd. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 242 e ss., maxime págs. 249 e ss. (sobre a questão na ordem jurídica portuguesa), e "Ónus de Alegar e de Provar em Processo Penal?", e CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, págs. 7 e ss.. Considerando que o arguido e o Ministério Público são partes em sentido formal e que o arguido é também parte em sentido material (não o Ministério Público), CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Volume I, pág. 148.

⁴⁶ Adiante se explicarão as aspas - vd. *infra*, 4. Usando a expressão ilidida sem aspas, nem ressalvas, relativamente à presunção de inocência do arguido, veja-se, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 25.3.93, *Boletim do Ministério da Justiça*, 425, 315.

⁴⁷ A este respeito, vd., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 191 e ss.. Na Proposta de Lei nº 21/IV (relativa à autorização solicitada pelo Governo para legislar em matéria de processo penal), afirma-se: "Em matéria

do arguido, pois o tribunal pode e deve suprir a referida incapacidade da acusação; por último, deve levar-se em conta, como já se referiu, que, estando o Ministério Público sujeito a um estatuto de objectividade, nos termos da lei (que não, amiúde, na prática)⁴⁸, não pode falar-se num verdadeiro ónus da prova do Ministério Público, já que não pode considerar-se que a incapacidade de provar a culpa do arguido acarrete para o Ministério Público a desvantagem característica dos verdadeiros ónus^{49 50}.

de grandes linhas da estrutura do sistema, o projecto parte do pressuposto de que o processo penal a construir deverá traduzir, não a pureza do princípio acusatório - que a Constituição aliás não cauciona nessa expressão maximalista -, mas, mais realisticamente, a máxima acusatoriedade do processo compatível com a sobrevivência da investigação judicial ..." (em LOBO MOUTINHO, obra citada, pág. 10).

⁴⁸ Sobre o estatuto de objectividade do Ministério Público, cfr. artigos 221º da Constituição da República, 53º do Código de Processo Penal e 2º, nº 2 da Lei Orgânica do Ministério Público (Lei nº 47/86, de 15 de Outubro, alterada pela Lei nº 23/92, de 20 de Agosto). Sobre o princípio da objectividade e também sobre o princípio da lealdade, no que tange ao Ministério Público, vd. FIGUEIREDO DIAS, "Do Princípio da "Objectividade" ao Princípio da "Lealdade" do Comportamento do Ministério Público no Processo Penal", acentuando a ideia de que o princípio da lealdade deve assumir particular expressão nos sistemas processuais, como o nosso, em que a posição do Ministério Público não é de parte processual, mas de auxiliar privilegiado do tribunal na realização das finalidades do processo penal.

⁴⁹ Sobre a figura jurídica do ónus (ou, mais correctamente, encargo ou ónus material), enquanto situação jurídica passiva, vd. MENEZES CORDEIRO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 1º Volume, págs. 282 e ss.. Sobre o ónus da prova em Direito Processual Civil, vd., por todos, JOÃO DE CASTRO MENDES, *Direito Processual Civil*, IIº Volume, págs. 665 e ss.. Sobre o "ónus da prova" em processo penal, veja-se o texto - antigo na data, mas actual no conteúdo - de GIUSEPPE BETTIOL "Presunzioni ed Onere della Prova nel Processo Penale", nomeadamente págs. 252 e ss..

⁵⁰ Refira-se, a *latere*, a respeito da incidência do princípio da presunção de inocência do arguido na matéria da prova em processo penal, e em especial na matéria do "ónus da prova" e do princípio *in dubio pro reo*, que, com a entrada em vigor da Constituição de 1976, foi amplamente discutido o artigo 169º do Código de Processo Penal de 1929, que atribuía "fé em juízo" aos "autos de notícia" elaborados por agentes da autoridade relativamente a infracções por eles presenciadas, não tendo a Comissão Constitucional acolhido a tese da inconstitucionalidade do referido artigo 169º perfilhada por alguns autores - vd. Acórdão

Por outro lado, o princípio da presunção de inocência surge articulado com o princípio *in dubio pro reo*. Dizemos mais: o princípio *in dubio pro reo* é um dos corolários do princípio da presunção de inocência do arguido. Corolário que já não nos elucida acerca de quem deve provar o quê no processo penal (como a questão - anteriormente tratada - do "ónus da prova"⁵¹), mas acerca do modo como o julgador penal deve valorar a prova feita e decidir com base nela. O princípio em causa procura, pois, responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal, não a dúvida sobre o sentido da norma⁵², mas a dúvida sobre o facto⁵³. Resumindo, o princípio *in dubio pro reo* parte da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet*, ou seja, não pode abster-se de optar pela condenação ou pela absolvição, existindo uma obrigatoriedade de decisão⁵⁴, e determina que, na dúvida quanto ao

da Comissão Constitucional nº 168 (relatado por FIGUEIREDO DIAS), de 24.7.79, Boletim do Ministério da Justiça, 291, págs. 341-353.; vd. também JOSÉ PEDRO FAZENDA MARTINS, "Subsídios para o Problema do Valor Probatório do Auto de Notícia e da sua Constitucionalidade", JOSÉ SOUTO DE MOURA, obra citada, págs. 41 e ss., e RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, págs. 133 e ss..

⁵¹ As aspas estão já explicadas.

⁵² "Em caso de dúvida sobre o significado das normas, deve, com efeito, o intérprete socorrer-se de todos os elementos que permitam a averiguação da verdadeira vontade do legislador." - EDUARDO CORREIA, *Direito Criminal*, I, pág. 150. Sobre a inaplicabilidade do *in dubio pro reo* à dúvida sobre o sentido da norma, vd. GIUSEPPE BETTIOL, "La Regola "In Dubio pro Reo" nel Diritto e nel Processo Penale", págs. 247-248.

⁵³ Acerca da dúvida que subjaz ao *in dubio pro reo*, vd. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e In Dubio Pro Reo*, págs. 11 e ss..

⁵⁴ Prescreve o artigo 8º, nº 1 do Código Civil: "O tribunal não pode abster-se de julgar, invocando a falta ou a obscuridade da lei ou alegando dúvida insanável acerca dos factos em litígio." E o artigo 3º, nº 2 do Estatuto dos Magistrados Judiciais (Lei nº 21/85, de 30 de Julho), estabelece: "Os magistrados judiciais não podem abster-se de julgar com fundamento na falta, obscuridade ou ambiguidade da lei, ou em dúvida insanável sobre o caso em litígio, desde que este deva ser juridicamente regulado." Para lá dos preceitos legais, esta obrigatoriedade de decisão é imposta pela finalidade processual de restauração da paz jurídica, paz jurídica comunitária e do arguido.

sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido⁵⁵. Por outras palavras: se a prova feita não é suficiente para formar a convicção do julgador no sentido da culpa ou da inocência do arguido, então este deve ser absolvido, não tendo a presunção da sua inocência sido “ilidida”⁵⁶; sendo certo que não lhe cabia a ele, arguido, como se viu acima, provar a sua inocência, o que nos permite concluir que bem se articulam os dois mencionados corolários do princípio da presunção de inocência⁵⁷.

Ao afirmarmos que o princípio *in dubio pro reo* é um corolário do princípio da presunção de inocência do arguido, não ignoramos que, na doutrina, não é unânime o entendimento acerca da natureza da relação entre o princípio *in dubio pro reo* e o princípio da presunção de inocência do arguido⁵⁸, não exigindo a história a ligação entre um e outro. Contudo, estamos em crer que, na verdade, o princípio *in dubio pro reo* pode e deve ser visto como um corolário do mais vasto princípio da presunção de inocência do arguido⁵⁹, sendo, afinal, o reverso processual do princípio penal da

⁵⁵ O princípio *in dubio pro reo* encontra a sua equivalência, no sistema anglo-americano, na imposição de que a condenação do arguido surja *beyond a reasonable doubt*; assim ensina, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, em *Direito Processual Penal*, Vol. I, pág. 205 (nota 49), citando KENNY-TURNER. Sobre o princípio *in dubio pro reo*, genericamente, vd. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* citado, págs. 211 e ss..

⁵⁶ Como na nota 46.

⁵⁷ Assim também GIUSEPPE BETTIOL, “*Presunzioni ed Onere della Prova nel Processo Penale*”, pág. 255, e também “*La Regola “In Dubio pro Reo” nel Diritto e nel Processo Penale*”, págs. 250 e ss..

⁵⁸ Sobre esta questão, vd. CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, obra citada, págs. 41 e ss. e 54 e ss., com análise detalhada da questão e dos possíveis fundamentos do princípio *in dubio pro reo*.

⁵⁹ No mesmo sentido, GERMANO MARQUES DA SILVA, obra citada, I, pág. 220. Assim também, por exemplo, CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1º, pág. 212: “A prova para condenação tem de ser plena, enquanto a dúvida ou incerteza impõe a absolvição. É essa a consequência da presunção de inocência, que a razão material impõe, e a Constituição elevou a princípio constitucional.” Também TERESA PIZARRO BELEZA, *Apontamentos de Direito Processual Penal*, Vol. II, pág. 149.

culpa⁶⁰. Aliás, neste sentido milita decisivamente, a nosso ver, também a boa articulação existente entre os dois corolários do princípio da presunção de inocência que apontámos no parágrafo anterior⁶¹; aliás, CASTANHEIRA NEVES⁶², que sustenta não ser aceitável a afirmação, comum na doutrina, de que o princípio *in dubio pro reo* só pode entender-se com base na presunção de inocência, dando a este princípio uma justificação apenas jurídico-processual, acaba a afirmar que o princípio *in dubio pro reo* é o correlato processual da exclusão do ónus da prova em processo penal, sendo certo que essa exclusão decorre, como se viu, do princípio da presunção de inocência do arguido. Não esquecemos, contudo, a ligação deste princípio *in dubio pro reo* a outros princípios processuais penais. A este respeito, frisamos que entendemos que o princípio *in dubio pro reo* também se relaciona, por um lado, com o princípio da livre apreciação da prova⁶³, pois dúvida e convicção são indissociáveis, e, por outro lado, com a questão da fundamentação das decisões⁶⁴, pois se as decisões, para se imporem, devem ser fundamentadas, a fundamentação só é, verdadeiramente, pos-

⁶⁰ Assim, claramente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, pág. 217. Assim também MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, "O Princípio *In Dubio pro Reo* e o Novo Código de Processo Penal", pág. 596., citando GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, e também pág. 601.

⁶¹ Apontando para a boa articulação entre a questão do "ónus da prova" e o princípio *in dubio pro reo*, embora não explicitamente, KARL ENGISCH, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, págs. 102-103.

⁶² Vd. *Sumários de Processo Criminal*, pág. 56.

⁶³ Sobre este ponto, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, obra citada, págs. 51 e ss., que considera - no que a acompanhamos - o princípio *in dubio pro reo* como limite normativo do princípio da livre apreciação da prova. GIUSEPPE BETTIOL, em "La Regola "In Dubio pro Reo" nel Diritto e nel Processo Penale", aponta também para a relação entre o princípio *in dubio pro reo* e a livre apreciação da prova, nomeadamente a págs. 246. Sobre o princípio da livre apreciação da prova, vd. FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, I, págs. 198 e ss..

⁶⁴ Sobre a questão da fundamentação, ainda que em termos muito genéricos, vd. *infra*, III-3.

sível e convincente (no sentido de passível de reconhecimento e aceitação pela comunidade jurídica) se o julgador estiver certo quanto à sua decisão relativa à questão-de-facto⁶⁵ (para o que agora nos ocupa).

Em terceiro lugar, decorre do princípio de presunção de inocência do arguido que este não é um mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele, devendo frisar-se que daqui decorre - e em ligação com o princípio (o primeiro de todos os princípios jurídico-constitucionais) da preservação da dignidade pessoal - que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade; ou seja, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal, além de que a sua confissão (por si, já um acto espontâneo de colaboração) se acha rodeada de especiais cuidados, como facilmente se afere da análise dos artigos 141º e 344º do Código de Processo Penal.

3. Aqui chegados, cumpre frisar que é tão marcada a incidência do princípio da presunção de inocência em matéria de prova (que acima procurámos descrever, ainda que sumariamente), que alguns autores foram levados a limitar aquele princípio a essa matéria⁶⁶, considerando que o princípio em causa não tem outro

⁶⁵ Diga-se, *a latere*, que pode encontrar-se uma acutilante análise acerca da relação entre o princípio *in dubio pro reo* e a distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito em MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, obra citada, nomeadamente nas págs. 594 e ss., chegando à conclusão - que inteiramente acompanhamos - de que o princípio *in dubio pro reo*, dizendo respeito à questão-de-facto (melhor, o seu objecto é a questão-de-facto), não é, em si mesmo, questão-de-facto, mas questão-de-direito, pois trata-se de um princípio de direito. Vd. também as ricas referências bibliográficas ali feitas.

⁶⁶ "Não é fácil determinar o sentido do princípio da presunção de inocência do arguido." - dizem GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, obra citada, pág. 203. Sobre esta

alcance para além do que se confina ao *in dubio pro reo* (expressão cunhada por Stübel) e à problemática do “ónus da prova” e da prova em processo penal, de um modo geral. Nesta linha, por exemplo, BETTIOL⁶⁷, impressionado pela contradição entre a presunção de inocência do arguido e o facto de se estar a proceder contra ele. Na mesma linha, podemos referir, entre nós, RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, que (citando CAETANO RUSSO) afirmam que “a presunção de inocência não transforma o arguido - cujo status se mantém - em inocente, mas opera exclusivamente sobre o regime do ónus da prova”^{68 69}.

Ora, devemos dizer que não concordamos com esta visão. Se é indiscutível que o princípio da presunção de inocência do arguido opera decisivamente sobre a questão da prova, não é menos verdade, a nosso ver, que esse princípio tem outra significativa incidência no processo penal (entre outras, menos significativas, como já se viu): impõe que o arguido seja titular de um estatuto e receba um tratamento e uma consideração próprios de alguém que é considerado inocente⁷⁰ e que, portanto, está no uso do seu jus

questão, vd. também o Acórdão da Comissão Constitucional citado *supra*, na nota 50, em especial as págs. 344 e ss..

⁶⁷ Citado em JOSÉ SOUTO DE MOURA, obra mencionada, págs. 32-33.

⁶⁸ Obra citada, pág. 130.

⁶⁹ Refira-se, a propósito, que não compreendemos inteiramente o que pretendem dizer estes autores (obra citada, pág. 130), quando afirmam não existir qualquer fundamento lógico-jurídico para a presunção de inocência do arguido, tratando-se, tão-só, de um princípio com um fundamento político, fruto de uma evolução da sociedade e de uma conquista de civilização. Pois parece-nos que todos os princípios de Direito, ao menos de Direito Público, são princípios com fundamentos políticos. Não é o Direito Natural, também (e tão-só), fruto de uma evolução da sociedade e de progressivas conquistas de civilização? – permita-se a pergunta. A propósito deste último ponto, vd. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, págs. 296 e ss., onde expõe “uma concepção hodierna de Direito Natural”.

⁷⁰ Assim sublinhou, por exemplo, o Tribunal Constitucional (1ª Secção), em Acórdão de 31.3.1992 (Acórdão nº 123/92, *Boletim do Ministério da Justiça*, 415,

libertatis - pelo menos, até onde o exercício do jus puniendi do Estado o não restringir, por via dos mecanismos processuais considerados indispensáveis ao exercício desse jus puniendi (v.g., as medidas de coacção, a acusação, a pronúncia, a submissão a julgamento)⁷¹. Com isto queremos dizer que, no curso de um processo penal, “o arguido está mergulhado num estado de dúvida”⁷², no que concerne à sua responsabilidade pelos factos sub judice, sendo certo que o processo se destina a resolver esse estado de dúvida, em um sentido ou em outro, e determina a contenção, a suspensão e a negação de direitos do arguido, por comparação com os cidadãos não arguidos, em ordem a permitir a realização do processo e, assim, a dissipação do referido estado de dúvida. Ora, numa ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia, a presunção de inocência do arguido em processo penal terá também por função impor que a contenção, a suspensão e a negação de direitos do arguido (seja “dentro” do processo, seja “fora” dele) sejam o mais limitadas possível (quantitativa e qualitativamente) e que assumam um carácter transitório e reversível, de modo a assegurar que, uma vez alcançada uma decisão no sentido da inocência do arguido, aquelas contenção, suspensão e negação sofridas pelo arguido ao longo do processo se possam considerar

264): “O princípio da presunção de inocência, consagrado no artigo 32º, nº 2, da Constituição, para além de ser uma regra válida em matéria de prova (princípio in dubio pro reo), contém implicações ao nível do próprio estatuto ou da condição do arguido, em termos de tornar ilegítima a imposição de qualquer ónus ou a restrição de direitos que, de algum modo, representem e se traduzam numa antecipação da condenação.” Assim também GERMANO MARQUES DA SILVA, obra citada, I, pág. 219.

⁷¹ O Tribunal Constitucional (2ª Secção), em Acórdão de 6.5.1993 (Acórdão nº 172/92, Boletim do Ministério da Justiça, 427, 57), frisou o seguinte: “O processo penal de um Estado de direito há-de cumprir dois objectivos fundamentais: assegurar ao Estado a possibilidade de realização do seu ius puniendi e oferecer aos cidadãos as garantias necessárias para os proteger contra os abusos que possam cometer-se no exercício do poder punitivo, designadamente contra a possibilidade de uma sentença injusta.”

⁷² JOSÉ SOUTO DE MOURA, obra citada, pág. 35.

“suportáveis”. A este propósito, acompanhamos inteiramente o pensamento de JOSÉ SOUTO DE MOURA⁷³: “Como bem apontou Carnelutti, a justiça humana é de tal modo precária, que não só faz sofrer as pessoas depois de condenadas, como as faz sofrer para se saber se hão-de ser condenadas. Ora, é em face desta realidade inelutável, mas nem por isso menos lamentável, que o princípio da presunção de inocência ganha nova luz. Até à decisão final, é sempre possível admitir a hipótese de absolvição. E se a absolvição ocorre por força de se ter afirmado a inocência do arguido, este tê-lo-ia sido sempre, antes do processo e durante o processo. Ora, os actos gravosos cometidos durante o processo contra o arguido, que se verificou depois estar inocente, surgirão como inadmissíveis, já que produziram uma lesão de interesses imerecida e irreversível. Lesão sofrida por alguém que em nada contribuiu para criar a situação de que foi vítima. Este pensamento parece ser suficiente para que o tratamento preferível durante o processo seja de inocência e não de culpabilidade.”

E refira-se ainda, antes de prosseguirmos, que é a este respeito que avulta a questão da celeridade do processo⁷⁴, pois se, na vida do cidadão, o processo penal, por si e pelo que dele decorre, restringe, suspende e nega certos direitos do arguido enquanto cidadão, então esse estado de coisas, esse estado de excepção, deverá durar o menos possível (desde que asseguradas as garantias de defesa). Não podemos, pois, deixar de concluir que constitui uma importante dimensão do princípio da presunção de inocência do arguido a obrigatoriedade de realização do julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa, sendo certo que a demora do processo penal, não só poderá acarretar restrições ilegítimas dos

⁷³ Obra citada, págs. 35 e 36. Optámos por transcrever (aqui como em outras partes do texto), extensamente, as palavras do autor (ou de outros), por considerarmos que expressam bem o nosso pensamento acerca da questão em apreço.

⁷⁴ Aliás, a ligação feita no citado n.º 2 do artigo 32.º da Constituição da República entre o princípio da presunção de inocência do arguido e a celeridade do processo é mais uma razão que nos leva a concluir que não podemos limitar a incidência daquele princípio à matéria da prova.

direitos do arguido, como também poderá retirar conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência⁷⁵.

4. O exposto permite concluir que a presunção de inocência do arguido não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, ou seja, não se trata de uma ilação “que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido” (cfr. artigo 349º do Código Civil)⁷⁶. Como se compreende, não estamos na presença de uma inferência que se faz derivar de um facto real - até porque, à medida que o processo avança (e, sobretudo, à medida que se vencem as “barreiras” do inquérito e da instrução, com despachos de acusação e de pronúncia), mais provável é a hipótese de condenação e, assim, maior o convencimento da culpa (questão que adiante melhor se verá).

A presunção de inocência é, sim, um direito do arguido - e, por conseguinte (como todos os direitos), um comando⁷⁷, dirigido ao legislador ordinário, impondo-lhe que as normas penais não consagrem presunções de culpa e que não façam decorrer a responsabilidade penal de factos apenas presumidos⁷⁸; impondo-lhe, em suma, que legisle no sentido de que não saia diminuído, directa ou indirectamente⁷⁹, o princípio da presunção de inocência

⁷⁵ Assim, por exemplo, GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, obra citada, pág. 204.

⁷⁶ Sobre as presunções, pode ver-se OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, pág. 540, e VAZ SERRA, “Provas ...”, págs. 180 e ss.. Também sobre o conceito de presunção e sobre a presunção no processo penal, pode ver-se BETTIOL, citado “*Presunzioni ed Onere della Prova ...*”.

⁷⁷ Alguns autores falam de “injunção de tratamento do arguido como inocente” e outros de “ficção de inocência”; a este respeito, vd. JOSÉ SOUTO DE MOURA, obra citada págs. 38 e 39.

⁷⁸ Interessante e significativa, a este respeito, é, por exemplo, a já referenciada (*supra*, nota 50) discussão à volta do artigo 169º do Código de Processo Penal de 1929, com a entrada em vigor da Constituição de 1976.

⁷⁹ Adiante melhor se compreenderá porque frisamos o facto de essa diminuição poder ser directa ou indirecta.

do arguido (com o alcance acima apontado); e um comando dirigido aos sujeitos processuais penais cujas esferas tanjam a esfera do arguido. O direito a ser presumido inocente e, por isso, a ser tratado e considerado como tal ao longo do processo - “fora” do processo e “dentro” do processo -, vendo a contenção, a restrição e a negação dos seus direitos de cidadão terem o alcance mais restrito possível (qualitativa e quantitativamente) e o direito a não ser titular de um ónus de prova, a beneficiar de um princípio *in dubio pro reo* e a não ser um mero objecto de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele⁸⁰.

5. No presente trabalho, propusemo-nos estudar, a propósito da incidência do princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento, à luz do actual processo penal português, os seguintes problemas: a unidade dos autos e o saneamento do processo; a recepção da acusação pelo tribunal de julgamento; o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento. Ora, o estudo desses problemas implicará que tenhamos em atenção, sobretudo, as consequências do princípio da presunção de inocência do arguido em matéria de prova, pois é, fundamentalmente, a esse nível que, a nosso ver, tais problemas podem implicar uma violação daquele princípio na fase do julgamento. Assim, o facto de, em páginas que se seguem, irmos dar relevância, quase exclusivamente, ao primeiro campo de incidência do princípio em apreço que assinalámos nesta segunda parte do presente trabalho, não significa que, afinal - e pondo em causa o que atrás dissemos -, consideremos que é apenas nele que o mesmo princípio se realiza. Significa tão-só que o objecto que nos propusemos estudar reclama que se leve em conta tal campo, e não tanto a questão da incidência do princípio da presunção de inocên-

⁸⁰ O direito também a beneficiar dos demais corolários do princípio da presunção de inocência - vd. a nota 40.

cia no que toca ao estatuto e ao tratamento do arguido, “no” processo penal e “fora” dele⁸¹.

6. Dissemos já, repetidas vezes, que, neste trabalho, nos propomos reflectir acerca de alguns problemas atinentes à fase do julgamento, no actual processo penal português, no que respeita à sua relação com o princípio da presunção de inocência do arguido. Dissemos já também que essa reflexão levar-nos-á a tomar em consideração, sobretudo, a incidência que aquele princípio tem em matéria de prova. Ora, se assim é - e se dissemos que o princípio da presunção de inocência constitui um direito do arguido (com o alcance que assinalámos) e, *ipso facto*, um comando dirigido ao legislador e aos sujeitos processuais cujas esferas tangem, de alguma forma, a esfera do arguido - forçoso é considerar que a reflexão a que nos propomos neste trabalho obriga a que tenhamos particularmente em atenção o *dominus* da fase do julgamento, ou seja, o juiz de julgamento, pois é a ele que cabe apreciar a prova, formar uma convicção e, a final, decidir, pela absolvição ou pela condenação do arguido - e que o tenhamos em atenção, quer por via das normas processuais penais que dirigem a sua actividade, quer por via dos seus procedimentos.

Impõe-se, pois, que - antes de entrar na análise dos referidos problemas atinentes à fase do julgamento no actual processo penal português relativamente à sua relação com o princípio da presunção de inocência do arguido - teçamos algumas considerações sobre a decisão judicial, sobre os mecanismos de aplicação do direito no caso concreto, pois é para a decisão judicial que a fase do julgamento (e, afinal, todo o processo) se orienta, é ela o culminar do processo (do processo penal, no caso que agora nos ocupa), é

⁸¹ Questão que assumiria toda a relevância - e sem prejuízo de considerar também questões de prova - se para objecto deste trabalho tivéssemos escolhido as medidas de coacção e o princípio da presunção de inocência (*vd. supra*, I-2).

nela que se revela o que se passou ao longo do processo. É o que faremos de seguida, sob o título - que antecipa as conclusões - de “a decisão judicial (em especial a questão da “pré-compreensão” na decisão judicial⁸²)”.

⁸² Problema que é uma aquisição definitiva na metodologia jurídica contemporânea, podemos dizer, desde já. Assim, por exemplo, KARLLARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, maxime págs. 242 e ss., também, entre outras, págs. 161 e ss. e 353 e ss., CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica”, págs. 665-667, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, págs. 205 e ss., MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, obra citada, págs. 588-589, e MENEZES CORDEIRO, *Introdução à Edição Portuguesa da obra de CLAUS-WILHELM CANARIS Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*, nomeadamente págs. LIII e ss. e CI e ss.; aliás, a referida obra de CANARIS não deixa de ter interesse para esta matéria, nomeadamente quando se interessa pela obtenção do Direito, mas também através de toda a sua (rica) abordagem do conceito de sistema e do pensamento sistemático.

III. A DECISÃO JUDICIAL

(EM ESPECIAL A QUESTÃO DA “PRÉ-COMPREENSÃO” NA DECISÃO JUDICIAL)

1. O pensamento jurídico relativo à decisão judicial, relativo à obtenção do Direito no caso concreto, tem sido marcado pelo modelo explicativo, de matriz aristotélico-escolástica e de cunho lógico-subsuntivo, do silogismo judiciário. Contudo, não podemos hoje ignorar, relativamente a esta matéria, tendências mais recentes do pensamento jurídico⁸³; onde avulta o pensamento dos autores que se filiam no que podemos chamar “hermenêutica existencial”.

Partindo da noção de que o conhecimento é sempre situado e vinculado à historicidade do intérprete (ao seu “ser-aí”/Dasein⁸⁴), que não é um “ego puro”, mas intersubjectivamente determinado, autores como MARTIN HEIDEGGER⁸⁵, HANS GADAMER⁸⁶ e ARTHUR KAUFMANN⁸⁷, entre outros, chegam à noção, que é central na “hermenêutica existencial”, de “círculo hermenêutico”. Querem com isso, em síntese, dizer que, num processo de conhecimento, o objecto, que não é algo “exterior” ao sujeito, é por este, de alguma forma, “(re)construído”, com base no conhecimento vivencial, implícito, pré-predicativo desse sujeito. Conhecer é, assim, um fenómeno condicionado pelo “estar-no-mundo” do

⁸³ Expressivas, a este respeito, são as palavras de FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, em *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, a págs. 510: “As mais recentes orientações de metodologia jurídica puseram irreversivelmente em crise o postulado da subsunção lógico-mecanicista das expressões da vida nas previsões abstractas da lei, considerada esta como um dado consistente e unívoco.”

⁸⁴ Dasein é um termo cunhado por MARTIN HEIDEGGER, correspondendo a uma ideia que é central no seu pensamento. A tradução de Dasein para a língua portuguesa não tem sido unânime. A este respeito, vd. “Notas Explicativas” de MÁRCIA DE SÁ CAVALCANTE, em *Ser e Tempo*, de MARTIN HEIDEGGER, Parte I, págs. 309 e ss.; Dasein aparece aí traduzido por “pre-sença”, sendo também comum a sua tradução por “existência”.

⁸⁵ Cfr., sobretudo, *Ser e Tempo*.

⁸⁶ Cfr., sobretudo, *Wahrheit und Methode*.

⁸⁷ Cfr., sobretudo, *Analogie und “Natur der Sache” e Rechtsphilosophie im Wandel*. Sobre o pensamento de ARTHUR KAUFMANN, vd. JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*, págs. 203-209.

sujeito. A relação do intérprete com a coisa ocorre sempre no contexto de uma determinada situação, no contexto de um “círculo” de vivências e de linguagem. O objecto só existe enquanto em relação com um dado sujeito, e este não se limita a apreender o seu sentido, mas “acrescenta-lhe sentido”, ou seja, cada sujeito “recria”, em função da sua singularidade existencial, um dado objecto.

Ora, esse “estar-no-mundo” determina também que o sujeito, quando chega ao conhecimento do objecto, traga já (digamos assim, simplificada) uma antecipação de sentido, uma “pré-compreensão” desse mesmo objecto, a qual é determinada, por um lado, pela sua experiência, pela sua *praxis*⁸⁸, e, por outro lado, pelo primeiro contacto que teve com o mesmo objecto. No que diz respeito à decisão judicial, isto significa que, em face do caso, em face do *thema decidendum*, a “pré-compreensão” do mesmo, isto é, aquilo que num primeiro contacto (e sob a decisiva influência da experiência do julgador, do “seu mundo”) é prefigurado como sendo a “decisão justa”, determina a compreensão e a valoração dos factos, a heurística e a hermenêutica da norma e, assim, a decisão final. No momento da decisão, o juiz está condicionado pelos primeiros juízos que formou, anteriores à conclusão da audiência de julgamento, juízos ditados pela sua relação - singular e determinada pelo seu “estar-no-mundo” (HEIDEGGER) - com o caso trazido a julgamento; caso esse que é um “caso da vida”⁸⁹. A forma

⁸⁸ Usa-se aqui o termo *praxis* com o seu sentido clássico, como “experiência de vida” (se assim nos podemos exprimir), não com o sentido específico (e mais restrito) que tem, por exemplo, na filosofia marxista, onde designa a relação dialéctica entre o homem e a natureza, na qual o homem, ao transformar a natureza com o seu trabalho, se transforma a si mesmo.

⁸⁹ Diz-nos CASTANHEIRA NEVES (citado Sumários ..., págs. 51 e 52): “Quanto à “verdade” que aqui se visa, devemos ter em conta que ela tem a ver com a realidade da vida, com a acção humana e as circunstâncias do mundo humano, pois a verdade que importa ao direito (e, assim, ao processo) não poderá ser outra senão a que traduza uma determinação humanamente objectiva de uma realidade humana. É ela, pois, uma verdade histórico-prática. A sua modalidade não é a de um juízo

como, depois desse primeiro momento de contacto com o caso “sub iudice”, os factos são interpretados pelo juiz e o modo como a norma é interpretada e relacionada com os factos são condicionados por essa “pré-compreensão” (e pela experiência pessoal/existência do juiz⁹⁰).

Ao contrário do modelo do silogismo⁹¹, que consubstancia um tipo de racionalidade que actuaria *per modum conclusionum* (para usar os termos aquinianos), ou seja, inferindo as conclusões a partir dos princípios, o modelo do “círculo hermenêutico” consubstancia um tipo de racionalidade que actuaria *per modum determinationis* (uma vez mais, os termos aquinianos), especificando os princípios em relação com o caso concreto, coordenando o geral e o particular em termos que não seriam os de uma subsunção, mas de uma “assimilação” - fazendo aquilo que KARL ENGISCH⁹² já sugeria através da metáfora do “ir e vir de perspectiva entre o facto e a norma”. O processo de argumentação jurídica - como já HERBERT HART⁹³ procurava demonstrar no princípio dos anos 60 deste século - não consiste, pois, em aplicar as leis gerais a um caso particular, mas em “construir” de cada vez decisões com referência única, sendo cada caso concreto a realização de uma possibilidade da norma - norma

teorético, mas a daquela vivência de certeza em que na existência, na vida, se afirma a realidade das situações, com tudo o que nestas de material e de espiritual participa.”

⁹⁰ Ignorar isto equivale a ignorar, em primeira linha - e sem necessidade de aderirmos à “hermenêutica existencial”, bastando-nos ouvir o que nos diz o bom senso e (*et pour cause*) a nossa própria experiência -, a condição humana do julgador.

⁹¹ Ainda apegado à ideia do silogismo, CAVALEIRO DE FERREIRA afirma (obra citada, Vol. II, pág. 271): “A sentença é o resultado de um silogismo cujas premissas nos são dadas pela determinação dos factos que constituem o objecto do processo e pela determinação da lei penal aplicável a esses factos: decisão em matéria de facto, e decisão em matéria de direito.”

⁹² Citado em JOSÉ LAMEGO, *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*, pág. 154. Note-se, contudo, que KARL ENGISCH ainda situa o seu pensamento, fundamentalmente, no campo do modelo subsuntivo; veja-se, por exemplo, o seu *Introdução ao Pensamento Jurídico*, maxime págs. 75 e ss..

essa que, de cada vez que é interpretada e aplicada, sofre um aditamento de sentido, ou, por outras palavras, uma reconstituição e um enriquecimento. O caminho não é, pois, da norma para o facto ou do facto para a norma, mas sucessivamente nos dois sentidos - e de ambos para o sujeito (e o seu “mundo”) e vice-versa -, dando lugar ao que se pode apelidar de “tensão dialéctica”. Sujeito e objecto são, ao fim e ao cabo, elementos interactivos no trajecto do seu próprio conhecimento.

Diga-se, *a latere*, que, neste século, também se tem sublinhado a complexidade da relação sujeito-objecto no campo das ciências ditas “naturais”, sobretudo a partir da formulação da teoria da relatividade (ou melhor, das teorias da relatividade, restrita e generalizada) de EINSTEIN e da emergência da mecânica quântica, que evidenciaram - sobretudo esta última - que existe uma interferência estrutural do sujeito no objecto observado. HEISENBERG e BOHR, por exemplo, demonstraram que não é possível fazer uma observação ou uma medição de um objecto, sem o alterar, sem nele interferir, e de tal modo que o objecto que sai de um processo de observação ou medição não é já o mesmo que lá entrou. Ora, daqui resulta, entre outras consequências, o reconhecimento de que a distinção entre sujeito e objecto é muito mais complexa do que pode parecer, à primeira vista, deixando tal distinção de ser vista como algo dicotómico, deixando de se apontar para dois campos estanques e incomunicáveis, passando a ver-se tal relação como um *continuum*⁹⁴.

⁹³ Vd. *O Conceito de Direito*, maxime págs. 137 e ss..

⁹⁴ A este respeito - e a respeito da problemática da crise do paradigma científico dominante desde o século XVI e da emergência de um novo paradigma científico (e social) - vd. BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, *Um Discurso sobre as Ciências*. Afirma este autor, a páginas 52 da obra citada: “Parafrazeando Clausewitz, podemos afirmar hoje que o objecto é a continuação do sujeito por outros meios.” Mesmo que não cheguemos tão longe como o citado autor, é forçoso reconhecer o papel criador do sujeito no conhecimento.

Porque é impossível ao intérprete desligar-se da sua praxis (por isso se fala no primado do “mundo-da-vida”) e da sua personalidade, é-lhe impossível um conhecimento “livre”, não condicionado pela “estrutura circular” em que se inscreve. A “pré-compreensão” que daí resulta é, portanto, inarredável. No estudo da questão da “pré-compreensão” na decisão judicial, devemos destacar o nome de JOSEF ESSER e, sobretudo, a sua obra *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*⁹⁵. Numa tentativa de resumir o seu complexo pensamento, relativo a esta questão⁹⁶, podemos dizer que ESSER fala de *Vorverständnis*, pelo menos, em três acepções: como antecipação de sentido, isto é, em termos a que poderemos chamar gnoseológicos; como determinações psicológicas ou sociológicas que guiam o juiz no seu procedimento de resolução de casos, ou seja, em termos do que se poderá designar por uma “sociologia da actividade judicial”; por último, como valorações prévias (*Vorbewertung*) e provisórias do caso a decidir, que influenciam mesmo a heurística e a hermenêutica da norma aplicável. Estas três acepções do termo *Vorverständnis* na obra de ESSER apontam no sentido comum de que a obtenção do Direito no caso concreto não se funda, afinal, em procedimentos *jure stricto*⁹⁷ — como já atrás se

⁹⁵ *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, cuja 1ª edição é de 1970.

⁹⁶ Sobre a questão da “pré-compreensão” no pensamento de ESSER, para além das suas obras, naturalmente, pode ver-se, por todos, JOSÉ LAMEGO, citado *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*, págs. 211-216.

⁹⁷ Avisadamente, ensina CASTANHEIRA NEVES (“Interpretação Jurídica”, pág. 696): “Nestes termos, pôde Esser concluir que verdadeiramente “a norma de decisão não é pré-dada, mas constituída (*Aufgegeben*)” — *Vorverständnis*, cit., p. 132. Conclusão que desde Bülow (*Gesetz und Richteramt*, 1885) se anunciava e que a compreensão problemático-concreta e prático-normativa da realização do direito tornaria de todo evidente, porquanto a realização do direito com essa índole mostrava que o juízo decisório, invocando embora uma norma positiva como seu critério jurídico, não se cumpria na mera aplicação de uma norma inteiramente acabada ou de definitiva suficiência, mas se traduzia numa constitutiva “concretização” dessa norma — como um acto normativo-jurídico de desenvolvimento e integração da norma-critério.”

disse, usando a terminologia aquiniana –, formando o julgador uma “convicção de justeza” (*Richtigkeitsüberzeugung*) sobre a decisão a assumir, sendo certo, por outro lado, que a racionalidade da decisão engloba uma dimensão de “controlo de justeza” (*Richtigkeitskontrolle*) – questão que adiante melhor se verá, quando tratarmos da motivação da decisão.

Ainda que represente o fim do mito da objectividade – na sua configuração tradicional –, assentando numa ideia de subjectividade e relatividade, o fenómeno da “pré-compreensão” é visto, pelos autores da “hermenêutica existencial”, como um momento positivo e, mais do que isso, inevitável e intrínseco à própria estrutura do conhecimento. Vemos, assim, abandonada a crença, do racionalismo pós-cartesiano, na intelecção pura; do que se trata é, não de intelecção, mas de convicção⁹⁸, integrada, sem dúvida, por um momento pessoal⁹⁹. Vemos, assim, também abandonada a concepção tradicional da subjectividade como um elemento patológico no sistema de administração da Justiça.

2. Embora tenhamos citado, até agora, a propósito da questão que por ora nos ocupa, autores estrangeiros, não ignoramos que, entre nós – para além de se ter vindo a dar conta do pensamento daqueles autores estrangeiros e de outros¹⁰⁰ –, também se tem reflectido sobre esta questão (embora talvez não se tenha daí tirado todas as consequências, como já afirmámos no capítulo introdutório

⁹⁸ Já ensinava CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal*, Vol. 1º, pág. 204: “Daqui deriva que a “demonstração da realidade” seja então equivalente à demonstração da verdade que o juízo humano pôde alcançar; a uma certeza, que pode ser uma opinião de certeza, ou seja, uma convicção.”

⁹⁹ Assim, CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, pág. 53.

¹⁰⁰ Vd. a nota 82 e vd. também, por exemplo, as obras de JOSÉ LAMEGO citadas neste trabalho (designadamente na nota 102 e, a final, na bibliografia), entre outras.

deste trabalho), sendo de destacar, entre outros¹⁰¹, os nomes de MENEZES CORDEIRO, JOSÉ LAMEGO¹⁰² e, sobretudo, CASTANHEIRA NEVES.

Muito resumidamente, refira-se que este último autor centra o seu pensamento no campo do problema metodológico-jurídico e, para o que aqui nos interessa, no problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, partindo de uma ideia de crise acerca do referido problema, porque “o pensamento jurídico não assume válida e autenticamente o problema ou porque se ocupa dele de um modo que simplesmente o oculta, ou porque injustificadamente pensa tê-lo ultrapassado”¹⁰³, e intenta, mais do que o seu esclarecimento, a “reposição do problema”¹⁰⁴ – até porque, além do mais, o problema da distinção entre “o facto” e “o direito” tem sido colocado no campo do modelo explicativo da decisão judicial, de cunho lógico-subsuntivo, do silogismo judiciário, modelo esse que cabe abandonar¹⁰⁵ e do qual CASTANHEIRA NEVES se ocupa longamente, na sua dissertação de

¹⁰¹ BAPTISTA MACHADO, FERNANDO JOSÉ BRONZE, MIGUEL NUNO PEDROSA MACHADO, por exemplo, para só citar alguns de que nos lembramos, ao correr da pena.

¹⁰² Destaque-se, de MENEZES CORDEIRO, “Tendências Actuais da Interpretação da Lei: do Juiz-autómato aos Modelos de Decisão Jurídica”, para além da já citada Introdução à Edição Portuguesa da obra de CLAUS-WILHELM CANARIS *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*; de JOSÉ LAMEGO, cumpre referir, pelo menos, as seguintes obras: “Razão e Argumentação (A Decisão Racional no Direito e na Política. Parte A. A Fundamentação Racional das Normas)”, “Hermenêutica e Jurisprudência (O Alcance da Recepção da Hermenêutica Filosófica para uma Concepção da “Jurisprudência de Valoração”)”, “Fundamentação “Material” e Justiça da Decisão (A Meta de Decisões “Materialmente Justas” e os seus Limites)” e *Hermenêutica e Jurisprudência (Análise de uma “Recepção”)*.

¹⁰³ CASTANHEIRA NEVES, na sua dissertação de doutoramento, *Questão-de-Facto – Questão-de-Direito ou o Problema Metodológico da Juridicidade – I, A Crise*, a págs. 86. Importa também ter em conta, sobre estas questões, entre outras, as obras do autor *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)* e *Interpretação Jurídica*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pág. 87.

¹⁰⁵ *Vd. supra*, 1.

doutoramento¹⁰⁶ (designadamente no seu Título I), procurando demonstrar a sua invalidade metodológica. Naturalmente, aqui não pretendemos dar conta do pensamento do autor em todo o seu alcance, em todas as suas implicações (até porque o não conseguiríamos, provavelmente). Tentaremos apenas enunciar (de modo muito genérico) os traços, a nosso ver, centrais desse pensamento, especialmente aqueles que poderão ter mais interesse para a matéria que nos propusemos tratar neste trabalho.

Muito esquematicamente, CASTANHEIRA NEVES entende que o caso *sub judice* põe um problema jurídico (de Direito) em uma certa situação histórico-social, sendo certo que a solução desse caso passa pela solução da questão-de-facto e da questão-de-direito que ele levanta.

Ora, para CASTANHEIRA NEVES a questão-de-facto comporta dois momentos fundamentais. Em primeiro lugar, a determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática, ou seja, trata-se de delimitar e de determinar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática. E este é, precisamente, o campo daquilo a que acima chamámos “pré-compreensão”, o campo da antecipação de sentido, da intuição de uma relevância jurídica do caso; momento indispensável para prosseguir, como também já se viu. Em segundo lugar, a comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos. Aqui, fundamentalmente, o problema da prova, o problema da verdade jurídica como verdade prática. Mas não se trata, como nas concepções tradicionais, da prova de factos puros, mas da comprovação de que o problema jurídico – já antecipado e “pré-compreendido”, no momento anterior -, como problema prático, existe, ou seja, tem fundamento fáctico.

Quanto à questão-de-direito, para o autor em causa, temos, muito resumidamente, uma análise que distingue: a questão-de-direito em abstracto, que tem por objecto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução jurídica do caso a decidir; a questão-de-direito em concreto, que diz respeito ao problema do próprio juízo concreto que há-de decidir o caso *sub judice*.

De uma certa forma, a questão-de-direito em concreto comporta uma comprovação (ou não) da questão-de-facto no primeiro dos seus sentidos acima apontados. Podemos, pois, falar, à maneira de KARL ENGISCH¹⁰⁷, de um “ir e vir de perspectiva entre o facto e a norma”. Na verdade, a questão-de-facto determina a questão-de-direito, mas esta, na sua vertente abstracta, determina a questão-de-facto, *maxime* no seu primeiro momento. Ou, por outras palavras, por ordem lógica e cronológica: questão-de-facto no primeiro sentido acima apontado e questão-de-direito em sentido abstracto; questão-de-facto no segundo sentido apontado; por fim, questão-de-direito em concreto.

Correspondendo a questão-de-direito em abstracto à escolha da norma aplicável¹⁰⁸, a norma aplicável mais não é do que uma hipótese de solução do caso concreto, uma antecipação ou projecto de solução, que na questão-de-direito em concreto se submeterá a uma verdadeira experimentação metodológica. A norma aplicável é, desta sorte, um elemento normativamente dinâmico e aberto – aberto à problematização da questão-de-direito concreta para que remete¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Vd. a nota 92.

¹⁰⁸ Usamos aqui o termo querendo significar todo o conjunto de normas convocadas para o caso *sub judice*.

¹⁰⁹ Em *Metodologia Jurídica (Problemas Fundamentais)*, a págs. 171, CASTANHEIRA NEVES acentua “... a necessidade de um acto autónomo de juízo, de uma autónoma (autonomamente assumida) intenção de juridicidade chamada a fazer o corte jurídico na continuidade, sem limites em si, da individualidade real, pelo qual se venha a separar a relevância da irrelevância jurídicas,

Quanto à questão-de-direito em concreto – ou juízo decisório – CASTANHEIRA NEVES considera que ela pode ser resolvida de duas formas: ou através da mediação da norma, se foi encontrada no sistema jurídico uma norma aplicável; ou por autónoma constituição normativa, se não foi encontrada no sistema jurídico uma norma aplicável.

Se a resolução da questão-de-direito em concreto por autónoma constituição normativa é o campo, por excelência, entre outras, das questões das lacunas e da analogia¹¹⁰ – e, em última análise, dos limites da juridicidade –, importa reter que, segundo o pensamento de CASTANHEIRA NEVES, a resolução da questão-de-direito em concreto por mediação da norma comporta três “momentos” ou “passos”, a saber: um primeiro “momento”, que corresponde à confrontação entre a norma-critério e o caso a decidir, com vista à assimilação (total ou parcial) ou à não assimilação entre uma e outro; um segundo “momento”, que corresponde à reponderação da problemática e da normatividade da norma, perante o caso concreto, na sua especificidade (podemos falar em especificação teleológica) – “momento” em que, além do mais, são convocados os ensinamentos da doutrina e da jurisprudência; por fim, um terceiro “momento”, em que se faz apelo aos fundamentos de validade sistemática, aos princípios normativos, aos fundamentos

individualizando e circunscrevendo ao mesmo tempo o caso concreto decidendo.” Citem-se também estas suas palavras (em “Interpretação Jurídica”, pág. 653): “... igualmente se reconhecerá que a norma só vem a ser interpretativamente determinada através da concreta resolução dos problemas jurídicos que nela se fundamente ou que a invoque como seu critério – “a interpretação é o resultado do seu resultado” (Radbruch) –, pelo que também se falará de um específico círculo metodológico, análogo ao “círculo hermenêutico” em geral.”

¹¹⁰ Questões que nos dispensamos aqui de tratar, remetendo, por todos, e para uma teoria geral, para JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito - Introdução e Teoria Geral*, págs. 419 e ss., e JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, maxime págs. 192 e ss.. Pode também ver-se o trabalho de MÁRIO BIGOTTE CHORÃO, “Integração de Lacunas”, in *Polis – Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Vol. 3, Lisboa / S. Paulo, Verbo, s.d., págs. 591-618.

regulativo-constitutivos do sistema, que são os fundamentos da normativa juridicidade do sistema.

Pode, pois, dizer-se, em jeito de conclusão, a propósito do pensamento de CASTANHEIRA NEVES com relevância para a matéria que nos ocupa – pensamento de que tão resumidamente demos conta –, que o autor ensaia, afinal, uma explicação do proceder jurídico que nos leva a concluir que – nas suas expressivas palavras¹¹¹ – “se a concreta realização do direito não deve entender-se em termos tão-só político-sociais que eliminem a especificidade e autonomia da normatividade jurídica enquanto tal, também essa realização se não reduz a uma formal e lógica dedução normativa de que fosse alheia uma intencionalidade normativo-material e de justeza problemático-concreta”.

3. Tudo o que acima se disse não significa, de nenhum modo, que à decisão judicial presida o arbítrio ou a discricionariedade, no sentido de voluntarismo e individualismo acrítico, ou a mais pura subjectividade, no sentido de uma interpretação do facto trazido a julgamento desligada de um esforço de objectividade, objectividade enquanto atribuição de um sentido susceptível de ser comumente reconhecido. Até porque se impõe ao juiz a obrigação de motivar a decisão, sendo certo que a motivação das decisões judiciais se destina, em primeira linha¹¹², a excluir o carácter

¹¹¹ Citado *Metodologia Jurídica ...*, pág. 197.

¹¹² Destina-se igualmente a torná-las intelegíveis e, assim, sindicáveis, por via do instituto do recurso. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 18.12.91 (*Boletim do Ministério da Justiça*, 412, 383) resumiu de modo feliz, a nosso ver, a dupla função da motivação das decisões judiciais, dizendo: “A fundamentação ou motivação deve ser tal que, intraprocessualmente, permita aos sujeitos processuais e ao tribunal superar o exame do processo lógico ou racional, que lhes subjaz, pela via de recurso, conforme impõe inequivocamente o artigo 410º, nº 2, do Código de Processo Penal; e extraprocessualmente, a fundamentação deve assegurar, pelo conteúdo, um respeito efectivo pelo princípio da legalidade na sentença e na própria independência e imparcialidade dos juizes, uma vez que os destinatários da decisão não são apenas os sujeitos processuais mas a própria sociedade.” Assim também, por exemplo, embora de modo não tão expressivo, entre outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de

voluntarístico, emocional ou arbitrário das decisões judiciais, tornando-as capazes de se imporem à comunidade jurídica. O que se pretende é salientar a dimensão criadora da função do juiz¹¹³. Como sublinha LABORINHO LÚCIO¹¹⁴, “aquela dimensão criadora é hoje dificilmente questionável, surgindo no panorama judiciário actual a figura do juiz-simples-servidor-da-lei como verdadeira e perigosa ficção”. E prossegue aquele autor¹¹⁵: “Tudo está, portanto, não em aceitar, ou deixar de aceitar, o seu perfil criador, mas antes em torná-lo evidente e portanto criticável, em vez de o manter oculto e, por isso, insindicável.”

E é aqui, precisamente, que assume particular importância a motivação da decisão judicial. Motivação e não demonstração, como muito justamente refere CASTANHEIRA NEVES¹¹⁶, pois -

Justiça de 9.12.87 (Boletim do Ministério da Justiça, 372, 369). Veja-se também o Acórdão do Tribunal Constitucional (1ª Secção) de 12.10.88, nº 207/88 (Boletim do Ministério da Justiça, 380, 157).

¹¹³ A este respeito, diz EDUARDO MAIA COSTA (“Tribunais: Independência e Legitimidade”, pág. 127): “...ultrapassada a óptica do positivismo jurídico, que via no juiz a “boca” do legislador, sabemos hoje que a interpretação e aplicação da lei (em sentido lato) exige e traduz-se numa série de juízos e opções que escapam a uma lógica dedutivista e que envolvem a subjectividade, a mundividência e a cultura do magistrado. A aplicação da lei pressupõe sempre um mínimo de criatividade por parte do magistrado (ainda que cingida aos parâmetros estabelecidos pelo órgão legislativo); ele não é nunca um mero executor da vontade do legislador (embora se mova dentro dos limites que este define).” Perdeu hoje o sentido a célebre expressão de BACON, em *Essay of Judicature*: “Os juizes devem lembrar-se que a sua função é *ius dicere*, e não *ius dare*.” - citado por GLANVILLE WILLIAMS, “O Desenvolvimento da Lei Penal por Via Judicial”, pág. 67. Significativas são também as seguintes palavras de CASTANHEIRA NEVES (em “Interpretação Jurídica”, pág. 656): “O princípio da legalidade e a obediência à lei deixaram de pensar-se em sentido meramente formal, para adquirirem também um sentido e uma intencionalidade materiais, ou em termos de essa obediência verdadeiramente significar, não simples e acrítica obediência à lei, mas antes obediência ao direito, e enquanto este se distingue da lei e se impõe para além e acima da lei ...”

¹¹⁴ A págs. 208 de “Subjectividade e Motivação no Novo Processo Penal Português”, obra onde elenca “espaços de subjectividade” do juiz penal, em face da nossa actual ordem jurídica.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ Citado Sumários ..., pág. 53.

como já se viu - é de convicção que se trata, não de intelecção. Não assenta, ao fim e ao cabo, a legitimidade dos tribunais, a par da sua independência e da sua vinculação à lei, na sua “vinculação à sociedade”?¹¹⁷ Objectividade, neste âmbito, será sempre a capacidade para se impor aos outros. Ou seja, a motivação busca a adesão à decisão, o seu reconhecimento, a sua aceitação, por parte da comunidade jurídica. Trata-se de persuasão e de razoabilidade. Trata-se, afinal, de uma “jurisprudência convincente”. O que também releva do reconhecimento de que todo e qualquer sistema social é um sistema de comunicação com um específico sentido¹¹⁸, sendo os processos judiciais (micro-)sistemas sociais, o que implica que sejam constituídos por um nexó (auto-referencial) de comunicações entre sujeitos, quer do ponto de vista intraprocessual, quer do ponto de vista extraprocessual (digamos assim). Cada processo penal é, pois, um sistema de comunicação, que visa responder a uma concreta questão jurídico-penal.

À motivação das decisões caberá, de um outro ponto de vista, a função de não permitir que a subjectividade (nos termos acima expostos) degenere em voluntarismo, individualismo ou arbítrio¹¹⁹. O tribunal tem que motivar porque, no que respeita à questão-de-facto¹²⁰, tem liberdade para se convencer em um sen-

¹¹⁷ A este respeito, ainda que centrando a ideia de “vinculação dos tribunais à sociedade” em questões que não a motivação das decisões, vd. EDUARDO MAIA COSTA, obra citada, págs. 127 e ss..

¹¹⁸ Esta é talvez a mais importante linha de força da obra de NIKLAS LUHMANN, devendo destacar-se, a este respeito, o seu livro *Social Systems*.

¹¹⁹ Assim, por exemplo, FIGUEIREDO DIAS, citado *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 202-205.

¹²⁰ O artigo 374º do Código de Processo Penal impõe claramente a motivação da decisão quanto à questão-de-facto. Ultrapassada está, pois, a antiga discussão sobre este ponto, acerca da qual se pode ver, por exemplo, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre o Dever de Motivação das Respostas aos Quesitos em Processo Penal” (Anotação ao Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 15.12.82), e o Acórdão do Tribunal Constitucional (1ª Secção) de 12.10.88, nº 207/88, *Boletim do Ministério*

tido ou em outro, e também porque a actividade hermenêutica implica, como vimos, um momento criador. A decisão tem que ser motivada, porque não é inteiramente vinculada, nem inteiramente livre. Como bem salienta GERMANO MARQUES DA SILVA¹²¹, a fundamentação “é ainda um importante meio para obrigar a autoridade decidente a ponderar os motivos de facto e de direito da sua decisão, actuando por isso como meio de autocontrolo”. Tudo isto, aliás, está subjacente, entre outros, aos artigos 208º da Constituição da República e 97º, nº 4, 118º, 123º, 374º, 2 e 379, a) do Código de Processo Penal.

Contudo, a motivação - pressuposto da validade da sentença, segundo dispõem os artigos 374º e 379º do Código de Processo Penal - não afasta o “pré-juízo”. A exigência da motivação não faz com que um convencimento baseado numa leitura das provas (ou numa heurística ou hermenêutica da norma) orientada por “pré-juízos” não seja aceitável, do ponto de vista da motivação, pois, afinal, todos (ou muitos), naquele contexto, formulariam os mesmos “pré-juízos”. Ou seja, tudo o que se afirmou sobre subjectividade e motivação em nada afasta o que também se afirmou quanto à questão da “pré-compreensão”. Uma coisa é o mecanismo de obtenção da decisão, outra coisa é a motivação dessa decisão, que, desde logo, pode ou não explicitar o que determinou esta ou aquela escolha, esta ou aquela decisão¹²². Se há um “pré-

da Justiça, 380, 157; veja-se também a jurisprudência e a doutrina citadas nos mencionados trabalho e aresto e ainda FIGUEIREDO DIAS, citado *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 205-206.

¹²¹ *Curso de Processo Penal*, Vol. II, págs. 16-17.

¹²² Note-se como o nº 2 do artigo 374º do Código de Processo Penal é “elástico” (permita-se a expressão) quanto ao alcance da motivação. Sobre esta questão, é interessante a ideia de NIKLAS LUHMANN (citado em FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, págs. 504 e ss., maxime pág. 507, referindo-se, fundamentalmente, à obra daquele autor *Legitimation durch Verfahren*) de que as razões reais das decisões (experiências pessoais do juiz, estatuto diferenciado dos intervenientes processuais, por exemplo; e, podemos acrescentar, entre outros, antecedentes sociais e criminais,

juízo”, antes do início da audiência de julgamento, ele influenciará a interpretação de tudo o que aí se passar, determinando a convicção do julgador, na apreciação da prova, e determinando também a interpretação do Direito. E a sua decisão, mesmo que explicita, em sede de motivação, o “pré-juízo” que lhe esteve na base¹²³, será, o mais das vezes, susceptível de aceitação e reconhecimento por parte da comunidade, pois esse “pré-juízo” decorre, em toda a linha, do “círculo” de vivências e de linguagem do julgador, da condição humana e social do julgador, afinal, condição comum aos demais (a muitos, ao menos) elementos da comunidade¹²⁴ - e, assim, aos demais participantes processuais¹²⁵. Presentes em uma sala de audiências – permita-se a interrogação -, de um tribunal criminal, seja como participantes processuais (em sentido amplo), seja como assistentes, não formularemos todos (ou muitos) um “(pré-)juízo” semelhante, ao ouvirmos, por exemplo, a narração do passado

estereótipos, crenças) não são levadas à discussão, nem aparecem na motivação formal da decisão.

¹²³ Em bom rigor, devia sempre ser explicitado, já que a decisão penal, para além da expressão clara dos factos e dos fundamentos de direito que estiveram na base da decisão, deve também enunciar os meios probatórios que levaram a entidade decidente a decidir como decidiu e, bem assim, as regras da experiência, a lógica ou a razão em função das quais pelas provas produzidas se julgaram provados os factos com base nos quais se decidiu. Ou seja, em sede de motivação, cumpre, não só explicitar os elementos de prova em que a decisão se baseou, mas também o iter formativo da convicção. Assim, por exemplo, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Vol. II, págs. 112 e ss. - ver também o Vol. III, pág. 290.

¹²⁴ A páginas 54 do seu citado *Sumários ...*, CASTANHEIRA NEVES refere-se ao juiz como “um observador razoável e experiente da vida”, como um “juiz normal (com a cultura e experiência da vida e dos homens que deve pressupor-se num juiz chamado a apreciar a actividade e os resultados probatórios)”.

¹²⁵ Veja-se, por exemplo, as interessantes referências feitas em FIGUEIREDO DIAS e COSTA ANDRADE, *Criminologia: O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, págs. 512 e ss., aos trabalhos de SCHUMANN e WINTER sobre a “subcultura dos tribunais”, comum aos vários participantes processuais.

criminal do arguido e, seguidamente, a narração da acusação contra ele proferida?...

4. Cumpre, pois, concluir que a aplicação do Direito ao caso concreto (ou, em coerência com o que em cima fica dito, talvez devamos dizer, melhor, a realização do Direito) pressupõe sempre o papel criador do juiz e que a “pré-compreensão” é um elemento incontornável da decisão judicial, como de todo o fenómeno de conhecimento. Razão pela qual devemos afastar todos os elementos que possam viciar ou orientar numa certa direcção essa “antecipação de sentido” do binómio caso-norma, devemos procurar afastar todos “os meios de orientação do juízo do julgador”¹²⁶, pugnando pela “pureza” desse juízo, entendendo essa “pureza”, não como total (e impossível e indesejável, já se viu) alheamento do mundo, mas como alheamento relativamente ao processo anterior à fase do julgamento e relativamente à vida do arguido anterior e posterior aos factos em apreço, quando não relacionada com tais factos. Porque sabemos hoje que o momento da *applicatio* é o momento nuclear no Direito, seja este de filiação anglo-americana ou romano-germânica, devemos ter a preocupação de garantir, nesse momento mais do que em qualquer outro da construção do “edifício jurídico”, que os valores essenciais que são os de um certo ordenamento num dado momento estejam presentes, sendo certo que o princípio da presunção de inocência do arguido (com o alcance que lhe apontámos), num quadro constitucional onde avultam a “dignidade da pessoa humana” (artigo 1º) e o seu valor moral, bem como a preocupação com o “respeito e a garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais” (artigo 2º), constituiu um pilar essencial do nosso Direito Processual Penal actual.

¹²⁶ A expressão é de MARIA FERNANDA PALMA, em “A Constitucionalidade do Artigo 342º do Código de Processo Penal (O Direito ao Silêncio do Arguido)”, pág. 103.

E, aqui chegados, fazemos inteiramente nossas e sublinhamos as palavras de MARIA FERNANDA PALMA, quando afirma¹²⁷ que “*não podemos afirmar a possibilidade de realização, na sociedade, de uma ideia, quando forem criadas, formalmente, condições de obstrução efectiva da mesma*”. Na verdade, e por outras palavras, não devemos pugnar apenas, para o que agora nos ocupa, pela ausência de meios que conduzam directamente à diminuição do alcance de um dado princípio jurídico, mas também pela ausência de meios que indirectamente conduzam a essa mesma diminuição. Como bem lembra MARIA FERNANDA PALMA¹²⁸ – referindo-se concretamente ao conceito de discriminação indirecta que tem sido tratado pela jurisprudência comunitária – é crescente a tendência comunitária para considerar como violações relevantes de determinados princípios condutas que só indirectamente os afectam, designadamente através da criação de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento, à sua plena realização.

Cumpra, pois, averiguar se, na fase do julgamento, se no momento da *applicatio*, o referido princípio da presunção de inocência do arguido, à luz do actual processo penal português, se encontra salvaguardado. Ou se, ao invés, encontramos, na fase do julgamento, normas e procedimentos susceptíveis de pôr em causa tal princípio, directa ou indirectamente. Essa averiguação (limitada a algumas questões, como ficou já dito em I. *supra*) é o que tentaremos fazer de seguida, procurando ter presente o que até agora se escreveu neste trabalho (mormente nos dois capítulos precedentes, acerca do alcance do princípio da presunção de inocência do arguido no actual processo penal português e acerca de algumas questões relativas à decisão judicial, nomeadamente a questão da “*pré-compreensão*” na decisão judicial).

¹²⁷ Obra citada, pág. 103.

¹²⁸ Obra citada, págs. 106-107.

IV. O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA DO ARGUIDO NA FASE DO JULGAMENTO NO ACTUAL PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

(ALGUNS PROBLEMAS)

1. Como é sabido, os autos no nosso processo penal são materialmente unos, ou seja, as peças e os documentos relativos a todas as fases constituem um só processo, no qual, à medida que os actos processuais se sucedem, vão sendo incorporadas as peças e os documentos.

Assim sendo, chegada a fase do julgamento, ao juiz de julgamento¹²⁹ são presentes os autos, compostos, nessa altura, pelas peças relativas às fases processuais anteriores, ou seja, o inquérito e, se for o caso, a instrução. Ora, dispõe o artigo 311º, nº 1 do Código de Processo Penal que, “recebidos os autos no tribunal, o presidente pronuncia-se sobre as questões prévias ou incidentais susceptíveis de obstar à apreciação do mérito da causa de que possa, desde logo, conhecer”. E, no seu nº 2, o mesmo artigo estabelece o seguinte: “Se o processo tiver sido remetido para julgamento sem ter havido instrução, o presidente despacha no sentido: a) De rejeitar a acusação, se a considerar manifestamente infundada; b) De não aceitar a acusação do assistente na parte em que ela representa uma alteração substancial da acusação do Ministério Público, nos termos do artigo 284º, nº 1.” Ou seja, no início da fase do julgamento penal, a lei não se limita a dar ao juiz a possibilidade de conhecer o que das fases processuais anteriores ficou, em termos documentais, mas impõe-lhe que o faça, visto que lhe cabe sanear o processo. E embora o saneamento do processo previsto no citado nº 1 do artigo 311º do Código de Processo Penal se refira a questões prévias ou incidentais, a verdade é que não pode dispensar o conhecimento dos autos, ou, pelo menos, de parte deles; tome-se, por exemplo, em conta a questão da competência, que exige, no mínimo, a análise do despacho de acusação. Ao que acresce, como se referiu, o nº 2 do mesmo artigo 311º, que pressupõe uma

¹²⁹ Usa-se - e usar-se-á, doravante, salvo indicação em contrário - o termo em sentido amplo, como sinónimo de julgador, abarcando, assim, o tribunal singular, o tribunal colectivo e o tribunal do júri. Quanto aos dois últimos, mais correcto seria dizer que ao presidente são presentes os autos.

apreciação de mérito do despacho de acusação, nomeadamente a sua alínea a).

Viu-se, em III. *supra*, como o primeiro contacto que o sujeito toma com o objecto é, em qualquer fenómeno de conhecimento, determinante. Viu-se igualmente que, em sede de decisão judicial, é inevitável a formação de “pré-juízos” por parte do julgador (e, aliás, por parte de qualquer outro sujeito a cujo conhecimento o processo seja oferecido), quando do(s) primeiro(s) contacto(s) com o caso. Viu-se ainda que esses “pré-juízos”, essa antecipação de sentido, condicionam a valoração dos factos e, bem assim, a heurística e a hermenêutica da norma, influenciando, *ipso facto*, a decisão final. Vimos também a relação entre a decisão e a motivação.

Ora, logo ocorre dizer que, então, o juiz de julgamento, ao ter o primeiro contacto com o caso trazido a julgamento, por meio do conhecimento dos autos, em ordem ao saneamento do processo, forma (ou, pelo menos, pode formar, para os mais cépticos acerca da sobredita questão da “pré-compreensão”) os seus “pré-juízos” sobre o mesmo caso. O que - cumpre concluir, em face do que se disse - é inevitável, por estarmos na presença de um fenómeno de conhecimento, que, de mais a mais, obriga a uma decisão, ou seja, que obriga à exteriorização, à comunicação do resultado¹³⁰. Sendo certo que - retomando o pensamento dos autores da “hermenêutica existencial” e, em particular, de ESSER¹³¹ - esses “pré-juízos são determinados pelo “estar-no-mundo” do juiz, pela “sociologia da acção jurisdicional”¹³², mas também pelo modo como lhe aparece o caso trazido a julgamento. Se no conhecimento o sujeito e o objecto são interactivos, então o modo como o objecto é apresentado ao sujeito é determinante para o modo como este o conhece.

¹³⁰ Referimo-nos já aos processos judiciais como sistemas comunicacionais - *vd. supra*, III-3.

¹³¹ *Vd. supra*, III-1.

¹³² Como na nota 36.

Ponto agora é saber se o modo como esse primeiro contacto do juiz de julgamento com o processo ocorre e o modo como os referidos “pré-juízos” se formam (ou, concedemos, se podem formar) estão ou não em harmonia com o princípio processual penal que nos ocupa no presente trabalho. E, antecipando a conclusão, cumpre dizer que a resposta é negativa.

Na verdade, este primeiro contacto que o juiz de julgamento toma com o caso, por via dos autos, em ordem ao saneamento do processo, é, por um lado, um contacto “desequilibrado” (digamos assim), pois, em regra, na altura do saneamento do processo previsto no artigo 311º do Código de Processo Penal, o processo há-de conter mais suportes da acusação do que da defesa, sendo certo, por outro lado, que o conhecimento dos autos, em toda ou em parte da sua extensão, faz o juiz tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão. Vejamos em separado cada uma destas duas questões.

2. No momento do saneamento do processo, é certo que dos autos constam as peças do inquérito, culminando este, em princípio¹³³, na acusação. Ora, sendo o inquérito uma fase processual de natureza inquisitória, onde o princípio do contraditório tem uma expressão diminuta¹³⁴, parece-nos inegável que, ao conhecer as peças do inquérito (*maxime* o despacho de acusação), o juiz de julgamento conhece, no essencial, o caso tal como ele é visto pela acusação. Ora, é sabido que a acusação é uma antecipação da decisão final, um projecto de sentença¹³⁵, sendo certo que, se o

¹³³ Estamos a pensar no caso de arquivamento, seguido de instrução que venha a culminar na pronúncia do arguido.

¹³⁴ Cfr. artigos 194º (despacho de aplicação de medida de coacção e sua notificação) e 271º (declarações para memória futura) do Código de Processo Penal.

¹³⁵ Ensina CASTANHEIRA NEVES (*Sumários de Processo Criminal*, págs. 249 e 250): “O que há de particular na acusação (e, do mesmo modo, na pronúncia) é apenas - à parte decerto o

primeiro contacto do juiz com o caso é por via da acusação, o seu “pré-juízo” sobre o caso poderá ser um “pré-juízo” orientado no sentido do “caso da acusação”. De mais a mais, quando não houve instrução, não tendo o arguido - a não ser em sede de interrogatório no inquérito, o que é, deste ponto de vista, manifestamente limitado - exposto ainda o “seu caso”. A este respeito, não pode, aliás, deixar de referir-se o simbolismo do modo como se inicia, entre nós, a audiência de julgamento. Após os actos introdutórios, e não havendo lugar a exposições introdutórias nos termos do artigo 339º do Código de Processo Penal (e diz-nos o nosso conhecimento, directo e “de ouvir dizer”, que raramente as há), identifica-se o arguido e o juiz lê ou resume ao arguido a acusação contra si proferida, perguntando-lhe em seguida o que diz ele, arguido, sobre tal acusação. Ou seja, a audiência não começa por uma apresentação da acusação por parte da entidade a quem cabe formulá-la e sustentá-la, isto é, o Ministério Público, começa sim por uma apresentação da acusação pelo próprio julgador. O arguido é, logo no início da audiência de julgamento, não apenas um sujeito processual, mas o sujeito processual acusado, e não apenas do ponto de vista da entidade acusadora, mas também, de uma certa forma, do ponto de vista da entidade julgadora.

Mas mais: o artigo 311º impõe ao juiz de julgamento, de entre todas as peças dos autos, uma particular atenção à acusação, pois, nos termos do nº 2 daquele artigo, se não tiver havido instrução, o juiz deve fazer uma apreciação (de mérito, não é abusivo dizê-lo) da acusação, por forma a poder “rejeitar a acusação, se a considerar manifestamente infundada” ou “não aceitar a acusação do assistente na parte em que ela representa uma alteração substancial da acusação do Ministério Público, nos termos do artigo 284º, nº 1”.

seu sentido especificamente criminal - o facto de nela se antecipar a análise jurídico-criminal do caso a julgar, de nela se fazer como que um projecto sumário de sentença (condenatória, certamente), quer para justificar juridicamente a acusação deduzida, quer para referir ao arguido as imputações jurídico-criminais que em princípio lhe são feitas.”

Parece, pois, incontestável que, nos termos expostos, a primeira visão que o juiz de julgamento tem do caso trazido a julgamento é, fundamentalmente, a visão da acusação. E, de outro passo – com o que avançamos já para a questão da recepção da acusação, sem termos ainda terminado a questão da unidade dos autos e do saneamento do processo –, cumpre assinalar que o juiz de julgamento só tomará contacto com a visão da defesa algum tempo depois¹³⁶ (bastante tempo depois, por vezes, atentas as vicissitudes de funcionamento da maioria dos tribunais portugueses), no momento da apresentação de contestação, nos termos do artigo 315º do Código de Processo Penal, ou só no momento da audiência de julgamento. E relevante é também o facto de, antes da audiência de julgamento, o juiz de julgamento, caso tenha havido apresentação de contestação, não só conhecer em momentos diferentes a visão da acusação e a visão da defesa (a primeira sempre em primeiro lugar), como conhecer também as diligências probatórias da acusação em sede de inquérito, sem correspondência com diligências probatórias da defesa.

③ E, aqui chegados, impõe-se tecer, a respeito desta questão, e antes de prosseguirmos, algumas considerações acerca da sua compatibilidade com o princípio da igualdade de armas e com o princípio do contraditório¹³⁷.

Diga-se, em primeiro lugar, que os princípios da igualdade de armas e do contraditório aparecem, amiúde, identificados. Parece-nos, contudo, que não se devem identificar os dois princípios e que se deve considerar que o contraditório – que é, em certa medida

¹³⁶ Ressalvados os casos de instrução requerida pelo arguido, questão que adiante melhor se verá (*infra*, 4) e que, de qualquer modo, não altera significativamente os dados do problema.

¹³⁷ Sobre o princípio do contraditório, *vd.*, por todos, FIGUEIREDO DIAS, citado *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 149 e ss., onde analisa com detalhe o princípio, e CASTANHEIRA NEVES, citado *Sumários ...*, pág. 46.

(em grande medida), expressão de uma estrutura acusatória do processo penal e, afinal, uma garantia de defesa do arguido¹³⁸ - tem um maior alcance de que o princípio da igualdade de armas.

Com efeito, o princípio do contraditório¹³⁹ impõe que “toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa”¹⁴⁰, implicando também que “se arme o arguido com um efectivo e consistente direito de defesa”¹⁴¹, o que implica que ao arguido haja de ser dada a oportunidade de reagir relativamente a “quaisquer decisões, ou de entidades instrutórias (nomeadamente do MP), mas também do juiz, sempre que aquelas atinjam directamente a esfera jurídica das pessoas”¹⁴²; trata-se, ao cabo e ao resto, de dar ao arguido uma real possibilidade de influenciar a decisão final, através da sua concepção acerca da questão-de-facto (e dos seus mecanismos de comprovação) e da questão-de-direito que o caso suscita. E aquela oportunidade – frise-se, desde já – deve ser uma oportunidade efectiva e eficaz¹⁴³. Ou seja, no princípio do contraditório, podemos encontrar (e frisar) uma ideia de contradição sistemática entre as posições da acusação e da defesa, no processo, ideia que há-de assumir a sua expressão máxima na fase do julgamento (ao contrário das fases anteriores), pois nela se concentra a produção, a crítica e a

¹³⁸ Pode, aliás, dizer-se que todas as garantias que estão contidas no artigo 32º da Constituição da República são, de alguma forma, garantias que visam precisamente a possibilidade de defesa por parte do arguido.

¹³⁹ Cfr. artigo 32º, nº 5 da Constituição da República e, entre outros, artigos 53º, 61º, 287º, 289º, 301º, 2, 302º, 315º, 327º, 348º e 360º do Código de Processo Penal; também os artigos 62º, 2, 67º, 1, 141º, 6, 221º, 3, 223º, 2, 323, f), 355º e ss. e 371º, 3 do mesmo Código.

¹⁴⁰ FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, pág. 150.

¹⁴¹ FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pág. 151.

¹⁴² FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pág. 160. Assim também, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional (2ª Secção) de 6.5.93 (nº 172/92), *Boletim do Ministério da Justiça*, 427, 57.

¹⁴³ Assim também, FIGUEIREDO DIAS, *ibidem*, pág. 161.

contradição das provas em que o tribunal irá fundar a sua convicção¹⁴⁴.

Enão podemos aqui deixar de frisar que cremos numa concepção democrática do processo criminal, inserida num quadro constitucional democrático, pelo que não podemos deixar de crer (e de sublinhar) nas vantagens do contraditório como meio de defesa dos direitos garantidos (*maxime* ao arguido) pela Constituição da República. Especialmente quando existe - nas palavras de GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA¹⁴⁵, que acompanhamos inteiramente - uma “*radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa*”, sendo certo que “*só a compensação desta, mediante específicas garantias, pode atenuar essa desigualdade de armas*”.

Por seu lado, o princípio da igualdade de armas, cabendo naquele mais vasto princípio do contraditório, tem especificamente a ver com as posições e actuações processuais da acusação e da defesa. Contudo, deve notar-se que, sendo a acusação e a defesa categorias irreduzíveis, não pode pretender-se que o princípio da igualdade de armas signifique que acusação e defesa se devam valer das mesmas armas. Bem ao contrário, pois são desiguais as armas que a lei dá à acusação e à defesa: o Ministério Público tem um dever de objectividade orientado para a descoberta da verdade; o arguido tem um direito ao silêncio; a acusação tem o “*ónus da prova*”¹⁴⁶; o arguido beneficia de uma presunção de inocência; o Ministério Público investiga *à charge* e *à décharge* e pode actuar no interesse exclusivo do arguido; a defesa tem o direito de agir unilateralmente. Por aqui, além do mais, se vê como a igualdade de armas não é uma igualdade matemática ou lógica. Nem se trata, tão-pouco, de um princípio estático, indiferente à realidade processual e à própria

¹⁴⁴ Vd. os artigos do Código de Processo Penal citados na nota 139.

¹⁴⁵ Obra citada, pág. 202. Sobre este ponto, vd. também a nota 154.

¹⁴⁶ Sobre este ponto, e aí se explicando a razão de ser das aspas, vd. *supra*, II-2.

expressão concreta da lide. Do que se trata é de uma relação meio-fim, estando em causa, não uma questão quantitativa, mas qualitativa. Estamos, pois, em absoluto, com JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, quando afirma¹⁴⁷ que o princípio da “igualdade de armas significa, assim, a atribuição à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos os seus direitos”¹⁴⁸, sendo certo que se deve também encarar esse princípio de igualdade de armas não entre o Ministério Público e o arguido, mas entre a acusação e a defesa, complexamente constituídas.

Ora, é precisamente a citada ideia de eficácia, a respeito do princípio da igualdade de armas entre a acusação e a defesa - e, afinal, também a respeito do princípio do contraditório -, que queremos aqui acentuar¹⁴⁹. Precisamente porque é por aqui que nos parece que a recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no artigo 311º do Código de Processo Penal pode pôr em causa os citados princípios da igualdade de armas e do contraditório. E isso porquanto, basicamente, a acusação chega ao conhecimento do juiz de julgamento em um momento anterior (muito anterior, o mais das vezes) ao momento em que a defesa (ressalvados os casos de ter havido instrução requerida pelo arguido) chega ao seu conhecimento, seja por via da apresentação da contestação, nos termos do artigo 315º do Código de Processo Penal, seja já na

¹⁴⁷ Em “Sobre o Princípio da Igualdade de Armas”, pág. 91.

¹⁴⁸ Assim também, ainda que não tão claramente, FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, págs. 29-30.

¹⁴⁹ Sem com isso estarmos a aderir à tese de que o nosso processo penal seja um processo de partes, o que implicaria que considerássemos que no processo penal, para além de partes em sentido adjectivo ou processual (ou seja, aqueles sujeitos processuais que discutem a causa e esperam do juiz uma apreciação e decisão do mérito dela), temos também partes em sentido material (ou seja, titulares de interesses contrapostos, que no processo se discutem e se encontram concretamente em jogo) – situação que, entre nós, não se verifica. Sobre esta questão, vd. a nota 45.

audiência de julgamento. Ora, desta sorte, os “pré-juízos” que o juiz pode formar (concede-se, uma vez mais, ao não afirmarmos que forma) poderão, não só ser orientados no sentido do “caso da acusação”, como poderão também não ser eficazmente contrariados pela defesa, quando esta chega ao conhecimento do juiz de julgamento, dado o lapso de tempo que medeia entre uma coisa e outra. Ou seja, para além do carácter “desequilibrado”, quantitativa e qualitativamente, a favor do “caso da acusação”, do primeiro contacto que o juiz de julgamento toma com o caso, em ordem ao saneamento do processo – que já frisámos -, o que queremos agora acentuar é que isso pode ser agravado pelo facto de (mormente nos casos em que não houve instrução requerida pelo arguido) acusação e defesa não chegarem ao conhecimento do juiz de julgamento ao mesmo tempo, mas a acusação sempre primeiro (muito primeiro, o mais das vezes) do que a defesa. O que, a nosso ver, é susceptível de retirar eficácia à defesa do arguido, pois, no momento em que ela chega ao juiz de julgamento, já houve tempo para se formarem e, porventura, “solidificarem” (permita-se a expressão) “pré-juízos” sobre o caso que vão no sentido do “caso da acusação”¹⁵⁰. E, ao poder diminuir a eficácia da defesa, nos termos expostos, a recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no nosso sistema processual penal é susceptível de pôr em causa os princípios do contraditório e da igualdade de armas.

¹⁵⁰ Não resistimos a fazer aqui referência à *Oresteia*, de ÉSQUILO, onde (“*Euménides*”, 2º episódio, vv. 400 e ss.) Atena, que preside ao tribunal que julga Orestes, toma conhecimento em primeiro lugar da acusação (feita pelas Erínias, que formam o coro) e logo depois da defesa de Orestes. Atena, aliás, mostra preocupação com esse aspecto, dizendo (verso 428): “Mas noto que das duas partes em presença ainda só ouvi uma.” E (versos 435 e ss.): “Pela tua parte, estrangeiro, que tens tu a dizer em tua defesa?...” – ÉSQUILO, *Oresteia*, Lisboa, Edições 70, s.d. (tradução de Manuel de Oliveira Pulquério, a partir – quanto a “*Euménides*” – do texto estabelecido por Page, Oxford Classical Texts, reimpressão, 1985).

Aliás, cumpre aqui frisar e fazer nossas as palavras do Tribunal Constitucional, quando afirmou¹⁵¹ o seguinte, a propósito do artigo 32º, nº 1 da Constituição da República, onde se prescreve que o processo criminal assegurará todas as garantias de defesa: “A ideia geral que pode formular-se a este respeito — a ideia geral, em suma, por onde terão de aferir-se outras possíveis concretizações (judiciais) do princípio de defesa, para além das consignadas nos nºs 2 e seguintes do artigo 32º — será a de que o processo criminal há-de configurar-se como um *due process of law*, devendo considerar-se ilegítimo, por consequência, quer eventuais normas processuais, quer procedimentos aplicativos delas que impliquem um encurtamento inadmissível das possibilidades de defesa do arguido”. É precisamente esse encurtamento que, a nosso ver, pode decorrer da recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no nosso sistema processual penal, o que se vem juntar ao encurtamento já assinalado (e cuja análise prosseguiremos, adiante) decorrente da unidade dos autos e do saneamento do processo.

E, de outro passo, o que se tem vindo a descrever relativamente à recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no artigo 31º do Código de Processo Penal, para além do que já se disse, acaba também por pôr em causa o princípio da presunção de inocência do arguido, por uma outra via (indirecta, se quisermos), pois é susceptível de impedir o arguido, ao retirar eficácia à sua defesa, de evitar que a presunção da sua inocência seja “ilidida”. E, como vimos acima¹⁵², se é verdade que decorre da presunção de inocência do arguido que ele não tem que provar a sua

¹⁵¹ Em Acórdão, da 1ª Secção, de 12.10.1988 (nº 207/88), Boletim do Ministério da Justiça, 380, 157. Assim também, por exemplo, o Acórdão do Tribunal Constitucional (Plenário) de 9.12.86 (nº 337/86), Diário da República, I Série, 30.12.86, que se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma do artigo 61º, nº 4 do Código da Estrada, precisamente por violação do artigo 32º, nºs 1, 3 e 5 da Constituição da República.

¹⁵² *Supra*, II-2 e 4.

inocência para ser absolvido, não é menos verdade que tem todo o interesse (e, naturalmente, o direito) e devem-lhe ser dados todos os meios para que possa evitar que a presunção da sua inocência seja “ilidida”, pelo Ministério Público e/ou pelo tribunal. Vemos aqui – como praticamente em tudo o que temos vindo a referir nesta quarta parte do nosso trabalho – bem patente a ideia, acima exposta¹⁵³, de que não podemos afirmar a possibilidade de realização, na sociedade, de uma ideia, quando forem criadas condições de obstrução efectiva da mesma, ou seja, tão importantes como as violações directas a certos princípios são as condutas que só indirectamente os afectam, designadamente através da criação de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento, à sua plena realização.

4. Vista, a traço necessariamente grosso, a questão da recepção da acusação, prossigamos agora a análise da questão com que iniciámos esta quarta parte do nosso trabalho, ou seja, a unidade dos autos e o saneamento do processo pelo juiz de julgamento. E já se viu como é “desequilibrado” o contacto que o juiz de julgamento toma com o objecto do processo (com o *thema decidendum*), no momento do saneamento deste, caso, anteriormente, apenas tenha havido inquérito. Contudo, caso tenha havido também instrução (mesmo requerida pelo arguido), esse contacto não será “equilibrado”.

Em primeiro lugar, se é verdade que o arguido, ao requerer a abertura de instrução, tem a possibilidade de contrapor à tese da acusação a sua tese, não é menos verdade que, ainda assim, não deixa de haver um “desequilíbrio”, quantitativo e qualitativo, entre os suportes da defesa e da acusação constantes dos autos (a favor da acusação), adicionando às peças processuais da instrução as do inquérito e adicionando ainda às diligências probatórias da instrução

¹⁵³ *Supra*, III-4.

as diligências probatórias do inquérito levadas a cabo pelo Ministério Público, sem as correspondentes diligências probatórias da defesa - sendo certo também que o Ministério Público, apoiado na força e nos meios institucionais do Estado, tem uma certa superioridade relativamente ao arguido e tem meios que a defesa nunca terá¹⁵⁴.

Em segundo lugar, não pode ignorar-se a natureza da instrução e o modo limitado como esta se processa, sendo de assinalar, a nosso ver: por um lado, o contacto mediato que o juiz de instrução toma com grande parte das diligências probatórias (mormente a inquirição de testemunhas, muitas vezes, para não dizermos quase sempre, realizada pela polícia criminal) e o facto de poder indeferir as diligências probatórias requeridas pela defesa¹⁵⁵ (o que contrasta com o disposto no artigo 340º do Código de Processo Penal, nos termos do qual tem o juiz de julgamento menos discricionariedade

¹⁵⁴ É significativo o facto de o Tribunal Constitucional ter frisado que, “pese embora o facto de o posicionamento do arguido num processo de tipo acusatório dever revestir uma situação de reciprocidade dialéctica face à acusação, o certo é que não pode inteiramente ignorar-se a especial postura do Ministério Público enquanto exerce a acção penal e defende a legalidade democrática, surpreendendo-se aí uma perspectiva complexa de funções que lhe compete assegurar” (Acórdão do Tribunal Constitucional, 1ª Secção, de 18.4.1990, n.º 118/90, Boletim do Ministério da Justiça, 396, 123). A este respeito, vd. também JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, *Processo Penal* - 1, págs. 402 a 404, onde faz uma acutilante análise sobre a superioridade do acusador face ao arguido no processo penal, acentuando também a ideia de que certos aspectos do estatuto do arguido visam compensar esse “desnível” entre o Ministério Público e o arguido; ideia que acompanhamos, mas sem deixar de frisar que o actual estatuto do arguido no nosso processo penal decorre, em primeira linha, da dignidade da pessoa humana, no quadro de um Estado de Direito democrático. Veja-se também, do mesmo autor, *O Futuro do Processo Criminal*, pág. 95. Note-se, por último, que FIGUEIREDO DIAS, no seu citado *Direito Processual Penal*, Vol. I, a págs. 250, refere que o Ministério Público está em posição jurídica supraordenada à do arguido, designadamente no inquérito e na instrução - ao que se soma, acrescentamos nós, a “intimidade” (permita-se a expressão) entre o juiz de julgamento e o Ministério Público, no julgamento.

¹⁵⁵ Veja-se, por exemplo, o n.º 3, in fine, do artigo 287º do Código de Processo Penal e os artigos 288º, n.º 4 e 289º do mesmo Código.

do que o juiz de instrução quanto às diligências probatórias requeridas pela defesa); por outro lado, o facto de a lei determinar que para a pronúncia do arguido bastam “indícios suficientes de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança” (artigo 308º, nº 1 do Código de Processo Penal), ou seja, o facto de uma decisão instrutória no sentido da pronúncia do arguido não necessitar de uma convicção de culpa deste, mas tão-só de um juízo indiciário. Ao que se soma, frisamos, a importância que um despacho de acusação e um despacho de pronúncia (ambos indiciários), juntos, poderão ter no que respeita à formação de “pré-juízos” por parte do juiz de julgamento, que tomará contacto com um caso que, vencidas as barreiras do inquérito e da instrução, se apresenta como um caso em que tudo aponta para a culpa do arguido¹⁵⁶.

5. Assim se vê que, quer haja apenas inquérito, quer haja também instrução (mesmo requerida pelo arguido), o primeiro contacto que o juiz de julgamento toma com o caso trazido a julgamento, por via do saneamento do processo previsto no artigo 311º do Código de Processo Penal, é um contacto “desequilibrado”, pois, em regra, os autos favorecerão, quantitativa e qualitativamente, a tese da acusação, em detrimento da tese da defesa.

Ora, este “desequilíbrio” poderá orientar os “pré-juízos” que o juiz de julgamento, nesse momento, forma sobre o caso, no sentido da tese da acusação, o que, a nosso ver, é susceptível de pôr em causa o princípio da presunção de inocência do arguido, por duas ordens de razões¹⁵⁷: em primeiro lugar, se esses “pré-juízos” forem

¹⁵⁶ Sempre dizemos, aliás, que consideramos a instrução, do ponto de vista da estratégia da defesa, muitas vezes, não só inútil, como contraproducente.

¹⁵⁷ Ao que acrescerá, bem entendido, o que se disse em 3 *supra* acerca dos princípios do contraditório e da igualdade de armas e do encurtamento das garantias de defesa do arguido.

orientados no sentido da tese da acusação, formar-se-á no julgador uma “(pré-)convicção” de culpabilidade do arguido, ainda antes do início da audiência de julgamento, o que, não só constitui como que uma inversão do princípio da presunção de inocência do arguido (e do comando dirigido ao juiz de julgamento que ele encerra), como pode conduzir a um ónus da prova para o arguido - ónus da prova sub-reptício e informal, digamos -, pois, se o juiz inicia o julgamento com uma “pré-convicção” de culpabilidade do arguido, se este não provar a sua inocência, poderá ser condenado; em segundo lugar, os referidos “pré-juízos”, orientados no sentido da tese da acusação, podem conduzir à violação do princípio *in dubio pro reo*, ainda que indirectamente, uma vez que um *non liquet* que, à partida, poderia existir no fim da audiência de julgamento, atendendo à prova aí produzida e aos argumentos aí expendidos, poderá não existir, por força dos referidos “pré-juízos” orientados no sentido da tese da acusação; por outras palavras, uma eventual dúvida do julgador quanto à apreciação da prova produzida em julgamento poderá desvanecer-se, por força dos referidos “pré-juízos”, o que redundará, a nosso ver, e em última análise, numa violação do princípio *in dubio pro reo* e, assim, do princípio da presunção de inocência do arguido, pois o princípio *in dubio pro reo* diz-nos que o juiz só deve condenar se ficar efectivamente convencido quanto à culpa do arguido, convencido pela actividade probatória levada a cabo pelo Ministério Público ou pela investigação levada a cabo por si.

6. E os perigos de ofensa, do mesmo modo, ao princípio da presunção de inocência do arguido acima referidos avolumam-se, se levarmos em conta que, para além do contacto “desequilibrado” do julgador com o caso trazido a julgamento, no momento do saneamento do processo, a unidade (material) dos autos permite ao julgador - quer no momento do saneamento do processo, quer durante toda a fase do julgamento - tomar conhecimento de

elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão¹⁵⁸.

Refiram-se, a título de exemplo, os fundamentos de aplicação de medidas de coacção, as diligências probatórias levadas a cabo em sede de inquérito pelo Ministério Público, as diligências probatórias levadas a cabo durante a instrução. Refira-se ainda, e uma vez mais¹⁵⁹, a importância que pode ter, no que tange a uma prefiguração pelo juiz de julgamento do caso *sub judice*, a conjugação de um despacho de acusação com um despacho de pronúncia; que “pré-convicção” é provável que daí resulte senão a da culpa do arguido, pois se antes quem foi chamado a decidir sobre o caso assim entendeu?¹⁶⁰ Refira-se também o relatório social do arguido e, sobretudo, os antecedentes criminais do arguido.

E isto é tanto mais grave, quanto mais levarmos em conta a contradição que traz relativamente a outros princípios estruturantes do nosso processo penal hodierno. Em primeiro lugar e em primeira linha, o princípio do acusatório. Em segundo lugar, o

¹⁵⁸ No seu *Direito Processual Penal*, Vol. I, a págs. 269, FIGUEIREDO DIAS afirma, ainda que de passagem, a propósito da instrução preparatória do Código de Processo Penal de 1929: “... aliado à circunstância de esta instrução fazer já parte do processo, ter valor relativamente aos actos processuais que se lhe seguem (nomeadamente o julgamento) e poder assim – através do conhecimento que dos seus resultados, integrados nos autos, venha a ter o juiz – condicionar ou influir o sentido da decisão final”. Mais adiante, a págs. 277 e 278, o ilustre Professor, ao analisar a proposta de EBERHARD SCHMIDT de que, nos tribunais colectivos, apenas um dos juizes conhecesse os autos e tivesse funções de investigação, admite abertamente a formação de “pré-juízos” por parte desse juiz, com base no conhecimento dos autos, adiantando que os poderia comunicar aos demais juizes com intervenção no processo.

¹⁵⁹ Vd. *supra*, 3.

¹⁶⁰ E mesmo que, depois, na audiência de julgamento, sejam dados ao arguido todos os meios para tentar infirmar esta “pré-convicção” de culpa (e só ela já comporta uma violação do princípio da presunção de inocência do arguido), ainda irá o arguido a tempo de o fazer, será, então, a sua defesa eficaz para tanto? Sobre a ideia de eficácia como ideia central do princípio processual penal da igualdade de armas, vd. *supra*, 3.

princípio consagrado no artigo 355º do Código de Processo Penal. Em terceiro lugar, o sistema de *césure*, previsto nos artigos 368º e 369º do Código de Processo Penal. Entre outros. Do sistema de *césure*, curaremos adiante¹⁶¹. Dedicemos agora breves palavras ao princípio do acusatório e ao princípio consagrado no artigo 355º (e 356º) do Código de Processo Penal, ou seja, o princípio de que só valem em julgamento, nomeadamente para efeitos de formação da convicção do tribunal, as provas que tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência¹⁶².

A Constituição da República impõe claramente uma estruturação acusatória do processo penal, nos termos do seu artigo 32º, nº 5. Por outro lado, a Lei de Autorização dada ao Governo para legislar em matéria de processo penal, no seu artigo 2º, nº 4¹⁶³, impôs a máxima acusatoriedade (ainda que temperada com um princípio de investigação judicial). Ora, é comumente aceite que a estrutura acusatória do processo penal¹⁶⁴ (para além de impor a vinculação temática) tem uma dimensão material, ou seja, implica a distinção entre as fases do processo, inquérito, instrução e julgamento, mas também uma dimensão orgânico-subjectiva, isto é, implica que as entidades a quem cabe dirigir as sobreditas três fases processuais penais sejam distintas, não podendo, nomeadamente, por um lado, ser a mesma entidade que investiga e acusa e que julga, e não podendo, por outro lado, ser o mesmo o juiz a quem compete a instrução e o juiz a quem compete o julgamento. E a entidade que julga e as entidades que investigam e acusam e dirigem a instrução

¹⁶¹ Vd. *infra*, 9.

¹⁶² Ressalvados os casos do nº 2 do artigo 355º e do artigo 356º do Código de Processo Penal, que, ainda assim, impõem a leitura em audiência de actos processuais anteriores; atente-se na preocupação com o contraditório patente no citado artigo 356º do Código de Processo Penal.

¹⁶³ Vd. LOBO MOUTINHO, obra citada, pág. 50.

¹⁶⁴ Sobre este ponto, vd., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I., págs. 61 e ss.. Vd. também a nota 39 *supra*.

não podem ser as mesmas precisamente para que a entidade que julga possa ter uma atitude imparcial, atitude que, naturalmente, não teria se tivesse feito a investigação ou dirigido a instrução¹⁶⁵. Acompanhamos inteiramente TERESA PIZARRO BELEZA¹⁶⁶, quando afirma que “não seria legítimo o Código de Processo Penal estabelecer um regime segundo o qual fosse o mesmo juiz a investigar, acusar e julgar, porque se o fizesse claramente quando o juiz viesse julgar a causa já teria os seus pré-juízos, os seus preconceitos, formados em relação à causa, uma vez que teria desenvolvido o esforço no sentido da investigação e da acusação”.

A imparcialidade¹⁶⁷ pode, aliás, definir-se como a ausência de qualquer “pré-juízo” ou preconceito em relação à matéria a decidir ou quanto às pessoas afectadas pela decisão, devendo e podendo ser apreciada segundo uma dupla perspectiva ou aproximação: uma perspectiva subjectiva, que se prende com a posição pessoal do juiz, o seu foro interior, perante um determinado caso; uma perspectiva objectiva, inspirada pela máxima “justice must not only be done, it must also be seen to be done”, onde relevam considerações de carácter orgânico, formal e funcional relativas ao tribunal, ou seja, através da composição e organização funcional e estrutural do sistema, deverá ser garantida a imparcialidade do tribunal (e deverão igualmente ser garantidos os demais princípios estruturantes daquele mesmo sistema). O que, no caso em apreço, aparece posto em causa, claramente – e sem necessidade de nos alongarmos em mais considerações.

O que não pode deixar de sublinhar-se é, por um lado, a íntima ligação entre a estrutura acusatória do processo e o princípio da

¹⁶⁵ Assim, por exemplo, clara e expressivamente, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, nomeadamente pág. 136.

¹⁶⁶ Em *Apontamentos de Direito Processual Penal*, I, pág. 51.

¹⁶⁷ Sobre o ponto, pode ver-se FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES, “La Notion Européenne de Tribunal Indépendant et Impartial (Une Approche à Partir du Droit Portugais de Procédure Pénale)”.

presunção de inocência do arguido¹⁶⁸ e, por outro, que as “brechas” acima apontadas relativamente ao princípio da presunção de inocência do arguido acabam por redundar também em uma violação da estrutura acusatória do processo ou, pelo menos, na perversão dos propósitos daquela mesma estrutura acusatória. Pretendermos que o juiz de julgamento, depois de ler o processo (ou parte dele), se alheie do que leu, quando da audiência de julgamento e da decisão final, é pretendermos – permita-se a expressão – a quadratura do círculo.

De outro passo, vemos posto em causa, por motivos óbvios, o assinalado princípio de que só valem em julgamento, nomeadamente para efeitos de formação da convicção do tribunal, as provas que tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência, pois dá-se ao juiz de julgamento a possibilidade de conhecer as diligências probatórias feitas anteriormente à fase do julgamento, as quais poderão influenciar a sua prefiguração do caso e a sua decisão final sobre ele - nos termos já repetidamente expostos -, sendo diligências probatórias que escapam ao estabelecido nos artigos 355º e 356º do Código de Processo Penal.

7. Pensamos que as “brechas” relativas ao princípio da presunção de inocência do arguido existentes no nosso actual sistema processual penal que temos vindo a apontar não existirão (pelo menos, tão marcada e extensivamente¹⁶⁹) em um sistema processual penal de tipo anglo-americano¹⁷⁰, onde o tribunal de julgamento não tem

¹⁶⁸ Assim, por exemplo, claramente, MARIA FERNANDA PALMA, obra citada, pág. 103.

¹⁶⁹ Vd. *infra*, a nota 176.

¹⁷⁰ Ou seja, um sistema processual penal inspirado nos sistemas britânico e dos EUA. Com isto não queremos, e como já dissemos, porpor uma reforma do processo penal português, e muito menos propor a recepção do sistema processual penal anglo-americano – até porque, além do mais, somos sensíveis (ainda que não excessivamente) aos argumentos da tradição e da ligação entre

um conhecimento prévio do processo relativo às fases instrutórias (*lato sensu*), nem tem um conhecimento do “caso da acusação” em um momento (muito) anterior ao momento em que conhece o “caso da defesa”.

JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS ensina¹⁷¹ que, na Grã-Bretanha, o processo penal relativo à *regular jurisdiction*¹⁷² tem três fases: *investigation*; a fase intermédia, em que ocorre o exame preliminar (*preliminary examination*); a fase de debates em audiência. Com efeito, investigados os factos, pela polícia e pelo *Crown Prosecution Service*, segue-se para uma fase intermédia, que usualmente decorre no tribunal – segundo ensina o autor citado, decorria perante o *Petty Sessional Court*

os sistemas processuais penais e a idiossincrasia dos povos (veja-se, sobre este ponto, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 292 e 293, *maxime* a nota 111). Queremos unicamente apontar uma alternativa – ao que, aliás, a nosso ver, estávamos obrigados, depois de termos assinalado “brechas” relativas ao princípio da presunção de inocência do arguido existentes no nosso sistema processual penal.

¹⁷¹ Em *Processo Penal – 1*, já de 1981, págs. 104 e ss.. Aliás, nesta obra, pode encontrar-se uma detalhada análise histórico-comparativa dos vários sistemas processuais penais (a partir da pág. 11), chegando-se à conclusão de que o sistema acusatório é o sistema processual penal vigente na Grã-Bretanha, bem como nos países que receberam directamente a influência do *Common-Law*, ou ainda naqueles que se pautam por instituições jurídicas inspiradas naquele sistema jurídico; já na Europa continental, os sistemas processuais – incluindo os de filosofia marxista (relembre-se que a obra em causa é de 1981) – reproduzem, em maior ou menor medida, o sistema misto, mescla dos dois sistemas, ora com maior pendor para um, ora para outro. Para uma visão – sintética – do processo penal americano, pode ver-se JEAN CEDRAS, *Le Droit Pénal Américain*, nomeadamente págs. 9 e ss. e 95 e ss.. Sobre o processo penal inglês, com detalhe, veja-se MIREILLE DELMAS-MARTY, *Procédures Pénales d’Europe*, págs. 125-172. Para uma visão mais abrangente do Direito inglês e do Direito dos Estados Unidos da América, veja-se RENÉ DAVID, *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*, respectivamente págs. 281 e ss. e 357 e ss..

¹⁷² Temos ainda a *summary jurisdiction*, aplicável aos delitos de menor gravidade e a delitos que, não obstante a sua maior gravidade, possam ser julgados sob esta forma (sistema de competência alternativa).

(entidade que substituiu, a partir de 1933, o *Grand Jury*), decorre hoje perante um *Magistrates' Court*¹⁷³. Esta fase intermédia – que foi objecto de profunda reforma em 1994 – apenas se aplica às infracções mistas e graves¹⁷⁴ e, com um debate oral entre as partes, tem por função básica analisar a acusação, decidindo se ela deve ser mantida e se é justificável adoptar qualquer medida restritiva da liberdade do suspeito¹⁷⁵. O tribunal pode, assim, decidir pelo arquivamento do processo ou pela sua remessa a juízo, formulando, neste último caso, um *indictment*. O julgamento decorre pública e oralmente, sem que o tribunal de julgamento conheça o processado anteriormente¹⁷⁶. O “caso” é apresentado, em audiência, pela acusação e contraditado (ou admitido) pela defesa (*opening statements*),

¹⁷³ Assim MIREILLE DELMAS-MARTY, obra citada, págs. 146-147.

¹⁷⁴ Vd. a nota 172.

¹⁷⁵ Em 1983 (*O Futuro do Processo Criminal*, págs. 90 e ss.), já JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS propunha a adopção, entre nós, de uma audiência preliminar com idênticas funções.

¹⁷⁶ Não podemos aqui deixar de dizer que este modelo não é, a nosso ver, totalmente isento de perigos para o princípio da presunção de inocência do arguido, pois a recepção da acusação no *preliminary examination* e a consequente remessa do processo para julgamento não deixam de ser susceptíveis de criar no tribunal de julgamento uma “pré-convicção” de culpabilidade do arguido. Melhor seria, a nosso ver, que tal fase não existisse, passando-se directamente da fase da investigação para a fase do julgamento. É bem certo que, assim, se sujeitaria, porventura, a julgamento arguidos manifestamente inocentes, mas é igualmente certo que assim se ganharia em imparcialidade do tribunal de julgamento – além de que o *preliminary examination* não deixa de ser, de certa forma, um julgamento (ou um pré-julgamento), de mais a mais público, com o que isso tem de estigmatizante para o arguido. E, acrescentamos, com este modelo, deveria exigir-se uma especial responsabilização das entidades encarregadas da investigação e da dedução da acusação. A alternativa seria a realização de uma fase preliminar já na audiência de julgamento (já pelo tribunal de julgamento, portanto), destinada ao saneamento do processo (digamos assim); contudo, estamos em crer que tal fase preliminar funcionaria como um pré-julgamento – com as desvantagens já assinaladas –, podendo determinar decisivamente a audiência de julgamento propriamente dita.

seguindo-se a produção de prova e os debates. O julgamento decorre perante um *Crown Court* - ou perante um *Magistrates' Court*¹⁷⁷, consoante o tipo de infracção em causa e, em certos casos, a vontade do arguido¹⁷⁸. Em ambos os casos, a regulamentação das provas admissíveis é cuidadosa, não podendo, por exemplo, o passado do acusado ser apresentado no tribunal, só relevando para efeitos de aplicação da pena - em contraste com o que se passa entre nós¹⁷⁹.

Quanto aos Estados Unidos da América, e ainda segundo o que JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS¹⁸⁰ ensina, temos um sistema processual penal que significa uma solução de compromisso entre a tradição acusatória britânica e a adopção de ingredientes de natureza inquisitória¹⁸¹, tudo mesclado por institutos próprios¹⁸². A investigação criminal é confiada às várias entidades que nos EUA têm funções policiais. Nos EUA existe um departamento autónomo com competência para promover e sustentar a acusação criminal, que se encontra estruturado por níveis (federal, estadual, distrital e condado). A maioria dos estatutos dos Estados Federados dos EUA exige que o detido seja conduzido, após prisão, com a maior rapidez ao magistrado mais próximo, mormente nos casos de *felonies*, tomando esta apresentação o nome de *initial appearance* ou de *presentment*; em resultado dela, decide-se quanto à aplicabilidade de qualquer medida restritiva da liberdade do suspeito. O arguido tem o direito constitucional a uma audiência preliminar (*preliminary hearing*), que decorre, grosso modo, segundo o esquema britânico - já

¹⁷⁷ Com pormenor, MIREILLE DELMAS-MARTY, obra citada, págs. 147 e ss..

¹⁷⁸ Vd. a nota 172.

¹⁷⁹ Vd. o que se disse sobre a unidade dos autos, nomeadamente *supra*, 6, e ainda *infra*, 8 e 9.

¹⁸⁰ *Processo Penal* - 1 citado, págs. 110 e ss.. Vd. também a bibliografia aí citada e a nota 171 *supra*, *in fine*.

¹⁸¹ Assim também, JEAN CEDRAS, obra citada, págs. 95 e 96.

¹⁸² Note-se, desde já, que o procedimento varia consoante estejamos na presença de *misdemeanors* ou de *felonies* e varia também de Estado para Estado. Vamos aqui dar um panorama geral, a traço muito grosso.

sumariamente descrito. Após o despacho do juiz (havendo audiência preliminar) ou logo que concluídas as investigações (para o caso de não haver), o procurador prepara a acusação formal (*information*)¹⁸³, sendo que, em muitos Estados, a decisão da acusação deve ser confirmada pelo Grand Jury (que é, verdadeiramente, um órgão de polícia judiciária¹⁸⁴). O Grand Jury limita-se a apreciar as provas produzidas pela acusação, pronunciando-se sobre a viabilidade desta, não lhe sendo facultados os elementos trazidos ao processo pela defesa. Confirmada a acusação e remetido o processo para o tribunal, a fase final do processo consiste na audiência de julgamento¹⁸⁵, próxima também do modelo britânico¹⁸⁶ (já descrito, sumariamente), e também sem que o tribunal de julgamento conheça o processado anteriormente¹⁸⁷.

8. Até agora, ocupámo-nos de problemas atinentes à fase preliminar¹⁸⁸ da fase processual penal do julgamento, ou seja, a fase a que respeitam os artigos 311º a 320º do Código de Processo Penal. Vamos agora dedicar as últimas considerações deste trabalho a um problema que se situa já na audiência de julgamento, qual seja o

¹⁸³ Vigorando o princípio da oportunidade. Assim, JEAN CEDRAS, obra citada, pág. 110. Muito interessante no sistema americano é a chamada *plea bargaining*, que não podemos aqui tratar – sobre o ponto, vd. o mesmo autor, obra citada, págs. 111-112.

¹⁸⁴ Assim, JEAN CEDRAS, obra citada, pág. 102. O Grand Jury tem poderes autónomos de inquérito, como refere aquele autor, *ibidem*, págs. 102 e 103.

¹⁸⁵ Vd. as notas 172 e 182. Sobre o julgamento de *misdemeanors* e sobre o julgamento de *felonies*, vd. JEAN CEDRAS, obra citada, respectivamente, págs. 114-115 e 116-120.

¹⁸⁶ Como na nota 176, *mutatis mutandis*.

¹⁸⁷ Sobre o julgamento de *felonies*, JEAN CEDRAS (obra citada, pág. 118) ensina: “Après lecture de l’acte d’accusation (*indictment* ou *information*), la poursuite puis la défense font une déclaration liminaire (*opening statements*) destinée à familiariser le juge (qui jusque-là ne connaît presque rien de l’affaire) et le jury avec les faits et à présenter les principaux points sur lesquels elles se proposent d’insister.”

problema do conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início daquela audiência¹⁸⁹, nomeadamente levando em conta o antigo n° 2 do artigo 342° do Código de Processo Penal, que estabelecia o seguinte: “Em seguida, o presidente pergunta ao arguido pelos seus antecedentes criminais e por qualquer outro processo penal que contra ele nesse momento corra, lendo-lhe ou fazendo com que lhe seja lido, se necessário, o certificado do registo criminal.”

Diga-se, antes de mais, que este preceito foi revogado pelo Decreto-Lei n° 317/95, de 28 de Novembro, o que pode levar a concluir que não faz sentido, depois da entrada em vigor daquele diploma, reflectir sobre o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento. Não é essa, no entanto, a nossa opinião. Com efeito, parece-nos que, apesar da revogação do referido preceito, continua a ser pertinente reflectir sobre o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento, por duas razões: em primeiro lugar, porque nos tribunais, no início da audiência de julgamento, é ainda, não poucas vezes, perguntado ao arguido qual o seu passado criminal¹⁹⁰; em segundo lugar, nada nos garante que o preceito ora revogado não seja recuperado numa futura revisão do Código de Processo Penal. Ao que acresce que reflectir sobre o preceituado no antigo n° 2 do artigo 342° do Código de Processo Penal - e, assim, sobre o conhecimento dos antecedentes criminais

¹⁸⁸ Reportamo-nos ao processo comum, naturalmente.

¹⁸⁹ Do conhecimento dos antecedentes criminais do arguido por via da unidade dos autos já tratámos nos capítulos precedentes.

¹⁹⁰ E, a este respeito, podemos fazer apelo ao princípio da realidade, princípio da metodologia carneluttiana (referido em FERNANDO LUSO SOARES, obra citada), que - muito esquematicamente - nos diz que para sabermos uma coisa, mais do que os livros, é preciso conhecer os homens. De outro passo, pode apelar-se à já várias vezes referida dualidade - que não é uma dicotomia - entre *law in books* e *law in action*. Por seu lado, e avisadamente, ensina FIGUEIREDO DIAS (citado *Direito Processual Penal*, Vol. I, pág. 293): “... a eficácia prática de um sistema processual penal como o nosso está, toda ela, dependente do nível a que consiga guindar-se a magistratura judicial...”

do arguido no início da audiência de julgamento - pode contribuir para alcançar as razões pelas quais aquele preceito foi revogado.

Ora, em face do que já afirmámos neste trabalho, fácil será concluir que consideramos que o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento é susceptível de orientar a “pré-compreensão” do julgador em um ou outro sentido, consoante o passado criminal do arguido seja mais ou menos “limpo” (digamos assim, por comodidade de expressão)¹⁹¹. Razão pela qual, pelo já exposto, consideramos que os preceitos legais que o imponham ou permitam e os procedimentos judiciais que a ele conduzam redundam na violação do princípio da presunção de inocência do arguido, quer pela via da questão do “ónus da prova”, quer pela via do princípio *in dubio pro reo* (*mutatis mutandis*, nos termos descritos *supra*, nomeadamente em 5, que aqui nos dispensamos de repetir).

E entendemos ainda que esse conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento, quando imposto nos termos em que o era pelo antigo n.º 2, conjugado com o antigo n.º 3¹⁹², do artigo 342.º do Código de Processo Penal, viola

¹⁹¹ FIGUEIREDO DIAS, em “Sobre os Sujeitos Processuais no Novo Código de Processo Penal”, a págs. 33, escreve: “[O novo Código de Processo Penal] não deu, é certo, um último passo — para o qual, ainda aqui, o modelo do processo penal anglo-americano se revelaria exemplar — e que consistiria na proibição pura e simples de conhecimento pelo tribunal dos antecedentes criminais do arguido antes de alcançada a fase de determinação da pena, como forma óptima de preservar a impassibilidade judicial.”

¹⁹² Estabelecia o antigo n.º 3 (actual n.º 2) do artigo 342.º do Código de Processo Penal: “O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas ou a falsidade da mesma o pode fazer incorrer em responsabilidade penal.” Importa aqui também chamar à colação o antigo artigo 388.º do Código Penal (correspondente ao artigo 348.º, depois da revisão do Código Penal operada em 1995) e o antigo artigo 402.º do mesmo Código (correspondente ao artigo 359.º, depois da referida revisão do Código Penal, já excluída a questão dos antecedentes criminais), relativos, respectivamente, aos crimes de desobediência e de falsas declarações. Veja-se também o artigo 61.º, n.º 3, alínea b) do Código de Processo Penal.

o princípio da presunção de inocência do arguido por via do terceiro corolário deste princípio em matéria de prova que apon-támos, ou seja, que o arguido não é um mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele (de onde decorre, entre outras consequências, que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade, isto é, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal)¹⁹³, e ainda por via da incidência do princípio em causa no estatuto do arguido.

Com efeito, do antigo n° 2 do artigo 342° do Código de Processo Penal (conjugado com o antigo n° 3 do mesmo artigo) decorria a obrigatoriedade para o arguido de dar a conhecer o seu passado criminal, sob pena de responsabilidade criminal. Assim se transformava o arguido, compulsivamente, em “meio de prova”, impondo-lhe uma colaboração com a acusação e uma consequência penal pela recusa dessa colaboração incompatíveis com o seu direito a ser presumido inocente e com o seu estatuto, onde avultam as suas garantias de defesa e a sua qualidade de sujeito processual. E onde avulta também o seu direito ao silêncio¹⁹⁴, assim também violado, pois deste direito ao silêncio decorre que a autoridade (o tribunal, neste caso) não pode tirar qualquer ilação ou inferência do facto de o arguido não responder às perguntas que lhe forem feitas, mas também que esse facto não pode fazê-lo incorrer em responsabilidade de qualquer espécie, não podendo, designadamente, ser base de responsabilidade criminal por desobediência ao tribunal.

¹⁹³ Veja-se RODRIGO SANTIAGO, “Reflexões Sobre as “Declarações do Arguido” Como Meio de Prova no Código de Processo Penal de 1987” – trabalho que versa, sobretudo, sobre as questões do regime e do valor probatório daquelas declarações.

¹⁹⁴ Consagrado, quanto a todo o processo penal, no artigo 61°, n° 1, alínea c) do Código de Processo Penal, e reiterado no artigo 343°, n° 1 do mesmo Código, no que tange à audiência de julgamento.

E não se diga que o facto de o nosso sistema processual penal não compreender uma estrutura acusatória pura faz com que sejam de afastar as conclusões que enunciámos. O princípio da investigação, que tempera, entre nós, a estrutura acusatória do processo penal, não pode redundar na redução das garantias de defesa do arguido, nem na redução do estatuto do arguido enquanto sujeito processual, transformando-o em “meio de prova”, contra a sua vontade. Não pode igualmente desequilibrar a “igualdade de armas”¹⁹⁵ entre a acusação e a defesa, transformando o arguido (coercivamente) no instrumento desse desequilíbrio.

E também não se diga, por outro lado, que o antigo nº 2 do artigo 342º do Código de Processo Penal não se referia a factos que fossem objecto da acusação, pois, como bem ensina MARIA FERNANDA PALMA¹⁹⁶, “este raciocínio desconhece que os factos a que se reporta o artigo 342º, referindo-se à perigosidade criminal anterior à linha de conduta pessoal do agente, serão, justificadamente, objecto de investigação... são elementos de que a acusação carece e que permitem graduar a pena”¹⁹⁷. Trata-se, pois, ainda de elementos da acusação, que o arguido não pode ser coagido a revelar. Mas, para além disso, a verdade é que o apuramento desses elementos deve ter lugar em momento posterior à prova do facto de que o arguido vem acusado, sob pena de o seu apuramento em momento anterior (como já se viu) poder “criar, no julgador, uma presunção empírica de culpa do agente”¹⁹⁸.

Aderimos, pois, à tese de MARIA FERNANDA PALMA (exposta, nomeadamente, em “A Constitucionalidade do Artigo 342º do Código de Processo Penal (O Direito ao Silêncio do Arguido)”) e também de TERESA PIZARRO BELEZA (exposta no seu ensino oral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, a que assistimos no ano lectivo

¹⁹⁵ Sobre a “igualdade de armas”, vd. *supra*, 3, onde se explicam as aspas.

¹⁹⁶ Obra citada, pág. 105.

¹⁹⁷ Sobre este ponto, vd. *infra*, 9.

¹⁹⁸ MARIA FERNANDA PALMA, obra citada, pág. 106.

de 1993/94, no âmbito do 5º ano do curso de licenciatura) sobre a inconstitucionalidade do artigo nº 2 do artigo 342º do Código de Processo Penal (conjugado com o artigo nº 3 do mesmo artigo) e dispensamo-nos de enunciar aqui, para além dos já expostos acima, os demais fundamentos dessa inconstitucionalidade, remetendo para o citado trabalho de MARIA FERNANDA PALMA - pois não temos vindo a tratar o nosso tema em uma perspectiva de constitucionalidade.

Não pode, pois, deixar de concluir-se que o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento (mormente quando imposto nos termos dos artigos nºs 2 e 3 do artigo 342º do Código de Processo Penal) constitui mais uma “brecha” relativamente ao princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento, não podendo deixar de ler-se com perplexidade aqueles artigos nºs 2 e 3 do artigo 342º do Código de Processo Penal, levando em conta o nosso sistema processual penal hodierno e os princípios e garantias nele afirmados, designadamente em matéria de garantias de defesa do arguido, garantias essas que, em grande medida, passam pela sua presunção de inocência e pela salvaguarda da imparcialidade do julgador penal (com o alcance já assinalado).

9. E essa perplexidade aumentava com a leitura dos artigos 368º e 369º do Código de Processo Penal¹⁹⁹, onde se consagra o chamado sistema de *césure*²⁰⁰ (*schuldinterlokut*, no direito germânico), sistema este que corresponde, em síntese, à divisão da fase do julgamento em dois momentos distintos: o momento da determinação da

¹⁹⁹ Ou com a leitura, entre outros, do artigo 128º, 2 do Código de Processo Penal. MAIA GONÇALVES, em “Meios de Prova”, a págs. 198, afirma: “O nº 2 do artigo 128º é reflexo do sistema de *césure* que o Código perfilhou, embora de forma muito cautelosa e mitigada.”

²⁰⁰ Sobre esta questão, e genericamente, vd., por todos, FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Vol. I, págs. 278 e ss..

culpabilidade (entre nós, previsto no artigo 368º do Código de Pocesso Penal) e o momento da determinação da sanção (entre nós, previsto no artigo 369º do Código de Processo Penal); momentos estes que se podem aproximar da distinção do direito processual penal anglo-americano entre *conviction* e *sentence*²⁰¹.

Foram os adeptos das correntes da “*défense sociale*”²⁰² – correntes associadas a um Direito Penal de cunho marcadamente protectivo ou preventivo – que introduziram nas discussões doutrinárias, a partir do início da década de 50 deste século, a questão da *césure*. Encontramos, nos autores que se colocaram no campo dos defensores da *césure*, formulações muito diversas, mais extremas (como a de FILIPPO GRAMATICA²⁰³) ou mais moderadas (como as de MARC ANCEL²⁰⁴ e PAUL CORNIL²⁰⁵). Não cabe aqui referir essas formulações, nem optar por uma ou outra. Importa apenas, no âmbito deste trabalho, considerar que o sistema de *césure*, independentemente das várias configurações que pode assumir, tem uma finalidade dupla, no que diz respeito à audiência de julgamento: visa, por um lado, garantir a imparcialidade do julgador, evitando que a sua decisão, no que toca ao juízo de culpa, seja influenciada pelos antecedentes criminais e policiais do arguido, pela sua personalidade ou condições sociais²⁰⁶; e, do mesmo passo, procura

²⁰¹ Sobre o ponto, pode ver-se JEAN CEDRAS, obra citada, págs. 116-120.

²⁰² Sobre este ponto, veja-se, para uma perspectiva geral, *Le Programme Minimum de la Société Internationale de Défense Sociale* e MARC ANCEL, *La Défense Sociale Nouvelle*.

²⁰³ Veja-se “*Nuove Visioni del Processo Penale (Il Processo in “Due Fasi”)*”, nomeadamente págs. 872 e ss.

²⁰⁴ Veja-se, por exemplo, “*Le Rôle Social du Juge Pénal*” e o citado *La Défense Sociale Nouvelle*.

²⁰⁵ Veja-se, por exemplo, “*La Césure entre la Condamnation et le Prononcé de la Peine*” e “*Déclin de la Césure dans le Procès Pénal*”.

²⁰⁶ Em *O Futuro do Processo Criminal* (pág. 85), afirma JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS: “É que a recolha factual dos elementos indiciários da infracção e da comparticipação de um determinado indivíduo nesses actos, que se efectuasse cumulativamente com um inquérito sobre a respectiva personalidade, haveria que ficar necessariamente prejudicada, na sua objectividade, porquanto as

também evitar qualquer intromissão desnecessária na vida privada do arguido - que se não relacione directamente com o caso trazido a julgamento -, quando este ainda se presume inocente; por outro lado, os adeptos deste sistema consideram que só ele permite, ao contrário da estrutura unitária do julgamento, uma correcta e suficiente consideração da personalidade do arguido, com vista à individualização da pena, à exacta determinação da sua medida e ao correcto tratamento penológico diferenciado dos condenados. Pode, pois, dizer-se que, para além da salvaguarda da imparcialidade do tribunal e da pessoa do arguido²⁰⁷, a *césure* aparece também (e sobretudo ou quase exclusivamente, para alguns autores²⁰⁸) ligada a uma ideia ressocializadora²⁰⁹, pelo que, por este lado, a divisão do julgamento em duas fases é o resultado, em Direito Processual Penal, de uma certa teleologia do Direito Penal - lê-se, aliás, no preâmbulo do Código Penal português vigente que “o Código traça um sistema punitivo que arranca do pensamento fundamental de que as penas devem sempre ser executadas com um sentido pedagógico e ressocializador”.

constatações sobre a história progressiva do inquirido haveriam de lesar a isenção de critério na aferição dos índices materializadores da infracção e do concurso desse agente na sua prática.” E acrescenta (ibidem): “Tais razões militam, desde logo, no sentido do diferimento do incidente interlocutório de exame da personalidade para uma fase posterior ao veredicto de facto proferido na audiência de julgamento, em que a *schuldinterlokut*, que nos propõe a moderna doutrina germânica, se abriria tendo em vista agora já a individualização da responsabilidade criminal.”

²⁰⁷ Assim também, por exemplo, JOSÉ ANTÓNIO BARREIROS, em “Processo Penal: Os Anos do Fim”, que, embora aconselhando prudência quanto à consagração da *césure*, sublinha (pág. 37) “a necessidade, para que uma razoável proporção de equilíbrio entre as partes e uma autêntica parificação estatutária entre elas fique garantida, de não permitir as indagações concernentes ao dossier da personalidade, antes que a culpa esteja judicialmente formada”.

²⁰⁸ Por exemplo, FILIPPO GRAMATICA; veja-se a obra citada.

²⁰⁹ Uma visão genealógica e crítica da recuperação do criminoso intentada pela e na prisão pode ver-se em MICHEL FOUCAULT, *Vigiar e Punir*, nomeadamente nas terceira e quarta partes desta obra (“Disciplina” e “Prisão”, respectivamente). Veja-se também TERESA PIZARRO BELEZA, “O Mito da Recuperação do Delinquente no Discurso Punitivo do Código Penal de 1982”.

Ao sistema de *césure* são feitas, naturalmente, críticas. Antes de mais, a crítica à concepção jurídico-penal de que historicamente porveio, ou seja, a “defesa social”²¹⁰, onde não há lugar, ou só o há em termos secundários, para as ideias de culpa e de retribuição. Na verdade, a “defesa social” assenta em duas grandes linhas de orientação: por um lado, o processo penal deve ter como finalidade, não a punição do criminoso, mas o seu “melhoramento”, a sua ressocialização²¹¹; por outro lado, o processo não deve buscar apenas um juízo acerca do facto criminalmente relevante, mas deve intentar uma valoração (bio-psicológica) do indivíduo²¹². Outras críticas prendem-se com as dificuldades práticas da realização da *césure*, onde avulta a maior duração do processo penal (por via, entre outras, da questão do direito de recurso e do problema dos direitos de defesa e de contraditório na segunda fase do julgamento, a da determinação da sanção); ou com considerações de política processual penal; ou ainda com os vícios de raciocínio de que enfermam algumas das formulações mais extremas da *césure*. Não tendo este trabalho por escopo o tratamento detalhado deste sistema, não cabe desenvolver e apreciar aqui essas críticas.

Certo é que a *césure*, independentemente das suas falhas, parece procurar (e conseguir) uma decisão relativa à culpabilidade do arguido não influenciada por elementos estranhos ao caso trazido a julgamento. No seu *Direito Processual Penal*²¹³, FIGUEIREDO DIAS -

²¹⁰ Uma apreciação, em jeito de balanço e síntese, da “defesa social” (sobretudo, no que respeita ao pensamento de MARC ANCEL), pode ser encontrada em GIUSEPPE BETTIOL, *Scritti Giuridici (Le Tre Ultime Lezioni Brasiliane)*, págs. 34 e ss..

²¹¹ Como na nota 209.

²¹² Assim refere, por exemplo, FILIPPO GRAMATICA, obra citada, pág. 871, reportando-se ao Congresso Internacional da “Defesa Social”, de 1951, em S. Marino.

²¹³ Vol. I, págs. 278 e 279.

autor que não pode ser considerado um entusiasta do sistema de *césure* - diz o seguinte: "Pois acontece infelizmente que, perante um arguido com um registo criminal pesado ou com características muito particulares da personalidade, os juizes se revelam menos exigentes na prova da infracção acusada, sobretudo se nela descobrem similitude com factos por que o arguido foi já condenado ou uma especial adequação de tais factos à sua personalidade. E seria justamente esta tendência inadmissível que importaria contrariar através da cisão do julgamento em duas fases." Mais à frente, o Professor insiste²¹⁴: "... aquela que, a nossos olhos, poderia ser a maior vantagem ... do sistema da *césure*: a de, excluindo da primeira fase tudo o que diz respeito à vida anterior do delinquente, impedir que o juiz forme préjuízos nesta base com influência na prova dos factos de que o arguido vem acusado."²¹⁵

Pode, pois, dizer-se que o sistema de *césure*, mesmo que não tenha a imparcialidade do julgador penal como propósito, terá essa consequência. Não deixa, pois, de existir uma certa incoerência no nosso Código de Processo Penal, se atentarmos nisto e nas "brechas" relativas ao princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento acima referidas. Dir-se-á, porventura, que tal incoerência não existe, se levarmos em conta que o sistema de *césure* não foi consagrado, entre nós, com o propósito de salvaguardar a imparcialidade do julgador penal, mas tão-só em homenagem a uma ideia ressocializadora, por via da correcta determinação da sanção penal e do tratamento penológico do condenado; o que determinaria que nenhum problema existisse relativamente ao conhecimento pelo julgador dos antecedentes criminais do arguido ou de outros aspectos ligados ao seu passado e à sua personalidade, antes da fase da determinação da sanção prevista no artigo

²¹⁴ Pág. 290.

²¹⁵ Na sua conferência, de 1983, a que chamou "Para uma Reforma Global do Processo Penal Português (Da sua Necessidade e de Algumas Orientações Fundamentais)", FIGUEIREDO DIAS afirma, a págs. 218: "Ao essencial da posição que assumi em 1974 [relativamente à *césure*] continuo eu fiel." Optámos por citar longamente, no texto, as palavras do autor, por nos parecerem sobremaneira expressivas sobre o ponto que pretendemos sustentar.

369º do Código de Processo Penal. E sempre se poderá também dizer que tal incoerência também não existe, simplesmente porque não se formam “pré-juízos” quanto ao caso trazido a julgamento com base no conhecimento dos antecedentes criminais do arguido, ou dos seus antecedentes policiais, ou ainda de certos traços da sua personalidade, os quais só serão tomados em conta quando da determinação da sanção²¹⁶. Quanto a isto, diremos, por um lado, o que dissemos na parte III. deste trabalho e, por outro lado, que não nos parece que o escopo que presidiu à consagração do sistema da *césure*, entre nós, tenha sido unicamente assegurar uma melhor ressocialização do delinquente, pois isso equivaleria a ignorar uma das duas vertentes do sistema da *césure*, ao arrepio do pensamento doutrinal acerca desta questão²¹⁷. Acresce, por último, que, mesmo que assim fosse, sempre caberia levar em conta que a *césure*, mesmo que não tenha esse propósito, tem essa consequência, sendo certo, quanto a nós, que a coerência de um sistema legal se mede tanto pelo seu espírito e pela sua sistemática quanto pelas suas consequências ou, por outras palavras, tanto pelo *law in books* quanto pelo *law in action*.

²¹⁶ Esta ideia pode, por exemplo, ser encontrada na citada Proposta de Lei nº 21/IV (em LOBO MOUTINHO, obra citada, nomeadamente pág. 45).

²¹⁷ Não podem, aliás, deixar de ser levadas em conta as citadas palavras de FIGUEIREDO DIAS e a influência do pensamento deste autor no Código de Processo Penal português vigente. Palavras e influência estas que também nos autorizam a pensar que à consagração, entre nós, do sistema de *césure* não deixou de presidir, entre outros, o propósito de salvaguardar a imparcialidade do julgador penal. E, de outro passo, podemos e devemos chamar à colação em defesa da ideia de que o sistema de *césure* foi consagrado, entre nós, também com um propósito de assegurar a imparcialidade do julgador, por exemplo, os artigos 128º, nº 2, 356º, 370º, nº 4 e 371º do Código de Processo Penal, cujas proibições não visam apenas preservar, a nosso ver, a dignidade do arguido.

Assim e tudo visto, tendo sido consagrado pelo nosso Código de Processo Penal - ainda que numa modalidade moderada²¹⁸ (a chamada modalidade do “juiz imutável”) - um sistema de cisão do julgamento em duas fases, dificilmente se compreendia que o legislador tivesse deixado “entrar pela janela”, através do antigo nº 2 do artigo 342º do Código de Processo Penal, o que não deixou que “entrasse pela porta” – permitam-se as expressões.

10. Vai já longo o caminho trilhado no campo do princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português, caminho esse que - como inicialmente afirmámos - mais não pretendeu ser do que um esboço ou um princípio de caminho. É chegado, pois, o momento de concluirmos.

Ora, do exposto neste trabalho e do que nele fica implícito, e no terreno em que o situámos, não podemos deixar de concluir que causa espanto a contradição entre, por um lado, a abundância de garantias do arguido, no que toca à consagração de princípios jurídicos e a afirmações grandiloquentes (nomeadamente na Constituição da República), e, por outro lado, a frustração de algumas dessas garantias, por via de certos preceitos legais e ainda por via de certos procedimentos judiciais, que vão para lá ou contra normas processuais penais²¹⁹, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente criando obstáculos à plena realização daquelas garantias e

²¹⁸ TERESA PIZARRO BELEZA chama-lhe “moderada separação”, em *Apostamentos de Direito Processual Penal*, Vol. III, pág. 54. “Cisão mitigada” chama-lhe a citada Proposta de Lei nº 21/IV (que pode ver-se em LOBO MOUTINHO, pág. 45).

²¹⁹ A História, aliás, ensina-nos que para um princípio ser respeitado não basta a sua consagração constitucional, é essencial que a lei ordinária e a prática sejam orientadas para o seu respeito. Constituições com garantias de defesa dos direitos individuais serviram e servem regimes pouco respeitadores desses direitos. A este propósito, pode encontrar-se uma análise interessante (ainda que fortemente ideologizada, política e corporativamente) em RUI PINHEIRO e ARTUR MAURÍCIO, *A Constituição e o Processo Penal*, págs. 13 a 32.

daqueles princípios. E mesmo sabendo que, como ensina TERESA PIZARRO BELEZA²²⁰, “muitas normas de processo penal situam-se em algum ponto de equilíbrio, por vezes difícil e sempre delicado, entre as necessidades de investigação e repressão de factos geradores de responsabilidade criminal e a exigência de respeitar os direitos das pessoas”, parece-nos que, nos casos apontados neste trabalho como sendo susceptíveis de constituir “brechas” relativamente ao princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento, não está em causa aquele difícil e delicado equilíbrio. Razão pela qual, entre outras, se imporá uma tentativa de encontrar, para lá da nossa tradição jurídica e, porventura, da “distracção” do legislador (seja-nos permitida, uma vez mais, a liberdade de linguagem), os motivos que ditaram a consagração, no nosso actual processo penal, da unidade material dos autos, da recepção da acusação e do saneamento do processo pelo juiz de julgamento nos termos estabelecidos no artigo 311º do Código de Processo Penal e do conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento tal como prescrevia o antigo nº 2 (e nº 3) do artigo 342º do Código de Processo Penal. Mas isso seria já objecto para outro (ou outros) trabalho(s).

Por nós, quedamo-nos por aqui, na expectativa, não de termos resolvido os problemas que aqui enunciámos, nem de termos convencido quem nos leu de que se trata de verdadeiros problemas, mas tão-só de termos conseguido explicar porque é que, a nosso ver, se trata de verdadeiros problemas, face ao princípio da presunção de inocência do arguido. Se o tivermos conseguido, teremos alcançado o objectivo que elegemos ao iniciar este trabalho.

V. CONCLUSÕES

1ª O princípio da presunção de inocência do arguido até ao trânsito em julgado da sentença condenatória encontra-se estabelecido na ordem jurídica portuguesa, tendo cobertura constitucional, nos termos do nº 2 do artigo 32º da Constituição da República (e ainda nos termos da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem).

2ª A primeira grande incidência do princípio da presunção de inocência do arguido (entre outras, de menor alcance) que cumpre destacar é na matéria da prova em processo penal, decorrendo daquele princípio, fundamentalmente: a inexistência de um ónus probatório do arguido em processo penal, no sentido de que o arguido não tem que provar a sua inocência para ser absolvido; um princípio *in dubio pro reo*; e ainda que o arguido não é mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele.

3ª Na verdade, e em primeiro lugar, o princípio da presunção de inocência do arguido isenta-o do ónus de provar a sua inocência, a qual aparece imposta (ou ficcionada) pela lei; o que carece de prova é o contrário, ou seja, a culpa do arguido, concentrando a lei o esforço probatório na acusação.

4ª Deve, contudo, ter-se em atenção que o arguido, a despeito de ser presumido inocente, tem todo o interesse (e, naturalmente, o direito) em contradizer a acusação contra si proferida, por um lado; sendo certo, por outro lado, que o princípio da presunção de inocência e a incapacidade da acusação de provar a culpa do arguido não conduzem, necessariamente, num sistema acusatório temperado por um princípio de investigação, como é o nosso, à absolvição do arguido; por fim, deve levar-se em conta que não pode falar-se num verdadeiro ónus da prova do Ministério Público, *maxime* devido ao estatuto de objectividade a que está sujeito.

5ª Em segundo lugar, do referido princípio da presunção de inocência do arguido (embora não exclusivamente dele) decorre um princípio *in dubio pro reo*, princípio que, procurando responder ao problema da dúvida na apreciação do caso criminal (não a dúvida sobre o sentido da norma, mas a dúvida sobre o facto), e partindo da premissa de que o juiz não pode terminar o julgamento com um *non liquet*, determina que, na dúvida quanto ao sentido em que aponta a prova feita, o arguido seja absolvido.

6ª Em terceiro lugar, decorre do princípio da presunção de inocência do arguido que este não é um mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele, devendo frisar-se que daqui decorre - e em ligação com o princípio da preservação da dignidade pessoal - que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade; ou seja, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal, além de que a sua confissão (por si, já um acto espontâneo de colaboração) se acha rodeada de especiais cuidados.

7ª E se é certo que o princípio da presunção de inocência do arguido opera decisivamente sobre a questão da prova, não é menos verdade que esse princípio tem outra significativa incidência no processo penal (entre outras, menos significativas): impõe que o arguido seja titular de um estatuto e receba um tratamento e uma consideração próprios de alguém que é considerado inocente e que, portanto, está no uso do seu *jus libertatis* - pelo menos, até onde o exercício do *jus puniendi* do Estado o não restringir.

8ª Significa isto que, estando o arguido, no curso de um processo penal, mergulhado num estado de dúvida, numa ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia, a presunção de inocência do arguido em processo

penal terá também por função impor que a contenção, a suspensão e a negação de direitos do arguido (seja “dentro” do processo, seja “fora” dele) sejam o mais limitadas possível (quantitativa e qualitativamente) e que assumam um carácter transitório e reversível, de modo a assegurar que, uma vez alcançada uma decisão no sentido da inocência do arguido, aquelas contenção, suspensão e negação sofridas pelo arguido ao longo do processo se possam considerar “suportáveis”.

9ª A presunção de inocência do arguido não é uma presunção em sentido técnico-jurídico, é, sim, um direito do arguido - e, por conseguinte (como todos os direitos), um comando, dirigido ao legislador ordinário, impondo-lhe que legisle no sentido de que não saia diminuído, directa ou indirectamente, o princípio da presunção de inocência do arguido, e um comando dirigido aos sujeitos processuais penais cujas esferas tanjam a esfera do arguido. O direito a ser presumido inocente, em suma, com as incidências apontadas.

10ª Se o pensamento jurídico relativo à decisão judicial tem sido marcado pelo modelo explicativo, de matriz aristotélico-escolástica e de cunho lógico-subsuntivo, do silogismo judiciário, cumpre hoje reconhecer que tal modelo está ultrapassado, sendo de levar em conta o modelo explicativo do “círculo hermenêutico”, que, em suma, nos diz que, sendo o conhecimento sempre situado e vinculado à historicidade do intérprete (ao seu “estar-no-mundo”), que não é um “ego puro”, mas intersubjectivamente determinado, num processo de conhecimento, o objecto, que não é algo “exterior” ao sujeito, é por este, de alguma forma, “(re)construído”, com base no conhecimento vivencial, implícito, pré-predicativo desse sujeito.

11ª E aquele “estar-no-mundo” determina também que o sujeito, quando chega ao conhecimento do objecto, traga já uma

antecipação de sentido, uma “pré-compreensão” desse mesmo objecto, a qual é determinada, por um lado, pela sua experiência, pela sua *praxis*, e, por outro lado, pelo primeiro contacto que teve com o mesmo objecto.

12^a No que diz respeito à decisão judicial, isto significa que, em face do caso, em face do *thema decidendum*, a “pré-compreensão” do mesmo, isto é, aquilo que num primeiro contacto (e sob a decisiva influência da experiência do julgador, do “seu mundo”) é prefigurado como sendo a “decisão justa”, determina a compreensão e a valoração dos factos, a heurística e a hermenêutica da norma e, assim, a decisão final.

13^a Ao contrário do modelo do silogismo, que consubstancia um tipo de racionalidade que actuaria *per modum conclusionum*, ou seja, inferindo as conclusões a partir dos princípios, o modelo do “círculo hermenêutico” consubstancia um tipo de racionalidade que actuaria *per modum determinationis*, especificando os princípios em relação com o caso concreto, coordenando o geral e o particular em termos que não seriam os de uma subsunção, mas de uma “assimilação”.

14^a No estudo da questão da “pré-compreensão” na decisão judicial, devemos destacar o nome de JOSEF ESSER e, sobretudo, a sua obra *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, falando ESSER de *Vorverständnis*, pelo menos, em três acepções: como antecipação de sentido, isto é, em termos a que poderemos chamar gnoseológicos; como determinações psicológicas ou sociológicas que guiam o juiz no seu procedimento de resolução de casos, ou seja, em termos do que se poderá designar por uma “sociologia da actividade judicial”; por último, como valorações prévias e provisórias do caso a decidir, que influenciam mesmo a heurística e a hermenêutica da norma aplicável.

15^a Entre nós, no que tange ao pensamento acerca da decisão judicial, cumpre destacar CASTANHEIRA NEVES, que centra o seu pensamento no campo do problema metodológico-jurídico e, para o que aqui nos interessa, no problema da distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito, identificando em cada uma delas dois momentos fundamentais.

16^a No que respeita à questão-de-facto, temos para CASTANHEIRA NEVES, em primeiro lugar, a determinação do âmbito de relevância jurídica a reconhecer à situação histórico-concreta problemática, ou seja, trata-se de delimitar e de determinar, na globalidade da situação histórica em que o problema jurídico concreto se situa, o âmbito e o conteúdo da relevância jurídica dessa situação problemática; e este é, precisamente, o campo daquilo a que acima chamámos “pré-compreensão”. Em segundo lugar, a comprovação dos elementos específicos dessa relevância e dos seus efeitos; aqui, fundamentalmente, o problema da prova, não da prova de factos puros, mas da comprovação de que o problema jurídico – já antecipado e “pré-compreendido”, no momento anterior –, como problema prático, existe, ou seja, tem fundamento fáctico.

17^a Quanto à questão-de-direito, para CASTANHEIRA NEVES, temos uma análise que distingue: a questão-de-direito em abstracto, que tem por objecto a determinação do critério jurídico que haverá de orientar e concorrer para fundamentar a solução jurídica do caso a decidir; a questão-de-direito em concreto, que diz respeito ao problema do próprio juízo concreto que há-de decidir o caso *sub judice*. De uma certa forma, a questão-de-direito em concreto comporta uma comprovação (ou não) da questão-de-facto no primeiro dos seus sentidos acima apontados.

18^a A aceitação do modelo explicativo do “círculo hermenêutico” e o reconhecimento da “pré-compreensão” na decisão judicial não

significam que à decisão judicial presida o arbítrio ou a discricionariedade, no sentido de voluntarismo e individualismo acrítico, ou a mais pura subjectividade, no sentido de uma interpretação do facto trazido a julgamento desligada de um esforço de objectividade, objectividade enquanto atribuição de um sentido susceptível de ser comumente reconhecido. O que se pretende é salientar a dimensão criadora da função do juiz, função essa sempre sujeita à obrigação de motivação das decisões, que procura, além do mais, a adesão às decisões, o seu reconhecimento, a sua aceitação, por parte da comunidade jurídica.

19ª Contudo, a motivação não afasta o “pré-juízo”. Uma coisa é o mecanismo de obtenção da decisão, outra coisa é a motivação dessa decisão, que, desde logo, pode ou não explicitar o que determinou esta ou aquela escolha, esta ou aquela decisão (em bom rigor, deveria sempre explicitar), sendo certo, por outro lado, que mesmo que se explicitar, em sede de motivação, o “pré-juízo” que esteve na base de uma determinada decisão, o mesmo será, o mais das vezes, susceptível de aceitação e reconhecimento por parte da comunidade, pois esse “pré-juízo” decorre, em toda a linha, do “círculo” de vivências e de linguagem do julgador, da condição humana e social do julgador, afinal, condição comum aos demais (a muitos, ao menos) elementos da comunidade - e, assim, aos demais participantes processuais.

20ª A aplicação do Direito ao caso concreto pressupõe sempre o papel criador do juiz e a “pré-compreensão” é um elemento incontornável da decisão judicial, como de todo o fenómeno de conhecimento. Razão pela qual devemos afastar todos os elementos que possam viciar ou orientar numa certa direcção essa “antecipação de sentido” do binómio caso-norma, devemos procurar afastar todos os meios de orientação do juízo do julgador, pugnando pela “pureza” desse juízo, entendendo essa “pureza”, não como total (e impossível e indesejável, já se viu) alheamento do mundo, mas

como alheamento relativamente ao processo anterior à fase do julgamento e relativamente à vida do arguido anterior e posterior aos factos em apreço, quando não relacionada com tais factos.

21ª Certo é também que não podemos afirmar a possibilidade de realização, na sociedade, de uma ideia, quando forem criadas, formalmente, condições de obstrução efectiva da mesma, ou seja, tão importantes como as violações directas a certos princípios são as condutas que só indirectamente os afectam, designadamente através da criação de obstáculos ao seu pleno desenvolvimento, à sua plena realização.

22ª No início da fase do julgamento penal, entre nós, a lei não se limita a dar ao juiz a possibilidade de conhecer o que das fases processuais anteriores ficou, em termos documentais, mas impõe-lhe que o faça, visto que lhe cabe sanear o processo, nos termos do artigo 311º do Código de Processo Penal.

23ª Sendo certo que o primeiro contacto que o sujeito toma com o objecto que se oferece ao seu conhecimento é determinante para os “pré-juízos” que forma (ou pode formar) sobre esse mesmo objecto, cumpre assinalar que o contacto que o juiz de julgamento toma com o caso, por via dos autos, em ordem ao saneamento do processo, é, por um lado, um contacto “desequilibrado” (digamos assim), pois, em regra, na altura do saneamento do processo previsto no artigo 311º do Código de Processo Penal, o processo há-de conter mais suportes da acusação do que da defesa, sendo certo, por outro lado, que o conhecimento dos autos, em toda ou em parte da sua extensão, faz o juiz tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão.

24ª Na verdade, ao conhecer as peças do inquérito (maxime o despacho de acusação), o juiz de julgamento conhece, no essencial, o caso tal como ele é visto pela acusação. Ora, é sabido que a

acusação é uma antecipação da decisão final, um projecto de sentença, sendo certo que, se o primeiro contacto do juiz com o caso é por via da acusação, o seu “pré-juízo” sobre o caso poderá ser um “pré-juízo” orientado no sentido do “caso da acusação”, mantendo-se o mesmo “desequilíbrio”, quantitativo e qualitativo, mesmo nos casos em que houve instrução requerida pelo arguido (quer em virtude da existência nos autos de mais suportes da acusação do que da defesa, quer em virtude da natureza da instrução e do modo como esta se processa).

25ª E se é certo que, recebendo e saneando os autos com as peças do inquérito (e, se for o caso, da instrução), o juiz toma com o caso um contacto “desequilibrado” a favor do “caso da acusação”, não é menos verdade que o juiz de julgamento só tomará contacto com a visão da defesa algum tempo depois (nos casos de não ter havido instrução requerida pelo arguido), no momento da apresentação da contestação ou só no momento da audiência de julgamento. E relevante é também o facto de, antes da audiência de julgamento, o juiz de julgamento, caso tenha havido apresentação de contestação, não só conhecer em momentos diferentes a visão da acusação e a visão da defesa (a primeira sempre em primeiro lugar), como conhecer também as diligências probatórias da acusação em sede de inquérito, sem correspondência com diligências probatórias da defesa.

26ª O princípio do contraditório impõe que toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa, implica que ao arguido haja de ser dada a oportunidade de reagir relativamente a quaisquer decisões, de entidades instrutórias (nomeadamente do MP), mas também do juiz, sempre que aquelas atinjam directamente a esfera jurídica das pessoas, devendo aquela oportunidade ser efectiva e eficaz; por seu lado, o princípio da igualdade de armas, cabendo naquele mais vasto princípio do contraditório, tem espe-

cificamente a ver com as posições e actuações processuais da acusação e da defesa, significando a atribuição à acusação e à defesa de meios jurídicos igualmente eficazes para tornar efectivos os seus direitos.

27^a A recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no artigo 311^o do Código de Processo Penal pode pôr em causa os princípios do contraditório e da igualdade de armas, porquanto, basicamente, a acusação chega ao conhecimento do juiz de julgamento em um momento anterior (muito anterior, o mais das vezes) ao momento em que a defesa (ressalvados os casos de ter havido instrução requerida pelo arguido) chega ao seu conhecimento, seja por via da apresentação da contestação, nos termos do artigo 315^o do Código de Processo Penal, seja já na audiência de julgamento. Ora, desta sorte, os “pré-juízos” que o juiz pode formar sobre o caso poderão, não só ser orientados no sentido do “caso da acusação”, como poderão também não ser eficazmente contrariados pela defesa, quando esta chega ao conhecimento do juiz de julgamento, dado o lapso de tempo que medeia entre uma coisa e outra.

28^a E a recepção da acusação pelo juiz de julgamento tal como configurada no artigo 311^o do Código de Processo Penal acaba também por pôr em causa o princípio da presunção de inocência do arguido, por uma outra via (indirecta, se quisermos), pois é susceptível de impedir o arguido, ao retirar eficácia à sua defesa, de evitar que a presunção da sua inocência seja “ilidida” – sendo certo que, se é verdade que decorre da presunção de inocência do arguido que ele não tem que provar a sua inocência para ser absolvido, não é menos verdade que tem todo o interesse (e, naturalmente, o direito) e devem-lhe ser dados todos os meios para que possa evitar que a presunção da sua inocência seja “ilidida”, pelo Ministério Público e/ou pelo tribunal.

29^a O já assinalado “desequilíbrio” do primeiro contacto do juiz de julgamento com o caso trazido a julgamento, podendo orientar os seus “pré-juízos” sobre o caso, no sentido da tese da acusação, é susceptível, *ipso facto*, de pôr em causa o princípio da presunção de inocência do arguido, por duas ordens de razões: em primeiro lugar, se esses “pré-juízos” forem orientados no sentido da tese da acusação, formar-se-á no julgador uma “(pré-)convicção” de culpabilidade do arguido, ainda antes do início da audiência de julgamento, o que, não só constitui como que uma inversão do princípio da presunção de inocência do arguido (e do comando dirigido ao juiz de julgamento que ele encerra), como pode conduzir a um ónus da prova para o arguido - ónus da prova subreptício e informal, digamos -, pois, se o juiz inicia o julgamento com uma “pré-convicção” de culpabilidade do arguido, se este não provar a sua inocência, poderá ser condenado.

30^a Em segundo lugar, os referidos “pré-juízos”, orientados no sentido da tese da acusação, podem conduzir à violação do princípio *in dubio pro reo*, ainda que indirectamente, uma vez que um *non liquet* que, à partida, poderia existir no fim da audiência de julgamento, atendendo à prova aí produzida e aos argumentos aí expendidos, poderá não existir, por força dos referidos “pré-juízos” orientados no sentido da tese da acusação.

31^a E os perigos de ofensa, do mesmo modo, ao princípio da presunção de inocência do arguido referidos avolumam-se, se levarmos em conta que, para além do contacto “desequilibrado” do julgador com o caso trazido a julgamento, no momento do saneamento do processo, a unidade (material) dos autos permite ao julgador - quer no momento do saneamento do processo, quer durante toda a fase do julgamento - tomar conhecimento de elementos que poderão influenciar, de modo determinante, a sua decisão - como, por exemplo, os fundamentos de aplicação de medidas de coacção, as diligências probatórias levadas a cabo em

sede de inquérito pelo Ministério Público, as diligências probatórias levadas a cabo durante a instrução, a conjugação de um despacho de acusação com um despacho de pronúncia, o relatório social do arguido e os antecedentes criminais do arguido.

32º E isto é tanto mais grave, quanto mais levarmos em conta a contradição que traz relativamente a outros princípios estruturantes do nosso processo penal hodierno: em primeiro lugar e em primeira linha, o princípio do acusatório – que, para além de impor a vinculação temática, tem uma dimensão material, ou seja, implica a distinção entre as fases do processo, inquérito, instrução e julgamento, mas também uma dimensão orgânico-subjectiva, isto é, implica que as entidades a quem cabe dirigir as sobreditas três fases processuais penais sejam distintas; em segundo lugar, o princípio consagrado no artigo 355º do Código de Processo Penal – o princípio de que só valem em julgamento, nomeadamente para efeitos de formação da convicção do tribunal, as provas que tiverem sido produzidas ou examinadas em audiência; em terceiro lugar, o sistema de *césure*, previsto nos artigos 368º e 369º do Código de Processo Penal.

33ª Pensamos que as “brechas” relativas ao princípio da presunção de inocência do arguido existentes no nosso actual sistema processual penal que temos vindo a apontar não existirão (pelo menos, tão marcada e extensivamente) em um sistema processual penal de tipo anglo-americano, onde o juiz de julgamento não tem um conhecimento prévio do processo relativo às fases instrutórias (*lato sensu*), nem tem um conhecimento do “caso da acusação” em um momento (muito) anterior ao momento em que conhece o “caso da defesa”.

34ª O conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento é susceptível de orientar a “pré-compreensão” do julgador em um ou outro sentido, consoante o

passado criminal do arguido seja mais ou menos “limpo” (digamos assim, por comodidade de expressão), razão pela qual consideramos que os preceitos legais que o imponham ou permitam e os procedimentos judiciais que a ele conduzam redundam na violação do princípio da presunção de inocência do arguido, quer pela via da questão do “ônus da prova”, quer pela via do princípio *in dubio pro reo*, pelos motivos expostos.

35ª Por outro lado, o conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento, quando imposto nos termos em que o era pelo antigo nº 2, conjugado com o antigo nº 3, do artigo 342º do Código de Processo Penal, viola o princípio da presunção de inocência do arguido por via do terceiro corolário deste princípio em matéria de prova que apontámos (ou seja, que o arguido não é um mero objecto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele) e ainda por via da incidência do princípio em causa no estatuto do arguido, pois assim se transforma o arguido, compulsivamente, em “meio de prova”, impondo-lhe uma colaboração com a acusação e uma consequência penal pela recusa dessa colaboração incompatíveis com o seu direito a ser presumido inocente e com o seu estatuto, onde avultam as suas garantias de defesa e a sua qualidade de sujeito processual - e onde avulta também o seu direito ao silêncio, assim também violado.

36ª O conhecimento dos antecedentes criminais do arguido no início da audiência de julgamento, pelas consequências que pode ter, está em contradição com o sistema de *césure* (consagrado, entre nós, nos artigos 368º e 369º do Código de Processo Penal), sistema que tem uma dupla finalidade: no que diz respeito à audiência de julgamento: visa, por um lado, garantir a imparcialidade do julgador, evitando que a sua decisão, no que toca ao juízo de culpa, seja influenciada pelos antecedentes criminais e policiais do arguido, pela sua personalidade ou condições sociais; e, do mesmo

passo, procura também evitar qualquer intromissão desnecessária na vida privada do arguido, quando este ainda se presume inocente; por outro lado, os adeptos deste sistema consideram que só ele permite, ao contrário da estrutura unitária do julgamento, uma correcta e suficiente consideração da personalidade do arguido, com vista à individualização da pena, à exacta determinação da sua medida e ao correcto tratamento penológico diferenciado dos condenados.

37ª Tudo visto, relativamente à questão do princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português, e no terreno em que o situámos, não podemos deixar de concluir que causa espanto a contradição entre, por um lado, a abundância de garantias do arguido, no que toca à consagração de princípios jurídicos e a afirmações grandiloquentes (nomeadamente, na Constituição da República), e, por outro lado, a frustração de algumas dessas garantias, por via de certos preceitos legais e ainda por via de certos procedimentos judiciais, que vão para lá ou contra normas processuais penais, quer directa, quer indirectamente, nomeadamente criando obstáculos à plena realização daquelas garantias e daqueles princípios.