

Revisita Portuguesa de
CIENCIA CRIMINAL

Diretor: Jorge de Figueiredo Dias | Ano 33 N.º 3 | Quadrimestral | setembro - dezembro 2023 2023

SEPARATA

A presunção de inocência segundo a União Europeia *

Considerações sobre o *onus probandi* e o *in dubio pro reo* em processo penal, a partir da Directiva (UE) 2016/343

António Miguel Veiga

Juiz de Direito

Mestre e doutorando pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Investigador Colaborador do Instituto Jurídico da FDUC

“(…) Tu és considerado culpado. (...) Pelo menos por agora, a tua culpa é considerada como provada.” “Mas eu não sou culpado”, disse K. (...) “É verdade”, disse o padre, “mas é assim que os culpados costumam falar”.

FRANZ KAFKA, *O Processo*

1. Introdução

1.1. Aquilo que poderíamos designar por *ideal europeu comum*, brandido como bandeira programática agregadora dos Estados do “Velho Continente” — e assim entendido de modo transversal pela generalidade desses mesmos Estados ¹ —, sofreu uma inegável

* Por opção do autor, o presente texto é escrito segundo o antigo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.

¹ Transversalidade sintetizada na frase do presidente francês Charles de Gaulle, proferida na década de 60 do século XX, quanto ao seu sonho de ver uma “Europa Unida do Atlântico até aos Urais” (em geral, sobre a ideia de Europa e sua delimitação geográfico-cultural, sobretudo a leste, ILÍDIO DO AMARAL, *A Europa e as Suas Fronteiras: Dilemas Culturais e Geopolíticos*, Academia das Ciências de Lisboa, Lisboa, 2016, pp. 1 a 11).

reconfiguração ao longo das últimas décadas. Mais de 60 anos volvidos sobre a instituição da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (C.E.C.A.) e da Comunidade Económica Europeia (C.E.E.), o actual ambiente social, político e jurídico europeu não é (evidentemente) o mesmo de 1952 e 1957, e não pode deixar de ser visto como o culminar de um processo, longo e complexo, revelador dos sucessos e das fragilidades que o aludido *ideal europeu* conteve em si mesmo, ao longo da modificação de diversos paradigmas internacionais bem marcados.

Acontecimentos tão díspares e importantes quanto o fim da “Guerra Fria”², a crescente *globalização*³ e *capitalização*⁴ do mundo, e um sentimento cada vez mais intenso de insegurança geral das populações na sequência de impressionantes fenómenos terroristas

² Termo da “Guerra Fria” que trouxe consigo a aproximação ao Ocidente — especificamente ao espaço da União Europeia e da Organização do Tratado do Atlântico Norte (O.T.A.N.) — de países até aos inícios da última década do século XX integrados na esfera de influência do chamado “Bloco Soviético” (a propósito da *Queda do Muro* e do fim da “Guerra Fria”, JOHN LEWIS GADDIS, *A Guerra Fria*, tradução portuguesa de Jaime Araújo, Edições 70, Lisboa, 2007, pp. 239 a 250).

³ Como nota ANABELA MIRANDA RODRIGUES, a *globalização* vem exercendo uma inegável influência — também — no mundo jurídico e, em particular, no direito penal, com a correspondente alteração do seu modelo normativo tradicional, pensado para um espaço homogéneo de cariz tendencialmente estadual e hierarquizado, e que se vê cada vez mais “parasitado” (expressão da Autora) por realidades que põem em causa a pureza de tal feição normativa “piramidal”. Realidades que, a par de uma maior consciencialização contemporânea do carácter universal dos direitos humanos, encerram o lado (menos nobre) da vertiginosa exponenciação das sociedades tecnológicas hodiernas, com consequências e concatenações criminais que ultrapassam, como nunca haviam ultrapassado, as fronteiras de um só Estado (“A globalização do direito penal — da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização”, Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. *Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, coordenação de António Menezes Cordeiro, Luís Menezes Leitão e Mário Januário da Costa Gomes, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 77 a 82).

⁴ De que é sintomática a emergência de novos potentados (República Popular da China, Federação Russa, União Indiana ou, em menor escala, República Federativa do Brasil) com posições de relevo — e ainda que com períodos de intermitência e de crise — cada vez mais consolidadas na actual realidade político-económica mundial.

(com o natural *medo* que tal consciência convoca) ⁵, contribuíram, de modo decisivo, para a mudança de percepção — jurídico-institucional, desde logo — de uma Europa que (assim, também por força das circunstâncias) não mais pôde continuar a olhar-se a si própria e ao inerente papel no mundo do mesmo modo e em função dos mesmos exactos intuitos, em tantas e tantas matérias caras ao seu surgimento e respectiva manutenção passada ⁶.

⁵ Atentados — de um terror absolutamente patente — como os ocorridos em 11 de Setembro de 2001 na cidade de Nova Iorque, 11 de Março de 2004 na capital espanhola, 7 de Julho do ano seguinte em Londres, 22 de Julho de 2011 em Oslo e na Ilha de Utoya, e, mais recentemente, entre outros, em Saint-Denis e Paris (13 de Novembro de 2015), Bruxelas (22 de Março de 2016), Nice (14 de Julho de 2016), Barcelona (17 de Agosto de 2017), Estrasburgo (11 de Dezembro de 2018), novamente Londres (29 de Novembro de 2019) e Paris (16 de Outubro de 2020), e ainda Viena (2 de Novembro de 2020) — atentados desferidos, portanto, bem no “coração” do Ocidente —, serão de uma eloquência evidente quanto à referida consciência da precariedade da segurança do presente, antecâmara da provável insegurança mais lata do futuro. É, assim, pela sua indiscutível disseminação e polarização, “(...) um terrorismo da globalização, (...) autónomo, nómada e em rede” (ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “A globalização do direito penal...”, *cit.*, p. 83). Quanto às diferenças de fundo entre as manifestações terroristas típicas de grande parte do século XX, mais circunscritas a contextos espaço-geográficos relativamente definidos, e as que marcam os últimos anos, de cariz tendencialmente global, *vide* NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *Terrorismo. Legislação Comentada. Textos Doutrinários*, 2.^a edição (coordenação de José Manuel Aroso Linhares e Maria João Antunes), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2022, pp. 126 e 127, em comentário ao crime previsto no art. 4.º da Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto, e as referências bibliográficas aí constantes.

⁶ A legislação europeia antiterrorista exprime o crescente *enforcement* em termos de restrição de alguns dos direitos fundamentais e valores conaturais ao projecto europeu. Pensemos nas liberdades de comunicação e de deslocação, e nas figuras típicas do acesso a mensagens de incitamento público ao terrorismo e das viagens (ou tentativa de viagens) para treino para o terrorismo, adesão a organizações terroristas ou cometimento de factos materialmente terroristas e ainda do apoio a tais viagens (ou tentativa de viagens), previstas, respectivamente, nos n.os 5 (norma, aliás, entretanto revogada pela Lei n.º 2/2023, de 16 de Janeiro), 10, 11 e 12 do art. 4.º da nossa Lei de Combate ao Terrorismo (Lei n.º 52/2003, de 22 de Agosto), que consubstanciam a incorporação (por vezes, acrítica), no direito interno português, dos sucessivos impulsos normativos do legislador europeu (sobre tais figuras e seu maior ou menor suporte axiológico-constitucional, NUNO BRANDÃO e ANTÓNIO

A emergência de interesses e valores ínsitos à própria lógica e razão de ser da Comunidade e, agora, União Europeia mostra-nos o quão premente tem sido, para a preservação da ideia — de uma *determinada ideia* — de Europa, a necessidade de protecção de tais interesses e valores ⁷. E os últimos anos espelham bem a “oscilação”, porventura não tanto ideológica, mas sobretudo pragmática, entre horizontes tidos como referenciais para o concreto tipo de *espaço europeu* almejado.

No apontado entorno, o “espaço europeu de liberdade, segurança e justiça” consagrado no n.º 1 do art. 67.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (T.F.U.E.) ⁸ resulta da síntese das preocupações e dos valores programáticos através dos quais se pensa poder alcançar-se uma verdadeira “cidadania” comum europeia, vivida na área geográfica partilhada pelos diversos Estados-Membros, nos — e entre os — quais a liberdade de deambulação e estabelecimento seja acompanhada (para o que aqui mais nos interessa) de uma cooperação policial e judicial necessária a uma justiça eficaz e garantidora da segurança dos cidadãos e dos Estados ⁹.

1.2. O dito “espaço europeu de liberdade, segurança e justiça” implicará a construção de um certo tipo de realidade penal e processual penal a extrair dos sistemas jurídicos da União. Realidade que, constituindo o nosso referente de análise mais amplo, possibilitará, por isso mesmo, um enfoque aturado no que toca ao importante papel

MIGUEL VEIGA, *Terrorismo...* e comentário ao art. 4.º *cits.*, pp. 68 a 84 e 118 a 142).

⁷ É o caso do conjunto de interesses financeiros da União Europeia, principal objecto de protecção do chamado *Corpus Juris* de 1997 (cfr., *infra*, 2.2. e nota 36) [AUGUSTO SILVA DIAS, “De que direito penal precisamos nós europeus? Um olhar sobre algumas propostas recentes de constituição de um direito penal comunitário”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14 (2004), N.º 3, pp. 310 e 311].

⁸ O T.F.U.E. é o Tratado de Roma, de 1957, mas após a revisão operada pelo Tratado de Lisboa, assinado na capital lusa em 13 de Dezembro de 2007 e entrado em vigor em 1 de Dezembro de 2009.

⁹ Neste exacto sentido, MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales en el Espacio Europeo de Justicia Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17.

desempenhado pelo processo penal para que aparentemente avançamos em termos europeus ¹⁰.

E a primeira questão que nos ocorre será, então, esta: poderemos pensar já, no presente estágio, e no cumprimento da faculdade enunciada no n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E. ¹¹, em um verdadeiro processo penal de marca europeia comum?

É no enunciado cenário que julgamos fazer sentido, dado o tempo entretanto decorrido (e a relativa sedimentação prática que por isso comportaram tais produtos), a análise de uma das mais relevantes linhas de rumo contidas na Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Novembro de 2013 [COM (2013) 821 final], e da Directiva de 9 de Março de 2016 [Directiva (UE)

¹⁰ Quanto à ideia de processo penal europeu e seus princípios estruturantes, MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu de processo penal”, tradução portuguesa do francês por Anabela Muralha, revista por António Barbosa de Melo, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 9 (1999), Fascículo 2.º, pp. 233 a 243, e ANTÓNIO MANUEL DE ALMEIDA COSTA, “Alguns princípios para um direito e processo penais europeus”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 4 (1994), Fascículo 2.º, pp. 209 a 215.

¹¹ N.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E. que estatui, além do mais: “na medida em que tal seja necessário para facilitar o reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais e a cooperação policial e judiciária nas matérias penais com dimensão transfronteiriça, o Parlamento Europeu e o Conselho, por meio de directivas adoptadas de acordo com o processo legislativo ordinário, podem estabelecer regras mínimas. Essas regras mínimas têm em conta as diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros. Essas regras mínimas incidem sobre: a) A admissibilidade mútua dos meios de prova entre os Estados-Membros; b) Os direitos individuais em processo penal; c) Os direitos das vítimas da criminalidade (...)”. Parece-nos importante salientar, no entanto, que o reconhecimento mútuo não poderá ser visto como o *fim* a atingir por via da cooperação policial e judiciária, embora seja certamente *um dos objectivos* (e porventura o mais ambicioso) a alcançar através de tal cooperação. Isto é, a cooperação policial e judiciária de cariz transfronteiriço dirige-se e espalha-se por outros domínios que não têm sempre, e necessariamente, a iluminá-los um pressuposto e um fito de reconhecimento mútuo (assim, explicitando algumas medidas que escapam ao conceito do reconhecimento mútuo das sentenças e decisões judiciais, MÁRIO FERREIRA MONTE e JOANA WHYTE, “Cooperação judiciária e policial em matéria penal”, *Direito da União Europeia — Elementos de Direito e Políticas da União*, coordenação de Alessandra Silveira, Mariana Canotilho e Pedro Madeira Froufe, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 425 e ss.).

2016/343], que se lhe seguiu, relativas “(...) ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em julgamento em processo penal”. Assim como se nos apresenta útil reflectir sobre o respeito (ou não) da Proposta e posterior Directiva pela fronteira delimitada pelas “regras mínimas” admitidas, em termos gerais, pelo n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.

Se as aludidas Directiva e antecedente Proposta parecem traduzir passos mais ou menos óbvios para a criação de um espaço processual penal *harmonizado* ¹² — sugerindo uma mudança do peso da *cooperação* e do *reconhecimento mútuo* enquanto vias privilegiadas, durante alguns anos, da tentativa de consecução daquele espaço ¹³ —, conduzirão ainda a outras duas questões essenciais e imporão também — agora, quanto à lógica deste estudo — uma prévia explicação de cariz metodológico.

A explicação metodológica prende-se com a circunstância — pensamos que não despidianda — de (e já o deixámos antever) a análise incidir igualmente sobre a preparação da Directiva (ou seja, a respectiva Proposta) e os caminhos que, a partir dessa mesma preparação, então se divisavam. Não atenderemos, portanto, apenas ao “produto final” corporizado no texto da Directiva, mas ainda ao percurso conducente a tal texto. Esta nossa opção contém um propósito eminentemente hermenêutico e analítico-interpretativo, que atende à necessidade de indagar se os tais caminhos para que (pelo menos, à primeira vista) apontava a Proposta acabaram por ser trilhados e cumpridos de modo efectivo, no que à presunção de inocência, e mais exactamente ao *onus probandi* e ao *in dubio pro reo*, tange. Afigura-se-nos, pois, interessante tentar perceber se, no panorama legislativo em questão, é ou não possível surpreender um corte de sentido entre a Proposta e o plasmado no corpo da Directiva. E, caso não exista (como parece não ter existido na totalidade, pelo menos em termos estritamente literais)

¹² Sobre o ímpeto harmonizador da União, com especial enfoque no direito penal substantivo, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu Emergente*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 111 a 120, e MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 151.

¹³ JOHN SPENCER, “E.U. fair trial rights — progress at last”, *New Journal of European Criminal Law*, Volume 1, Issue 4, 2010, pp. 447 a 452.

uma completa transposição de soluções entre os dois instrumentos, ensaiar uma perscrutação quanto ao que (aparente ou efectivamente) não vingou da Proposta para a concreção textual da Directiva de 2016.

Mas, como sugerimos, as interrogações suscitadas pela Directiva e anterior Proposta, com o almejo de *harmonização* que parece inerir-lhes, tocam ainda dois nódulos problemáticos, a nosso ver nucleares.

Por um lado, a temática de saber se, segundo uma perspectiva essencialmente nacional, os concretos conteúdos da Proposta e da Directiva importam ou não, quanto ao *onus probandi* e ao *in dubio pro reo*, pontos de “fricção” ou desajuste em relação ao processo penal português actual e seus princípios estruturais mais lídimos ¹⁴.

Por outro lado, a questão — bem mais global e, porventura, mais *filosófica* — de perceber se a Proposta e a Directiva não representarão, no âmago das coisas, a emanção — mais uma ¹⁵ — da ânsia de harmonização enquanto *fim uniformizador* a atingir em si mesmo ¹⁶, e só depois (diversamente daquilo que *a priori* seria de pressupor) *instrumento* para a obtenção de um determinado desiderato, precisamente — e a basearmo-nos na letra do n.º 2 do citado art. 82.º do T.F.U.E. — o do reconhecimento mútuo.

Tudo nos levando a perguntar se, mais do que uma aproximação formal das ordens jurídicas internas em domínio tão relevante quanto

¹⁴ E se, a existirem, acabarão ou não tais desajustes por representar eventuais e verdadeiros entorses a valores há muito adquiridos pelo nosso edifício processual penal pátrio, por referência aos paradigmas normativos — *maxime*, a Constituição — a que vão buscar legitimação e sentido.

¹⁵ Pense-se, a título de exemplo, nas Directivas do Parlamento e do Conselho sobre a interpretação e tradução em processo penal [Directiva (UE) 2010/64], o direito à informação em processo penal [Directiva (UE) 2012/13], e o direito de acesso a um advogado em processo penal e nos processos de execução de mandados de detenção europeus [Directiva (UE) 2013/48]. Acerca do impacto dos princípios contidos nas duas primeiras Directivas na *praxis* forense da União, cfr. GONÇALO BRAGA DA CRUZ, “Direitos de suspeitos ou acusados em processos penais. Jurisprudência recente do Tribunal de Justiça sobre as Directivas 2010/64/UE e 2012/13/EU”, *Julgar*, N.º 35, 2018, pp. 100 a 115.

¹⁶ Frisando não poder ser a harmonização um fim em si mesmo, JOACHIM VOGEL, “Estado y tendencias de la armonización del Derecho Penal material en la Unión Europea”, *Revista Penal*, N.º 10, 2002, p. 115.

o da presunção de inocência, por apelo a um suposto fundo ético-civilizacional comum dos vários Estados-Membros, não se teve verdadeiramente como escopo uma harmonização legislativa *unificadora*, em homenagem a um programa valorativo de *quem efectivamente mais governa ou influencia* a União ¹⁷, e só algo *a latere* se pensando em um étimo agregador a partir da natural diversidade dos múltiplos destinatários estaduais e seus sistemas jurídicos nacionais ¹⁸. Sem falar já da — importantíssima — realidade da comunhão ou não das soluções propostas com um “tecto comum” de princípios europeus ligados à protecção dos direitos humanos, contidos, antes do mais, na Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, dita Convenção Europeia dos Direitos Humanos (C.E.D.H.), e que — disso não temos dúvidas — deverão(iam) “(...) vivificar os diversos direitos penais nacionais” ¹⁹.

Problemas que não têm, segundo cremos, uma solução hierarquizada, pois que não afrontáveis de um modo estanque e segundo a exacta ordem por que foram enunciados.

Tentemos, então, atingir algumas (e ainda que não apodícticas) propostas de reflexão.

2. Um processo penal europeu harmonizado: meta alcançável (ou, até, desejável)?

2.1. Mesmo para quem o considerou uma “utopia” ²⁰, o projecto

¹⁷ Como que, no final, dir-se-ia, em homenagem a uma certa ideia (e mesmo que não formalmente assumida) de “Constituição Europeia” no campo da administração da justiça penal (a propósito, embora uma vez mais na óptica do direito penal substantivo, e antes do Tratado de Lisboa, MARIA FERNANDA PALMA, *Direito Constitucional Penal cit.*, pp. 151 e 161 a 163).

¹⁸ Diversidade que, recordemo-lo, deverá ser sempre respeitada pelas “regras mínimas” em questão (n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.).

¹⁹ A afirmação, com que nos identificamos totalmente, é de ANABELA MIRANDA RODRIGUES (“A globalização do direito penal...”, *cit.*, p. 88).

²⁰ Expressão utilizada por MIREILLE DELMAS-MARTY, que, todavia, em conferência por si proferida no espaço da Assembleia da República Portuguesa, em Maio

de um processo penal europeu não é novo, como nova não é a discussão sobre a melhor forma de concretizar essa “utopia” ou, pelo menos, o modo de garantir que no espaço europeu a aplicação da justiça penal ocorra dentro de determinados parâmetros, democrática e eticamente fundados ²¹.

A radicação do sistema processual penal em um património axiológico irrefragável, ligado à dignidade humana, constitui algo de óbvio em um Estado de Direito como aquele que experimentamos em Portugal. Se (para utilizarmos uma já celeberrima expressão) o processo penal traduz verdadeiro “(...) direito constitucional aplicado (...)”, tal significa que essa filiação constitucional se verifica em duas faces fundamentais: na que deriva “(...) de os fundamentos do direito processual penal serem, simultaneamente, os alicerces constitucionais do Estado, e naquela outra resultante de a concreta regulamentação de singulares problemas processuais ser conformada jurídico-constitucionalmente” ^{22 23}.

de 1998, enfatizava: “Tal utopia” (de um processo penal europeu comum), “creio-a necessária e realizável” (“A caminho de um modelo europeu...”, *cit.*, p. 230).

²¹ Parâmetros decorrentes da tradição iluminista, e que ainda hoje constituem um óbvio e irrenunciável paradigma jurídico-político para a generalidade dos Estados europeus democráticos (neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS, “De que direito penal...”, *cit.*, pp. 309, 312 e 315). Especificamente sobre um aspecto muito caro à realidade processual penal, já CESARE BECCARIA alertava, em pleno século XVIII, e de um modo preclaro, para a necessidade de que “um homem não pode ser dito réu antes da sentença do juiz, nem a sociedade pode retirar-lhe a protecção pública, senão quando se tenha decidido que ele violou os pactos com os quais essa protecção lhe foi concedida” (*Dos Delitos e das Penas*, 2.^a edição, tradução do italiano para língua portuguesa por José de Faria Costa, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2007, pp. 92 e 93).

²² JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 1974, p. 74.

²³ A propósito, pensemos no n.º 1 do art. 32.º da nossa Lei Fundamental, de acordo com o qual, e como princípio programático em sede de direitos, liberdades e garantias, “o processo criminal assegura todas as garantias de defesa, incluindo o recurso”. Quanto à relevância constitucional dos princípios contidos no citado art. 32.º, *vide* JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, 4.^a edição, revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 515 e 516.

Ora, crê-se ser este o primeiro problema a ter em conta na nossa investigação: em um espaço composto por diversos Estados-Membros soberanos e independentes, o que representará o fundo ético-constitucional ao qual pode (*rectius*, deve) um processo penal europeu comum buscar a sua escora legitimadora?

Invocarem-se os princípios gerais contidos nos arts. 47.º e ss. da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (C.D.F.U.E.)²⁴ — *maxime*, nos arts. 47.º (“Direito à acção e a um tribunal imparcial”)²⁵ e 48.º (“Presunção de inocência e direitos de defesa”)²⁶ —, constituirá algo de óbvio. Pensamos, sem embargo, não conterem tais normas *per se* consideradas as respostas à questão acabada de colocar. Ou melhor, é evidente que os preceitos em causa consagram proclamações de respeito, no processo penal, pelos direitos fundamentais dos envolvidos (desde logo, dos arguidos) no *iter* processual. No entanto, decorre da mesma C.D.F.U.E., no seu art. 53.º, que os referidos arts. 47.º e ss. — como, aliás, de qualquer outra sua disposição — não devem ser interpretadas no sentido de restringirem ou lesarem “(...) os direitos do Homem e as liberdades fundamentais reconhecidos (...) pelo direito da União, o direito internacional e as Convenções internacionais em que são Partes a União ou todos os Estados-Membros, nomeadamente a Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos

²⁴ Tal Carta foi proclamada em 7 de Dezembro de 2000 pelo Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão, adquirindo força obrigatória enquanto direito originário da União com a vigência do Tratado de Lisboa, por via do n.º 1 do art. 6.º do Tratado da União Europeia (T.U.E.) (sobre a essencialidade do valor jurídico da C.D.F.U.E., cfr. ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito da União Europeia*, 2.ª edição, actualizada e aumentada, reimpressão, Coimbra, Almedina, 2018, pp. 267 a 277).

²⁵ Norma (art. 47.º da C.D.F.U.E.) que reza, além do mais: “Toda a pessoa cujos direitos e liberdades garantidos pelo direito da União tenham sido violados tem direito a uma acção perante um tribunal nos termos previstos no presente artigo. Toda a pessoa tem direito a que a sua causa seja julgada de forma equitativa, publicamente e num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial, previamente estabelecido por lei. Toda a pessoa tem a possibilidade de se fazer aconselhar, defender e representar em juízo”.

²⁶ Art. 48.º cujo n.º 1 preceitua que “todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa”, aduzindo o n.º 2 ser “(...) garantido a todo o arguido o respeito dos direitos de defesa”.

do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como pelas Constituições dos Estados-Membros”. O que nos inculca a conclusão de que, em sede de direitos fundamentais, o nível de protecção conferido pela C.D.F.U.E. haverá de ter como primeiro referente a C.E.D.H.²⁷ e, particularmente, para o que aqui mais releva, o art. 6.º deste convénio. Transportando-nos, pois, para um patamar situado a montante da C.D.F.U.E., configurador da C.E.D.H. como uma fonte de legitimação e, ao mesmo tempo, um estalão normativamente vinculante não só para as ordens jurídicas internas dos Estados-Membros²⁸, mas, por maioria de razão, para o próprio direito emanado dos órgãos institucionais da União Europeia²⁹.

²⁷ Sobre a valia hermenêutica da C.D.F.U.E. na aferição da legitimidade substantiva ou de conteúdo do direito produzido pelas instâncias europeias, ANA CARMONA CONTRERAS, “El espacio europeo de los derechos fundamentales: de la Carta a las Constituciones nacionales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Ano 36, N.º 107, 2016, pp. 23, 26 e 27.

²⁸ Sem prejuízo do exposto, veja-se, em Portugal, a recepção directa na ordem jurídica interna do direito contido na C.E.D.H., da qual é signatário, através do princípio constante do n.º 2 do art. 8.º da C.R.P. Já quanto à *vexata quaestio* da exacta hierarquia — se ao nível da Constituição ou, diferentemente, infraconstitucional mas com valor supralegal ou “apenas” para-legal —, na nossa ordem jurídica, das normas e princípios constantes de convenções internacionais às quais o Estado português se vincula, cfr. as posições divergentes de JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e Volume I *cits.*, pp. 258 a 261, e ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA e FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª edição, revista e aumentada (12.ª reimpressão), Almedina, Coimbra, 2018, pp. 119 a 124.

²⁹ Não obstante o que vimos dizendo, convirá não esquecer a circunstância de a União Europeia enquanto entidade *a se*, e pese embora o preceituado no n.º 2 do art. 6.º do T.U.E., não haver ainda ratificado a C.E.D.H., na demonstração do que parece ser uma especial “sensibilidade” daquela quanto a diversas questões do relacionamento entre a sua ordem jurídica e o direito convencional em questão, *maxime*, por causa da fiscalização operada pelo Tribunal de Estrasburgo (ou, em uma determinada perspectiva, da submissão de uma organização internacional — a União — a outra organização internacional — o Conselho da Europa) a propósito de hipotéticas violações aos princípios contidos na C.E.D.H. e responsabilidade extracontratual que daí possa advir (pormenorizadamente, acerca do intrincado processo de possível adesão da União Europeia à C.E.D.H., ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Direito da União Europeia cit.*, pp. 277 e ss. e, em especial no que tange ao aspecto ora por

Em suma, a noção da proeminência normativa — e, consequentemente, heurística, a partir da jurisprudência desenvolvida pelo respectivo Tribunal [Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (T.E.D.H.)] ³⁰ — da C.E.D.H. ³¹ terá de estar bem presente ³² na análise dos instrumentos que possam dar corpo à ideia de processo penal europeu e, portanto, da Proposta e da Directiva em questão ³³.

2.2. Já afirmámos parecerem traduzir as apontadas Proposta e subsequente Directiva um passo tendente à criação de um espaço penal, ou, mais exactamente, de um espaço processual penal, por meio da *harmonização*, o que nos demonstra então um dos modelos possíveis de abordagem dessa mesma construção. Pois que, por um aparente contraste ³⁴, surge-nos também a existência de outra forma

nós mencionado, pp. 288 a 305, FILIPA ARAGÃO HOMEM, “A adesão da União Europeia à Convenção Europeia dos Direitos Humanos — um roteiro da negociação”, *O Presente e o Futuro do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos*, E.Book, Direcção-Geral da Política de Justiça, Lisboa, 2019, pp. 64 e ss., e ainda ANA CARMONA CONTRERAS, “El espacio europeo...”, *cit.*, pp. 23 a 25). Seja como for, para o que aqui tratamos, o ponto não poderá deslocar-se da validade cogente, para a União, do património axiológico inerente ao aludido acordo internacional. Tanto mais que o n.º 3 do art. 6.º do T.U.E. preceitua que os direitos fundamentais, tal como garantidos pela C.E.D.H. e resultantes das tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros, fazem parte do direito da União enquanto princípios gerais.

³⁰ Para uma resenha relativamente recente da jurisprudência do T.E.D.H. sobre processo penal “equitativo”, PAULO DE SOUSA MENDES, “O princípio do processo equitativo na jurisprudência do TEDH”, *Revista de Estudos Europeos*, N.º extraordinário monográfico, 1-2019, pp. 69 a 75, e IRENEU CABRAL BARRETO, *A Convenção Europeia dos Direitos do Homem Anotada*, 6.ª edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 2020, pp. 186 a 200.

³¹ Cfr ED CAPE, ZAZA NAMORADZE, ROGER SMITH e TARU SPRONKEN, *Effective Criminal Defence in Europe*, Intersentia, Metro, Antwerp/Oxford/Portland, 2010, pp. 7 a 14.

³² E mesmo que com a jurisprudência do T.E.D.H., no tema de que neste momento cuidamos, nem sempre nos sintamos impelidos a concordar (cfr., *infra*, 4.2., especialmente nota 186).

³³ Tal proeminência normativa é, aliás, assumida quer pela Proposta, quer pela Directiva, nas cláusulas de não regressão expressas, respectivamente, nos arts. 12.º (Proposta) e 13.º (Directiva).

³⁴ Dizemos “aparente contraste” porque, como tentaremos expor *infra* (2.3.) — e não obstante a cada vez maior preponderância da pretensão harmonizadora (quicá,

admissível de consecução do referido espaço, a saber, o do *reconhecimento mútuo* das decisões penais nos Estados-Membros. Sendo até que, como igualmente já notámos, os mecanismos do reconhecimento mútuo e da cooperação policial e judiciária nas questões penais transnacionais constam enunciados, de modo expreso, no n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.

Depararemos, então (e socorramo-nos da terminologia a propósito habitualmente utilizada), com uma suposta divergência de soluções para o tratamento da problemática da criminalidade transfronteiriça na União: a “solução vertical” ou da harmonização (ou aproximação), essencialmente decorrente de regras jurídico-processuais comuns e de aplicação genérica à produção legislativa nacional; e a “solução horizontal” ou do reconhecimento mútuo, segundo a qual os tribunais penais de cada Estado-Membro estarão obrigados a reconhecer eficácia às decisões e solicitações dos tribunais de outro Estado-Membro de um modo mais ou menos automático ³⁵.

A “solução vertical” começou por ganhar expressão visível em 1997, com a criação, sob impulso do Parlamento Europeu e da Comissão, do então apelidado *Corpus Juris*, ou seja, de um conjunto de 35 normas de cariz substantivo e processual, destinadas ao combate às fraudes e aos interesses financeiros da (na altura) Comunidade Europeia, e pensadas como linhas essenciais para a legislação de direito e processo penal dos Estados-Membros nesse domínio. E dois objetivos muito importantes se divisavam então: a progressiva e mais ampla aplicação futura de tais princípios a outros campos da criminalidade transfronteiriça; o estabelecimento de regras consagradoras de diversos direitos de defesa dos suspeitos ou arguidos no seio de um processo penal equitativo ³⁶.

até mesmo uniformizadora) do legislador europeu (*vide* 1.2.) —, porventura as vias da harmonização e do reconhecimento mútuo admitam, ou exijam mesmo, a visão integrada e capaz de uma síntese frutífera das duas realidades.

³⁵ Fazendo uma detida resenha histórica das duas soluções (“vertical” e “horizontal”), MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, *cit.*, pp. 83 a 111.

³⁶ Quanto à razão de ser, características e princípios essenciais (territorialidade europeia, garantia jurisdicional e contraditoriedade) do processo penal preconizado

Por seu turno, o passo mais decidido (e decisivo) para a materialização da “solução horizontal” (e que de início começou por representar um verdadeiro *turning point* em relação à “solução vertical”³⁷) ocorreu, em 2002, com a criação do *mandado de detenção europeu*, destinado ao reconhecimento mútuo das decisões penais tomadas pelas autoridades competentes dos Estados-Membros da União Europeia³⁸. A “marca de água” desta forma de reconhecimento está, claramente, na *não exigência* do tradicional requisito, fundamental na extradição clássica, da *dupla incriminação*³⁹ nos casos em que a

pelo *Corpus Juris*, de dois dos peritos europeus que compuseram o grupo de reflexão que elaborou tal documento, MIREILLE DELMAS-MARTY, “A caminho de um modelo europeu...”, *cit.*, pp. 233 a 243, e JOHN SPENCER, “E.U. fair trial rights...”, *cit.*, p. 447.

³⁷ Os antecedentes de tal *turning point* germinaram no Conselho Europeu de 1998, em Cardiff, e sobretudo no do ano seguinte, em Tampere (cfr. respectivas Conclusões 33.^a, 34.^a e 35.^a), com a generalidade dos Estados-Membros a pronunciar-se no sentido de a cooperação judiciária ser conseguida com recurso ao reconhecimento mútuo [a propósito, JOHN SPENCER, “E.U. fair trial rights...”, *cit.*, pp. 447 e 448, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de detenção europeu — na via da construção de um sistema penal europeu: um passo ou um salto?”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 13 (2003), N.º 1, pp. 32 a 36, e PEDRO CAEIRO, “Cooperação Judiciária na União Europeia”, *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais. Visão Luso-Brasileira*, coordenação de José de Faria Costa e Marco António Marques da Silva, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2006, pp. 451 a 453].

³⁸ Cfr., na concretização da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI do Conselho Europeu, de 13 de Junho de 2002, o art. 1.º da nossa Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto. Notando a relativa falta de resistência à implementação e aplicação, pelas autoridades portuguesas, da legislação europeia sobre reconhecimento mútuo, MIGUEL JOÃO COSTA e PEDRO CAEIRO, “Portugal. The implementation of the Directives on Procedural Rights in Law and Practice”, *Effective Protection of the Rights of the Accused in the EU Directives. A Computable Approach to Criminal Procedure Law* (edited by Giuseppe Contissa, Giulia Lasagni, Michele Caianiello and Giovanni Sartor), Brill, Nijhoff, Leiden/Boston, 2022, p. 171.

³⁹ Sobre a dupla incriminação, entendida como a regra segundo a qual o facto por que é solicitada a extradição dever constar — mesmo que sob *nomen juris* distintos — dos elencos de crimes (em vigor no momento da prática do facto e aquando da formulação do pedido) quer no Estado requerente, quer no Estado ao qual é dirigida a solicitação extradicional, M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law*, Volume II, 2.nd edition, Transnational Publishers, New York, 1999, pp. 230 a 232,

infracção penal pela qual é solicitada a cooperação se integra no catálogo dos crimes (e nas condições) previsto(a)s no n.º 2 do art. 2.º da Decisão-Quadro n.º 2002/584/JAI, de 13 de Junho de 2002 ⁴⁰.

A direcção a tomar, entre os dois padrões de actuação abreviadamente expostos, revela-nos, uma vez mais, as encruzilhadas com que a União Europeia se foi confrontando na procura do melhor modo de construção do seu “espaço de liberdade, segurança e justiça”, estando esse desbravar de caminho longe de ser calmo ou consensual, como nos dá conta a criação política ⁴¹, jurisprudencial e doutrinária ⁴² na matéria.

2.3. Não sendo propriamente o nosso *thema*, cremos ser necessário, ainda assim, deixar três breves comentários sobre a aparente antinomia acabada de aludir.

Em primeiro lugar, afigura-se-nos que em área tão sensível quanto a dos princípios estruturantes do processo penal importará porventura menos a via (“vertical” ou “horizontal”) pela qual o “espaço de justiça” vai sendo conseguido, em obediência aos Tratados (*maxime*, ao n.º 2 do art. 82.º da T.F.U.E.), e mais a *democraticidade substancial* emprestada ao concreto processo de construção daquele espaço,

HORACIO DANIEL PIOMBO, *Tratado de la Extradición (Internacional e Interna)*, Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 252 e 275 a 287, e ainda MIGUEL JOÃO COSTA, *Dedere aut Judicare? A Decisão de Extraditar ou Julgar à Luz do Direito Português, Europeu e Internacional*, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2014, pp. 81 a 84. Entre nós, a consagração do princípio da dupla incriminação na extradição passiva (ou seja, aquela que se traduz em pedidos de cooperação dirigidos ao Estado português) ocorre por via da conjugação dos n.ºs 1 e 2 do art. 31.º da Lei n.º 144/99, de 31 de Maio.

⁴⁰ *Vide*, na ordem jurídica portuguesa, o n.º 2 do art. 2.º da Lei n.º 65/2003, de 23 de Agosto.

⁴¹ O conhecido Programa da Haia, de 2005, proclamou a função primacial desempenhada pelo reconhecimento mútuo enquanto elemento chave da cooperação judicial (MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, *cit.*, p. 114; todavia, chama-se a atenção para o que expressámos *supra*, na nota 11).

⁴² Assim, a título de exemplo, refira-se ser JOHN SPENCER particularmente cáustico e contundente a propósito do rumo tomado para a *mutual recognition* (“E.U. fair trial rights...”, *cit.*, p. 448).

mormente no tocante à auscultação da vontade dos Estados-Membros em relação aos instrumentos jurídicos pensados no seio da União. Mecanismos como o “alerta precoce”⁴³ e, sobretudo — aqui, na importantíssima arena político-negocial do Conselho —, o “travão de emergência”⁴⁴, previstos, respectivamente, no n.º 2 do art. 6.º do Protocolo anexo aos Tratados, relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade (Protocolo n.º 2), e no n.º 3 do art. 82.º do T.F.U.E., revelar-se-ão de uma importância óbvia, tendendo a garantir a tal *democraticidade substancial* do processo e (a tentativa de conseguir) o respeito por princípios caros aos Estados nos concretos temas abordados. Mecanismos cuja não abdicação do inerente exercício pelos Parlamentos Nacionais (quanto ao “alerta precoce”) e representantes no Conselho (para o “travão de emergência”) constituirá uma verdadeira obrigação (*patriótica*, diríamos) dos Estados-Membros.

Depois, e de um ponto de vista mais intrinsecamente material, teremos de manifestar a nossa aquiescência de princípio à tese, defendida por alguma doutrina, segundo a qual, no tocante ao alcançar de determinadas garantias processuais, tanto para as vítimas como para os arguidos em processo penal, surgirá a harmonização como algo de importantíssimo tendo em vista a criação de um clima de *confiança*⁴⁵ ou — em uma perspectiva porventura mais realista — de *conhecimento*

⁴³ O mecanismo do “alerta precoce” destina-se à aferição do respeito do corpo normativo emanado pelo legislador europeu quanto aos princípios da necessidade e da subsidiariedade (cfr. também art. 5.º do T.U.E.).

⁴⁴ A propósito da razão de ser, função e modo de actuação do “travão de emergência”, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado* (coordenação de Manuel Lopes Porto e Gonçalo Anastácio), Almedina, Coimbra, 2012, pp. 432 e 433; enfatizando que a possibilidade de actuação do “travão de emergência” depende de estarem em causa “aspectos fundamentais”, não necessariamente de natureza constitucional, atentatórios dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, PEDRO CAEIRO, “A coerência dos sistemas penais nacionais em face do direito europeu”, *O Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça da UE: Desenvolvimentos Recentes* (coordenação de Constança Urbano de Sousa), Departamento de Direito da Universidade Autónoma de Lisboa, 2013, p. 253.

⁴⁵ MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, cit., p. 112.

e *vontade de cooperar* ⁴⁶, no seio da União Europeia, quanto à percepção daquilo que deva ser entendido como um patamar mínimo na construção de um processo equitativo. A necessidade de uma prévia harmonização dos ordenamentos jurídicos em torno do dito patamar mínimo surgirá, pois, como um pressuposto nuclear para se proceder a um eficaz reconhecimento mútuo ⁴⁷. Pelo que, em rigor, os dois princípios não poderão ser vistos como antagónicos, mas sim como complementares entre si, por forma a contribuírem para o incremento da cooperação entre distintas entidades judiciais de também diversas ordens jurídicas da União ⁴⁸.

O que nos conduz à terceira ideia básica: a harmonização tenderá a desempenhar o relevante papel de prevenção e resolução dos problemas que a prática do reconhecimento mútuo for colocando ⁴⁹. Mas, para isso, o esforço harmonizador deverá avançar sobre bases seguras na conformação de um efectivo e real *fair trial* (e entendida que seja esta expressão em termos gerais e não apenas por referência ao acto formal do julgamento). Consequentemente, a harmonização de ordenamentos jurídicos não poderá ser vista como um *fin a attingir em si mesmo*, em obediência a um projecto (porventura tentador)

⁴⁶ É que “(...) o reconhecimento mútuo encontra-se mais dependente do *conhecimento* (do sistema jurídico de um Outro re-cognoscível) e da *vontade* (de tratar a acção do Outro como se Minha fora), do que da *confiança*, que consiste somente na assunção de que a prática do outro Estado respeita a respectiva ordem jurídica, ela sim previamente *reconhecida* como equivalente” (PEDRO CAEIRO, “A jurisdição penal da União Europeia como metajurisdição: em especial, a competência para legislar sobre as bases de jurisdição nacionais”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 22, Volume 107, 2014, p. 218, nota 42, com itálicos do AUTOR).

⁴⁷ Isso mesmo realçam ANABELA MIRANDA RODRIGUES, “O mandado de detenção europeu...”, *cit.*, p. 44, e MÁRIO FERREIRA MONTE e JOANA WHYTE, “Cooperação judiciária e policial...”, *cit.*, pp. 406 a 408.

⁴⁸ Cfr. MARÍA BELÉN SÁNCHEZ DOMINGO, “La armonización legislativa en la orden de detención y procedimiento de entrega”, *Revista Penal*, N.º 24, 2009, pp. 158 a 162, mais centrada nos problemas suscitados pela ausência de harmonização dos diferentes sistemas, a propósito do mandado de detenção europeu, e o *vulnus* daí adveniente para os direitos de defesa dos detidos e, em consequência, para a efectiva construção do espaço de justiça europeu, tal como pensado pelos Tratados.

⁴⁹ MERCEDES LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, *Las Garantías Procesales...*, *cit.*, p. 116.

de tessitura de uma “malha uniforme” de procedimentos na administração da justiça penal no espaço da União. Pois que a propalada necessidade de confiança recíproca entre os Estados-Membros na cooperação judiciária a estabelecer não se circunscreverá, apenas, *àquilo que já existe* nas ordens jurídicas dos diversos Estados, mas estender-se-á às “mexidas” que o legislador europeu for provocando através das suas iniciativas harmonizadoras. Assim, importa que tais “mexidas” sejam orientadas por um fundo ético comum, reconhecível, desde logo, nos princípios garantidos pela C.E.D.H., e se não revelem como vias “minguadoras” destes mesmos princípios, ditadas por estratégias conjunturais e a coberto de um suposto respeito pelas características idiossincráticas deste ou daquele Estado.

3. O princípio da presunção de inocência: razão de ser, sentido essencial e reflexos processuais e substantivos mais evidentes

3.1. Afirmar-se que a presunção de inocência constitui um dos princípios garantísticos maiores do processo penal de um Estado de Direito democrático ⁵⁰ ganhou já foros de verdadeiro axioma, pelo menos no chamado “mundo ocidental” hodierno ^{51 52}.

⁵⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal e Volume I cits.*, p. 214, e GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal Português*, Volume I, 2.^a edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2020, pp. 51 e 52; sobre a ideia de garantismo penal como conjunto de limites e vínculos impostos aos poderes públicos para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos perante intervenções punitivas arbitrárias, LUIGI FERRAJOLI, “Cos’è il garantismo?”, *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2014, pp. 129 a 134.

⁵¹ Independentemente das especificidades próprias dos diversos sistemas penais e processuais penais do tal “mundo ocidental” — e que podem remeter-nos para uma concepção acusatória integrada por um princípio de investigação (como sucede em Portugal: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos processuais no novo Código de Processo Penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 30 a 34) ou para uma feição mais dispositiva do processo (caso da generalidade dos países da *common law*) —, a relevância da presunção da inocência é algo de consensual e de que Estado algum de “bem”, atento à preservação e ao respeito pelos direitos

Consagrado (ainda quem com algumas diferenças de grafia ⁵³) no n.º 2 do art. 6.º da C.E.D.H., nos arts. 11.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (D.U.D.H.) e 14.º do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos (P.I.D.C.P.) ⁵⁴, e no n.º 1 do art. 48.º da C.D.F.U.E., o princípio da presunção de inocência repousa, no nosso ordenamento jurídico, no n.º 2 do art. 32.º da Constituição da República Portuguesa (C.R.P.), norma segundo a qual “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”.

humanos, deve dispor-se a abrir mão (cfr. THOMAS WEIGEND, “Assuming that the defendant is not guilty: the presumption of innocence in the german system of criminal justice”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, 2014, pp. 285 e 286, e, no mundo jurídico anglo-saxónico, ANDREW ASHWORTH, “Four threats to the presumption of innocence”, *The International Journal of Evidence and Proof*, Volume 10, 2006, pp. 243 a 245).

⁵² A este propósito, o contributo do pensamento de CESARE BECCARIA é, parecidos, quase “demiúrgico” (*Dos Delitos e das Penas cit.*, pp. 132 a 135). Para uma análise das origens e posterior evolução do princípio da presunção de inocência, cfr. ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 29 e ss. Centrando-se na doutrina e sistema jurídico franceses, EDITH GUILHERMONT, “Qu’appelle-t-on ‘présomption d’innocence’?”, *Archives de Politique Criminelle*, N.º 29, 2007, pp. 44 a 50. Sobre a presunção de inocência em Itália — aí crismada de *presunzione di non colpevolezza* (art. 27. da respectiva *Costituzione*) —, GIORGIO ILLUMINATI, *La Presunzione di Innocenza dell’Imputato*, Editore Zanichelli, Bologna, 1979, pp. 13 e ss., e, explicando convincentemente a homologia jurídica substancial das expressões *non colpevole* e *innocente*, VINCENZO GAROFOLI, “Presunzione d’innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni”, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Nuova Serie, Anno XLI, Fascicolo 4, 1998, pp. 1193 e ss. Quanto aos países da *common law*, vide o completo estudo de ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence. Evidential and Human Rights Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 1 e ss.

⁵³ Diferenças de grafia que poderão ajudar a explicar as distintas concepções da exacta extensão do princípio, *maxime* quanto ao momento a partir do qual deverá a presunção de inocência cessar os seus efeitos para que se inicie o cumprimento de uma decisão judicial condenatória (cfr., *infra*, 5.4., designadamente nota 198).

⁵⁴ Quanto à génese da integração do princípio da presunção de inocência na D.U.D.H. e no P.I.D.C.P., HERVÉ HENRION, “La présomption d’innocence dans les travaux préparatoires au XX.ème siècle”, *Archives de Politique Criminelle*, N.º 27, 2005, pp. 40 a 44.

Geneticamente marcada por uma forte dimensão *defensiva* ⁵⁵, a presunção de inocência assumiu um importante papel a partir da Revolução Francesa e dos ideais por si proclamados (art. 9.º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão — D.D.H.C.), como forma de protecção do cidadão perante os excessos e abusos estatais perpetrados na administração da justiça por via de um férreo processo inquisitório, amiúde escorado em desmedidas *presunções de culpabilidade* ⁵⁶, “confirmadas” por meio da obtenção de tormentosas confissões ⁵⁷.

Na essência, o princípio parte de uma concepção político-jurídica assente na dignidade da pessoa (cfr. arts. 3.º da C.E.D.H. e 1.º da C.R.P.) e naquilo que esta representa para a plena realização de uma comunidade formada, por convicção ética, por seres livres e como tal considerados, aos quais deverá garantir-se o máximo respeito pelas condições da sua genuína afirmação ontológica ⁵⁸. Sobre os quais, portanto, não estando devidamente demonstrado serem autores de um crime, não pode de antemão recair, sob pena de violação da respectiva integridade moral, um preconceituoso pré-juízo da suposta (mas não provada) culpabilidade ⁵⁹ (por aqui se vendo também a óbvia

⁵⁵ Dimensão *defensiva* que, todavia, só poderá ser bem compreendida pelo complementar — e daqui a pouco por nós melhor focado — cariz *participativo* de que tal princípio se reveste, ou seja, aquele que postula a concessão de diversas prerrogativas processuais ao visado, por forma a permitir-lhe influenciar, de modo efectivo, o curso e o sentido do processo (acentuando esta dupla característica, HERVÉ HENRION, “La présomption...”, *cit.*, p. 39).

⁵⁶ Presunções (de *in dubio contra reo*) cunhadas historicamente por uma ideia (teológica) genérica de “maldade” inata ao homem, que assim o acompanharia praticamente desde o cometimento do pecado original (desenvolvendo esta concepção, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cits.*, p. 52, nota 4).

⁵⁷ Assim, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários de Processo Criminal*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1968, p. 26. A propósito, ver igualmente ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, *cit.*, pp. 29 a 35, e EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito”, *Revista do Ministério Público*, Ano 23.º (2002), N.º 92, pp. 66 e 71.

⁵⁸ JOAQUIM GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República...* e Volume I *cits.*, p. 518.

⁵⁹ Sobre esta índole mais filosófica e ética da razão de ser da presunção de inocência, EDUARDO CORREIA, “Les preuves en droit pénal portugais”, *Revista de Direito*

ligação entre o princípio — jurídico-constitucionalmente implícito ⁶⁰ — da culpa, ou seja, do *nullum poena sine culpa*, e a presunção de inocência enquanto seu correlato adjectivo ⁶¹).

De um modo propositadamente sintético, diremos que, para além de cumprir outros méritos, o princípio da presunção de inocência se assume como via privilegiada de diminuição dos riscos da ocorrência de uma *wrongful conviction*, protegendo os inocentes: quer porque aloca o *onus probandi* à entidade (Estado) dotada de reforçados recursos investigatórios; quer porque, ao assim definir a tarefa probatória, refreia a tendência (radicalmente humana) de *a priori* atribuir a culpa àquele a quem foi assestada uma acusação; quer porque, finalmente, faz com que os riscos da não demonstração (para além de toda a dúvida razoável) da culpa do *defendant* recaiam negativamente sobre a pretensão do acusador ⁶².

Em Portugal, mercê da sua consagração no n.º 2 do art. 32.º da C.R.P., a presunção de inocência beneficia do regime jurídico próprio dos direitos, liberdades e garantias, em especial no que toca a ser directamente aplicável e vincular de igual modo as entidades públicas e privadas ⁶³, apenas devendo ceder se e na medida necessária

e de Estudos Sociais, Ano XIV (1967), n.ºs 1-2, pp. 22 e 23, e MARIA FERNANDA PALMA, “Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva”, *Estudos em Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, Volume II, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 269 a 271.

⁶⁰ Acerca do princípio da culpa como princípio jurídico-constitucional implícito, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal. Parte Geral. As Questões Fundamentais. A Doutrina Geral do Crime* (com a colaboração de Maria João Antunes, Susana Aires de Sousa, Nuno Brandão e Sónia Fidalgo), 3.ª edição, Gestlegal, Coimbra, 2019, p. 602, e JOSÉ DE SOUSA BRITO, “A lei penal na Constituição”, *Estudos Sobre a Constituição*, Volume II (coordenação de Jorge Miranda), Petrony, Lisboa, 1978, pp. 199 e 200.

⁶¹ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis e “In Dubio Pro Reo”*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 60 a 63.

⁶² Desenvolvidamente, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, pp. 33 a 37.

⁶³ Realçando esta importante faceta, MARIA JOÃO ANTUNES e JOANA FERNANDES COSTA, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao reforço de certos aspectos da presunção de inocência e do direito de comparecer em

para a salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (n.ºs 1 e 2 do art. 18.º da C.R.P.).

O estatuto legal do arguido [arts. 57.º e ss. do Código de Processo Penal (C.P.P.)], para além de expressão da qualidade de *sujeito* ⁶⁴ e não apenas de objecto daquele no processo penal, decorre também da imbricação da dita garantia constitucional no direito geral de defesa (n.º 1 do art. 32.º da C.R.P.) ⁶⁵, nomeadamente quanto à capacidade de o arguido intervir no processo e, quando alvo de medidas de coacção, dirigidas ao cerceamento dos respectivos direitos, *maxime* da sua liberdade (pensemos na prisão preventiva, prevista nos arts. 33.º da C.R.P. e 202.º do C.P.P.), garantindo que ocorra a inerente aplicação a título excepcional ⁶⁶, apenas na

tribunal em processo penal (COM (2013) 821 Final)”, *A Agenda da União Europeia Sobre os Direitos e Garantias da Defesa em Processo Penal: a “Segunda Vaga” e o Seu Previsível Impacto Sobre o Direito Português* (organização de Pedro Caetano), Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, p. 29.

⁶⁴ Quanto à caracterização dos traços mais salientes por força dos quais se manifesta a qualidade de *sujeito* do arguido no processo penal português, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre os sujeitos...”, *cit.*, pp. 27 a 30, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, pp. 314 a 324, e MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal*, 5.ª edição, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 47 a 49.

⁶⁵ Sobre a prerrogativa geral de defesa do arguido, *cf.*, por todos, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “La protection des droits de l’homme dans la procédure pénale portugaise”, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 291, 1979, pp. 178 e ss., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos Processuais*, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 238 a 246, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, pp. 314 a 319, e ainda MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 50 a 54.

⁶⁶ Não devendo, pois, a medida coactiva ser decretada nem mantida sempre que possa ocorrer a aplicação de outra mais favorável prevista na lei (n.º 2 do art. 28.º da C.R.P.). Nesta lógica, tem vindo a cimentar-se, entre nós, o entendimento jurisprudencial de que a alteração de circunstâncias invocada para o agravamento de uma medida haverá de ser, de algum modo, imputável ao sujeito processual por ela visado, isto é, reconduzível a facto praticado pelo arguido ou que com ele contenda directa ou indirectamente, não se mostrando aceitável a alteração coactiva motivada, apenas e tão só, por impulso de outro sujeito processual, designadamente por via da dedução da acusação ou mesmo da prolação da pronúncia ou até da sentença (condenatória), uma vez que qualquer uma destas circunstâncias, tomada apenas *per se* e desacompanhada da verificação dos requisitos gerais referidos no art. 204.º do

medida do indispensável, e segundo uma metódica de proporcionalidade, em função das legítimas finalidades (de realização da justiça) do processo penal (embora em alguns casos, haverá que o reconhecer, aparentando uma ligação aos efeitos preventivos das penas — arts. 193.º, 194.º e 204.º do C.P.P.)⁶⁷.

Por outro lado, e como já há pouco ficou sugerido, o princípio da presunção de inocência denota um insubstituível relevo enquanto diretriz a seguir no domínio probatório: seja por intervenção da máxima *in dubio pro reo* [no sentido de que a falta de provas “(...) não possa, de modo algum, *desfavorecer* a posição do arguido: *um non liquet na questão da prova (...) tem de ser sempre valorado a favor do arguido*”⁶⁸], seja pela protecção do arguido enquanto — ele próprio — elemento de prova no processo penal (aspecto precisamente assumido e frutificado pelo seu referido estatuto processual — cfr. art. 61.º do C.P.P. e elenco de direitos adscritos a tal estatuto).

C.P.P., se traduziria em uma compressão desproporcional do princípio da presunção de inocência, que enquanto tal não admite qualquer tipo de graduação consoante a fase em que o processo se encontre (assim, cfr., por exemplo, Acórdão da Relação de Coimbra de 6 de Maio de 2013, em www.dgsi.pt).

⁶⁷ MARIA FERNANDA PALMA, “O problema penal do processo penal”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 47 e 48, e, com uma nota bastante crítica a propósito do que consideram ser a “tentação” prática do decretamento da prisão preventiva *apenas com intuítos preventivos intimidatórios*, em desvirtuamento da aplicação de tal medida coactiva em conformidade com os genuínos ditames da presunção de inocência, EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção...”, *cit.*, pp. 72 a 77, e ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, *cit.*, pp. 113 a 116.

⁶⁸ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 213, com itálicos do AUTOR, que ensina actuar este princípio *sobre factos* (quer os que integram o tipo incriminador, quer os atinentes a causas de exclusão da responsabilidade), *mas não sobre matéria de direito* (p. 215); focando também a temática, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 55 a 59, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 205 e 206, FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade na Teoria do Crime*, Tomo II, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 1245 a 1247, e ainda MIGUEL PEDROSA MACHADO, “O princípio *in dubio pro reo* e o novo Código de Processo Penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 49, Volume II, 1989, pp. 596 a 598.

Dupla directriz a valer, note-se, ao longo de *todo o processo penal* ⁶⁹.

Com efeito, independentemente das discussões que possamos travar quanto à exacta coincidência ou não entre o princípio da presunção de inocência e o princípio *in dubio pro reo* (e já expressaremos, daqui a pouco, a nossa opinião sobre a questão), cremos que grande parte da força e do significado da presunção de inocência se espraia e revela precisamente através da possibilidade (ou, estando reunidos os inerentes requisitos, da *necessidade*) de mobilização do *in dubio pro reo* no momento mais determinante do processo penal, ou seja, naquele em que se exige do ente judiciário responsável — seja o Ministério Público, seja o julgador — a necessária valoração do material probatório e a extracção, adequada à fase processual em causa, da ilação decisória subsequente àquela valoração. O que significa que o princípio da presunção de inocência deve fazer valer os seus efeitos quer em inquérito, com maior acuidade aquando da dedução do despacho final (com vista ao arquivamento ou à acusação), quer na (eventual) fase de instrução, quer (evidentemente) em sede de audiência de julgamento ⁷⁰, e, por fim — caso ocorra —, no momento da apreciação do recurso interposto. Sendo, pois, de repudiar de modo veemente a tendência interpretativa segundo a qual o *in dubio pro reo* se atenua nas fases de inquérito e instrução ⁷¹, “bastando”

⁶⁹ Nestes termos, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, pp. 52 a 54, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 205 e 206, EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção...”, *cit.*, p. 71, ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, *cit.*, p. 79, JORGE NORONHA SILVEIRA, “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 169 a 171, JOAQUIM MALAFAIA, *Os Efeitos das Decisões Judiciais no Processo Penal*, Gestlegal, Coimbra, 2017, p. 81, e ainda CLÁUDIA PINA, “Presunção de inocência e prova indiciária na tramitação processual das fases de inquérito e instrução”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2016 — II, p. 55.

⁷⁰ Sem embargo do agora afirmado no texto, perceber-se-á que a audiência de julgamento e a sua “síntese” substancial, ou seja, a sentença ou acórdão a proferir, constituam o campo processual por excelência de actuação do princípio (MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, pp. 205 e 206 e 229 a 232).

⁷¹ Assim, no entendimento — que não podemos acompanhar — de que, na substância das coisas, as preocupações ínsitas ao princípio *in dubio pro reo* não devem

que os indícios aí ocorram em cada caso para que fiquem, por isso mesmo, subtraídos a um juízo *ex ante*, aferidor da respectiva subsistência para a estruturação de uma condenação em julgamento; sem que, portanto, verdadeiramente se atenda à infirmação ou colocação em causa desses indícios — aquando do aludido juízo *ex ante* —, por via do *in dubio pro reo*. Mostrando-se, ao invés, absolutamente imperioso que, no momento da dedução do despacho final de inquérito ou da decisão instrutória, ao invés de se acusar ou pronunciar “à cautela”⁷², se perceba logo, de um jeito realista, se os indícios recolhidos permitirão ou não supor a culpabilidade do arguido e a consequente condenação para lá de algo semelhante a uma *reasonable doubt* (arts. 283.º, n.ºs 1 e 2 e 308.º, n.ºs 1 e 2 do C.P.P.)⁷³. Não fazer isto, ou fazer menos do que isto, constituirá um erro, e em um duplo sentido: técnico-jurídico, pelas razões acabadas de explicar

condicionar a prolação do despacho de acusação ou de pronúncia, cfr., na doutrina, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, cit., p. 72, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal, à Luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 4.ª edição actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 356, e, em termos jurisprudenciais, o Acórdão da Relação de Évora de 15 de Outubro de 1991 (*Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 410, p. 903). Entendimento, aliás, claramente rejeitado pelos Acórdãos da mesma Relação de Évora de 1 de Março de 2005 e 2 de Junho de 2015, pelo Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009 (todos *in* www.dgsi.pt), e ainda pelo Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 439/2002, de 23 de Outubro de 2002 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

⁷² A sugestiva expressão é de MARIA FERNANDA PALMA (“Acusação e pronúncia...”, cit., p. 273).

⁷³ Falando da necessidade de uma *alta probabilidade* de condenação ou de uma *maior probabilidade* de condenação do que de absolvição, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, pp. 132 e 133; em sentido globalmente coincidente, MARIA FERNANDA PALMA, “Acusação e pronúncia...”, cit., pp. 278 e 279, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 2020, *in* www.dgsi.pt. Já JORGE NORONHA SILVEIRA, criticando — a nosso ver, com razão — a pouco precisa formulação legal da “suficiência de indícios” (ou seja, a “possibilidade razoável” de, por via deles, ocorrer a aplicação ao arguido, em julgamento, de uma pena ou medida de segurança — art. 283.º, n.º 2 do C.P.P.), sustenta a necessidade de existir uma verdadeira convicção de probabilidade de futura condenação, na formação da qual a superação do princípio da presunção de inocência deverá estar indiscutivelmente presente (“O conceito de indícios...”, cit., pp. 171 e 172).

sobre a necessidade de observância do princípio *in dubio pro reo* ao longo de todo o processo; político-criminal, pelo que poderá revelar (e relevar) de uma menor consciencialização (democrática) do peso deletério e do labéu que a prolação de uma acusação ou de uma pronúncia sempre acarretam para o visado ⁷⁴, no seio de uma “máquina de justiça” cujas legitimação e eficiência não se aferem — e não podem ser aferidas — pelo número de acusações ou remessas a julgamento (e, até, de condenações penais) produzidas ⁷⁵.

Outro tanto, *mutatis mutandis*, valerá para compreendermos a conexão entre o princípio da presunção de inocência e a protecção do arguido nas suas vestes de elemento probatório. Aspectos tão nucleares como o *direito ao silêncio* enquanto reverso do direito a ser ouvido no processo [e que se traduz na faculdade de *não prestação de declarações* sobre o objecto processual sem que daí lhe advenham, *na prática*, consequências jurídicas nefastas em termos de apreciação probatória — cfr. arts. 61.º, n.º 1-d), 141.º, n.º 4, 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1, 343.º, n.º 1 e 345.º, n.º 1, todos do C.P.P.] ⁷⁶ e, em geral,

⁷⁴ Acentuando este particular aspecto, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, p. 28; no mesmo sentido, TIBOR KIRÁLY, “Significato e valore della presunzione d’innocenza”, *L’Indice Penale*, Anno XXVI, 1992, p. 12.

⁷⁵ Cremos que a questão, do lado do sujeito investigador, mexe também — e decisivamente — com o próprio estatuto do Ministério Público no processo penal, cuja acção deve subordinar-se a estritos critérios de legalidade e objectividade [cfr. n.º 1 do art. 219.º da C.R.P., n.º 1 do art. 53.º do C.P.P. e n.º 1-a) e d) do art. 4.º da Lei n.º 68/2019, de 27 de Agosto], mas também, e em igual medida, a um inafastável princípio de lealdade processual, enquanto vias de legitimação, em um Estado de Direito, da própria existência e actuação daquele sujeito processual [sobre esta subordinação, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Do princípio da ‘objectividade’ ao princípio da ‘lealdade’ do comportamento do ministério público no processo penal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 128.º (1996), N.º 3860, pp. 345, 346, 349 e 350, e JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 133 e 134]. Quanto ao juiz de instrução, tudo terá que ver, como se percebe, com a essência do seu múnus de administração da justiça penal de acordo com a lei e o direito (n.º 2 do art. 202.º da C.R.P., n.º 1 do art. 9.º do C.P.P. e n.º 1 do art. 3.º da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho) (a propósito de tal múnus, e em tese, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 17 e ss.).

⁷⁶ Sobre o direito de prestação de declarações pelo arguido e, por contraposição, as dimensões do direito ao silêncio e sua caracterização como *nullum* jurídico,

MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, pp. 86 e ss., e 125 e ss., MARIA JOÃO ANTUNES, “Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido”, *Sub Judice. Justiça e Sociedade*, N.º 4, 1992, pp. 25 e 26, MARIA FERNANDA PALMA, “A constitucionalidade do artigo 342.º do Código de Processo Penal (o direito de silêncio do arguido)”, *Revista do Ministério Público*, Ano 15.º (1994), N.º 60, p. 107, ANTÓNIO BRITO NEVES, “A valoração do silêncio do arguido na formação da convicção do juiz”, *Liber Amicorum Manuel Simas Santos* (coordenação de André Paulino Piton e Ana Teresa Carneiro), Rei dos Livros, Lisboa, 2016, pp. 206 e ss., e ainda SOFIA SARAIVA DE MENEZES, “O direito ao silêncio: a verdade por trás do mito”, *Prova Criminal e Direito de Defesa. Estudos Sobre Teoria da Prova e Garantias de Defesa em Processo Penal* (coordenação de Teresa Pizarro Belezza e Frederico da Costa Pinto), Almedina, Coimbra, 2010, pp. 125 e ss. Poderá bem acontecer que as declarações do arguido, que o mesmo sabe desconformes à objectividade do realmente consigo acontecido, tenham o condão de, no contexto do processo — e perante uma conjuntura probatória global débil —, fazer mergulhar o tribunal em dúvidas sérias e inultrapassáveis quanto à boa sustentação da acusação, acabando mesmo por fazer intervir, em um panorama de fortes interrogações (*where the truth lies?*), a solução absolutória decorrente do *in dubio pro reo* (não, pois, porque haja ficado o órgão judicial genuinamente convicto da veracidade das declarações em causa, mas porque, de outra banda, o que surge como incriminatório do lado da acusação se mostra muito fruste ou periclitante e não resiste à mencionada vaga de dúvidas). Para além do aspecto mais complexo da dimensão ôntica da verdade que possa servir de paradigma valorativo para a aferição da mentira (dado não traduzir a verdade processual penal, tal como fixada pelo tribunal, sempre e necessariamente, a história do objectivamente eclodido, mas sim uma verdade subjectiva, prática, de convencimento da entidade julgadora — *vide* nota 100), isto é também algo de intrinsecamente ligado à questão, doutrinariamente não pacífica, de saber se, exceptuado o dever de responder com verdade às perguntas feitas por entidade competente sobre a sua identidade [arts. 61.º, n.º 3-b), 141.º, n.º 3, 143.º, n.º 2, 144.º, n.º 1 e 342.º, n.ºs 1 e 2 do C.P.P.], existirá ou não um direito do arguido a *mentir* nas declarações que presta no processo penal, *maxime* acerca dos factos que lhe são imputados. Tratando-se de algo já um pouco lateral ao nosso tema, não deixaremos, mesmo assim, de chamar a atenção para a circunstância — decerto confirmada por alguns casos da prática forense — de que, independentemente do juízo ético que a propósito possa haver a tentação de tecer, as declarações inverídicas do arguido tendem, em determinadas situações, a revelar-se uma arma da sua estratégia de defesa com vista à obtenção de uma decisão absolutória. Pelo que, diversamente do exercício do silêncio (que, por si só, e como dissemos, não pode dar azo a ilações probatórias *contra reo* — *cfr.*, todavia, nota 91), a prestação de declarações pelo arguido, mesmo que convictamente por ele produzidas em contradição com a verdade objectiva do acontecido, é passível de gerar consequências probatórias importantes, com relevância no desfecho da causa, quer em favor, quer em desfavor do declarante. No entanto,

o direito à não auto-incriminação e não colaboração do arguido para a sua própria condenação ⁷⁷, decorrem também da já referida elevação deste último a verdadeiro sujeito, e não mero objecto, de um mecanismo dialéctico e sequencial de actos (o processo) com significância na sua posição adjectiva e substancial mais funda. Logo, reconhecer-se-lhe uma gama de direitos tendentes à definição do seu próprio posicionamento intra-processual ao longo do mencionado *iter*, no que a ele tange e de que ele depende, acaba por ser outra das *marcas de água* de um sistema no qual os eventuais contributos

entendeu a lei — correctamente, segundo cremos — que uma hipotética ameaça de punição autónoma das declarações inverídicas do arguido para fins, por exemplo, da respectiva integração em um crime de falsidade de declaração, constituiria uma limitação inaceitável do seu direito de defesa efectiva, pelo que excluiu essa mesma punição. De acordo com alguma doutrina, não se tratará de reconhecer legalmente um “direito à mentira”, mas sim de garantir que inexistam corolários práticos para o arguido que minta (assim, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 258 e 259, que colocam ainda a pertinente questão de saber se, não obstante o afirmado, a mentira do arguido não poderá integrar outros tipos incriminadores, como a denúncia caluniosa ou a difamação, ou não constituirá ilícito civil; a propósito, ver também GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, pp. 316 e 317).

⁷⁷ Em geral, quanto ao *nemo tenetur se ipsum accusare* e sua imbricação com a presunção de inocência (objecto, bem mais vasto, sobre o qual não se debruçam estas linhas), MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, p. 125, MANUEL MONTEIRO GUEDES VALENTE, *Processo Penal*, Tomo I, 3.^a edição, revista, actualizada e aumentada, 6.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 2023, pp. 163 e 164, e SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova Contra Si Mesmo. Considerações em Torno do Princípio Nemo Tenetur Se Ipsum Accusare*, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 213 a 223. Especificamente à face da ordem jurídica portuguesa, após as alterações trazidas pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro, a propósito do uso em julgamento de declarações prestadas em fase processual anterior pelo arguido [n.º 4-b) do art. 141.º, em conjugação com o art. 357.º, ambos do C.P.P.], e compatibilização ou não de tal expediente processual com o respeito pelo direito do arguido à sua não auto-incriminação, cfr. FREDERICO DA COSTA PINTO, “Razão e finalidade da revisão de 2013 do Código de Processo Penal”, *Themis*, Ano XIII, N.ºs 24/25 (2013), pp. 194 a 197, e ISABEL ONETO, “As declarações do arguido e a estrutura acusatória do processo penal português”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto*, Volume 2, N.º 2 (2013), pp. 176 a 180.

probatórios do arguido têm na base, e *como princípio* ⁷⁸, o “(...) exercício esclarecido da sua liberdade” ⁷⁹, em homenagem à ideia de que, devendo “(...) ser considerado e tratado como se fosse inocente, não se haverá de ter de contar com ele para esclarecer os factos objecto do processo” ⁸⁰. Tudo confluindo para que não se verifiquem intrincadas (e inexplicáveis) condenações criminais pré-definidas ou *a priori* garantidas a partir dessa (possível) atitude omissiva do arguido ⁸¹.

E importará não esquecer, por último, o reflexo que a pendência de um processo penal comporta, em termos sociocomunitários, para a figura do suspeito ou arguido. Por isso, o princípio da presunção de inocência deve desempenhar um papel fiscalizador junto dos poderes públicos, que têm assim o dever de dispensar àquele — e enquanto não houver decisão final condenatória transitada em julgado ⁸² — um tratamento substancialmente idêntico ao reservado a quem não tem

⁷⁸ Dizemos “como princípio”, pois, nos termos do n.º 3 do art. 126.º do nosso C.P.P., são ressalvados na lei os casos (exemplo do art. 154.º, n.º 3 do mesmo C.P.P.) relativamente aos quais não será legítimo ao arguido recusar, em nome de um suposto direito à não auto-incriminação, sujeitar-se a algumas *démarches* probatórias coercivamente determinadas (exames, revistas, buscas, reconhecimentos ou acareações: com a menção a nódulos problemáticos que a propósito podem surgir, MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, pp. 127 a 132, SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova...*, *cit.*, pp. 717 e ss., e SOFIA SARAIVA DE MENEZES, “O direito ao silêncio...”, *cit.*, pp. 133 a 135).

⁷⁹ MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, p. 202.

⁸⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, p. 252; também assim, MARIA FERNANDA PALMA, “A constitucionalidade do artigo 342.º...”, *cit.*, p. 107.

⁸¹ Condenações criminais que, a acontecerem, nos aproximariam, assim, dos absurdos (e tenebrosos) arquétipos tão bem retratados por FRANZ KAFKA no seu clássico *O Processo* (tradução para língua portuguesa de Álvaro Gonçalves, Livros do Brasil, Porto Editora, Porto, 2015, pp. 121 e ss.) (sobre isto, cfr. ainda MARIA FERNANDA PALMA, “O problema penal...”, *cit.*, pp. 43 e 44).

⁸² Sendo este, aliás, um dos pontos intrigantes da Proposta e da Directiva ora sob estudo, ao focarem apenas a necessidade de a presunção de inocência vigorar a favor do suspeito ou arguido “(...) enquanto a sua culpabilidade não for *legalmente provada*” (art. 3.º da Proposta, com itálicos nossos), ou “(...) a sua culpa não for *provada nos termos da lei*” (art. 3.º da Directiva, novamente com itálicos nossos) — o que nos remete para o quadro jurídico-constitucional e legal a propósito vigente em

a impender sobre si uma investigação, acusação ou decisão de cariz penal⁸³. De algum modo ligado ao acabado de focar (e precisamente devido ao regime previsto no n.º 1 do art. 18.º da C.R.P., directamente aplicável e vinculativo para entidades públicas e privadas), com consequências na imagem que do arguido é transmitida para *fora do processo*, ganha actualmente especial relevo, na sociedade de informação massificada em que vivemos, o papel dos *media*⁸⁴. Bastando que pensemos, a este propósito, na sua importantíssima função informativa (mas, seguramente, também formativa), e no efeito exponenciador que junto da comunidade pode adquirir a mensagem noticiosa veiculada quanto aos contornos do processo e à concreta posição do arguido nesse mesmo contexto⁸⁵.

3.2. Dos tópicos aflorados parece-nos emergir já a resposta à questão — que durante algum tempo agitou a doutrina — de saber se entre presunção de inocência e *in dubio pro reo* existirá ou não uma relação de inteira coincidência, revelando os dois princípios uma única

cada Estado-Membro —, e não, *ipsis verbis*, até ao *trânsito em julgado* dessa condenação (cfr., *infra*, 5.4.).

⁸³ TIBOR KIRÁLY, “Significato e valore...”, *cit.*, p. 8, e JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A questão da presunção de inocência do arguido”, *Revista do Ministério Público*, Ano 11.º (1990), N.º 42, pp. 40 e 41.

⁸⁴ As imagens mediaticamente construídas tendem a ganhar especiais e fortes “tintas” em determinados tipos de crimes, como, por exemplo, os sexuais ou os ligados ao exercício de funções públicas (quanto aos crimes sexuais, no enquadramento de um *direito penal da segurança*, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, *O Registo Português de Condenados Por Crimes Sexuais Contra Menores no Actual Panorama do Expansionismo Jurídico-Penal*, Gestlegal, Coimbra, 2021, p. 32, nota 22).

⁸⁵ Sobre isto, MARIO CHIAVARIO, “O impacto das novas tecnologias: os direitos do indivíduo e o interesse social no processo penal”, tradução do original italiano para língua portuguesa por Cláudia Cruz Santos, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 7 (1997), Fascículo 3.º, pp. 392 e 393. Mais complexa, ainda — e porventura a integrar a prática de ilícitos penais —, se situa a problemática da transmissão, pelos *media*, de uma determinada imagem pública do arguido no seio e a propósito de um processo que se encontre a coberto do segredo de justiça, sobretudo se tal imagem for sendo construída a par (e *pour cause*) da revelação do conteúdo de concretos actos ou diligências processuais em curso.

e mesma realidade ⁸⁶. Tanto quanto nos parece, a presunção de inocência contém em si uma abrangência e um âmbito bem mais largos que “apenas” o de determinarem, em caso de dúvida na apreciação do material probatório, o desenlace ínsito ao *in dubio pro reo*. Direitos como o *ius* ao silêncio ou à não auto-incriminação, apesar de inequivocamente ligados à produção dos meios de prova, e traduzindo sempre lídimas manifestações de uma ideia de *favor rei* ⁸⁷, não conduzem, *ipso facto* (pelo menos de modo necessário), à intervenção do *in dubio pro reo*. Como vem sendo enfatizado pela doutrina e jurisprudência portuguesas, este princípio acaba por constituir um limite normativo do princípio da livre apreciação da prova na medida em que impõe uma orientação vinculativa para os casos de dúvida sobre os factos ⁸⁸; todavia, a sua chamada à colação não deverá ocorrer senão nas situações em que a dúvida sobre a factualidade imputada ao arguido se ergue ao decisor com uma magnitude, extensão e complexidade não removíveis de um modo racional ⁸⁹. Não é, pois, uma qualquer dúvida que permitirá e reclamará o surgimento da solução cognitivo-decisória do *in dubio pro reo*, mas apenas uma dúvida razoável, objectivável, racionalmente estruturada, não arbitrariamente fundada em meras conjecturas, e, sobretudo, que persiste inultrapassável após uma denodada tentativa de cabal esclarecimento dos factos. Deste modo, ocorrerá a violação do princípio se for manifesto que o julgador, perante essa dúvida relevante e insanável,

⁸⁶ Relação de inteira coincidência que parece ter sido defendida em Portugal por MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA (*Curso de Processo Penal*, Volume I, Editora Danúbio, Lisboa, 1986, pp. 214 a 217), e há muito em Itália por GIUSEPPE BETTIOL [“La regola ‘in dubio pro reo’ nel diritto e nel processo penale”, *Rivista Italiana di Diritto Penale*, Annata IX, 1937 (XV), pp. 248 e 249].

⁸⁷ ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, cit., p. 76.

⁸⁸ Assim, JOAQUIM MALAFAIA, *Os Efeitos das Decisões...*, cit., p. 81, e, na jurisprudência, entre muitos outros, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Janeiro de 2023 (www.dgsi.pt), e o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 103/2018, de 21 de Fevereiro de 2018 (www.tribunalconstitucional.pt).

⁸⁹ FREDERICO DA COSTA PINTO menciona, neste domínio, uma dúvida *pertinente, razoável e não resolúvel* (*A Categoria da Punibilidade...* e Tomo II *cits.*, pp. 1245 e 1246, nota 357).

decidiu, ainda assim, contra o arguido, acolhendo a versão que o desfavorece ⁹⁰.

Rigorosamente, e como afirmámos, o legítimo exercício do direito ao silêncio ou à não auto-incriminação, nas suas diversas manifestações, poderá nem sequer conter o condão de gerar dúvidas irremovíveis ou insanáveis no espírito do julgador ⁹¹. Portanto, não terá grande

⁹⁰ Em tais termos, Acórdão da Relação de Lisboa de 29 de Setembro de 2021, *in* www.dgsi.pt. Importará perguntar, porém, se a aferição, em concreto, do (des)respeito pelo princípio *in dubio pro reo* não deverá revestir igualmente uma feição *objectiva*, no sentido de tornar perceptível se, por vezes, apesar de o julgador não experimentar dúvidas insanáveis, *deveria, contudo, tê-las experimentado*, em face dos elementos probatórios de que dispôs para alicerçar a sua decisão. Ora, para se levar a cabo tal aferição, sobretudo em via de recurso, torna-se absolutamente essencial perscrutar o percurso cognitivo-decisório seguido pelo tribunal, explicado na motivação da decisão (*infra*, 3.6), pois só assim se compreenderá se, aos olhos de um observador minimamente sagaz, a convocação ou não do *in dubio pro reo*, à luz da normalidade das coisas, segundo as máximas da experiência ou de critérios lógicos, concretamente se justificaria [cfr. art. 410.º, n.º 2-a) e c) do nosso C.P.P.; a propósito, *vide*, ainda, o Acórdão da Relação do Porto de 14 de Julho de 2020, em www.dgsi.pt].

⁹¹ Com efeito, casos haverá nos quais o silêncio não faz nascer qualquer dúvida quanto à prática dos factos pelo arguido e inerente culpabilidade a extrair dos mesmos, perante o acervo probatório já existente no processo. Podendo até ocorrer, em algumas situações, consequências *fáticas* a partir de tal silêncio, com impacto negativo na posição do arguido, “(...) quando do silêncio derive o definitivo desconhecimento ou desconsideração de circunstâncias que serviriam para justificar ou desculpar, total ou parcialmente, a infracção” (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 449). Tendo em conta esta constatação, SOFIA SARAIVA DE MENEZES advoga que deveria ser o juiz “(...) bastante explícito ao alertar o arguido não só para a existência do seu direito em permanecer calado, mas também para o seu verdadeiro significado e, em especial, para o facto de o seu exercício acarretar, provavelmente, um abdicar das circunstâncias atenuantes” (“O direito ao silêncio...”, *cit.*, p. 130). Apesar de compreendermos o sentido da observação, pensamos que, em certas hipóteses, o alerta ora propugnado poderia tender, *na prática*, a uma eventual constrição do livre exercício do direito ao silêncio do arguido, por a advertência do juiz à questão das circunstâncias atenuantes conter em si a susceptibilidade de ser entendida como um *anúncio antecipado* da convicção (condenatória) em relação ao destino do julgamento. A nosso ver, indispensável será, isso sim, que, com o escrupuloso cumprimento do n.º 1 do art. 343.º do C.P.P. pelo tribunal, fique o arguido consciente que da circunstância de se remeter ao silêncio nenhum facto (a ele prejudicial) constante da acusação pode ter-se como assente,

sentido a indagação sobre uma qualquer putativa relação entre a não prestação de declarações quanto ao conteúdo factual da acusação e um panorama de dúvidas... que não existam, e não sejam geradas pelos aludidos mutismo ⁹² ou não colaboração probatória ⁹³.

Em suma, consubstanciando talvez a mais impressiva das dimensões pelas quais, no capítulo da prova, se espraia o valor da presunção de inocência — até no sentido de constituir a garantia processual por excelência da sua efectividade, bem como do princípio da culpa ⁹⁴ —, o princípio *in dubio pro reo* será apenas uma daquelas mesmas dimensões probatórias ⁹⁵.

sem embargo daquilo que de benéfico ou negativo para a sua defesa o processo já contenha ou venha a conter. A propósito, note-se, aliás, que, no *Caso John Murray versus Reino Unido* (aresto de 8 de Fevereiro de 1996, disponível em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/), pareceu o T.E.D.H. admitir (de uma maneira *prima facie* algo discutível) a extracção de ilações probatórias negativas a partir do silêncio do arguido; todavia, decorre da lógica global do texto da decisão que, na substância das coisas, a Corte de Estrasburgo não considerou o silêncio capaz de, *per se* e desacompanhado de outros meios probatórios, alicerçar a ideia da culpabilidade do arguido. Mais especificamente, a ausência de eventuais explicações do *defendant* quanto a alguns aspectos do caso foi vista como representando apenas a omissão, por parte da defesa, daquilo que poderia combater ou desfazer a imagem de culpa construída a partir de outros elementos de prova (que não, pois, o silêncio) já existentes no processo (assim, cfr. ANTÓNIO BRITO NEVES, “A valoração...”, *cit.*, pp. 216 e 217).

⁹² Em moldes algo simétricos ao que dizemos no texto, também o próprio exercício do direito à prestação de declarações pelo arguido (declarações, note-se, infirmativas do teor da acusação ou pronúncia sobre ele incidente), dotadas que sejam — à luz de uma consideração serena, sensata e inteligente das normais regras da experiência da vida — de um especial grau de inverdade, incoerência, irrealismo ou “fantasia” perante aquilo que o processo oferece já de fundamentamente condenatório, poderá até contribuir, não para a necessidade do recurso ao *in dubio pro reo*, mas sim, pelo contrário, para a remoção de eventuais dúvidas que o julgador pudesse albergar no seu espírito quanto ao bem sustentado teor da imputação penal dirigida ao declarante (quanto a um exemplo figurável a tal propósito, ANA MARIA BARATA DE BRITO, “A valoração da prova e a prova indireta”, *Da Prova Indirecta ou Por Indícios*, E.Book, Centro de Estudos Judiciários, Lisboa, 2020, pp. 126 a 129).

⁹³ Cfr. SANDRA OLIVEIRA E SILVA, *O Arguido Como Meio de Prova...*, *cit.*, p. 700.

⁹⁴ FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade...* e Tomo II *cit.*, p. 1245.

⁹⁵ Também assim, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 55 a 57, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cit.*, p. 97,

3.3. Um outro aspecto, atinente à genuína natureza da presunção de inocência e às influências que desencadeia em termos de “obrigação” ou “ónus” na produção da prova, deve ser enaltecido. É que a presunção de inocência não constitui uma verdadeira presunção, na acepção habitualmente reconhecível a esta categoria do mundo jurídico ⁹⁶, pois não assenta em um qualquer exercício indutivo de inferência a partir de um específico dado factual concreto conhecido do ente judiciário para se atingir uma conclusão de não culpabilidade do suspeito ou arguido ⁹⁷. Diversamente, a presunção (ou “ficção” ⁹⁸) em causa decorre de um princípio imposto pela ideia de Estado de Direito (que, aliás, dota de legitimidade a intervenção penal) ⁹⁹, em homenagem ao basilar valor constitucional do respeito pela dignidade humana.

Pelo que duas reflexões se nos afiguram sumamente importantes.

Por um lado, a que se liga à natureza da verdade processual penal enquanto *verdade intra-processual*, construída no processo pelo juiz a

ALEXANDRA VILELA, *Considerações Acerca da Presunção...*, cit., pp. 76 a 81, EDUARDO MAIA COSTA, “A presunção...”, cit., pp. 70 e 71, e 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)*, 2.^a reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2004, pp. 33 a 37, e, mais recentemente, *A Presunção da Inocência no Julgamento em Processo Penal — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 2019, pp. 44 a 47.

⁹⁶ Normando o art. 349.º do Código Civil (C.C.) português que presunção é a ilação “(...) que a lei ou o julgador tira de um facto conhecido para firmar um facto desconhecido”.

⁹⁷ Concordantemente, GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal...* e Volume I *cits.*, p. 52, RUI PATRÍCIO, *O Princípio da Presunção...*, cit., p. 37, e JOSÉ SOUTO DE MOURA, “A questão da presunção...”, cit., pp. 37 e 38; colocando a inter-rogação de, em ordenamentos como o espanhol, a presunção de inocência (*de todo o cidadão*, que não, apenas, de todo o arguido) poder ser perspectivada como uma verdadeira presunção em termos jurídicos, HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art. 32.º, n.º 2, da C.R.P.)”, *Boletim da Faculdade de Direito*, Volume LXX, 1994, pp. 455 e 456.

⁹⁸ Expressão utilizada por JOSÉ SOUTO DE MOURA (“A questão da presunção...”, cit., pp. 39 e 40).

⁹⁹ CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, cit., pp. 63 a 65.

partir do *facto processual*, ou seja, do episódio ou “pedaço de vida” referido na acusação ou pronúncia e que o julgador deve comprovar e apreciar tal como ele se apresenta na audiência (sem com isso ultrapassar os limites que conformam o respectivo objecto), a fim de posteriormente o sindicado jurídico-penalmente. Assim, e por definição, a verdade processual penal constitui uma verdade *judicial e prática*, porquanto decorrente de uma certeza subjectiva, na consciência ética do julgador, da culpabilidade do arguido pela perpetração de determinado facto (activo ou omissivo) e da sanção que lhe deve caber ¹⁰⁰. Mas, como se compreende, a obtenção de tal verdade tem de ser explicável e, sobretudo, superar o crivo próprio da presunção de inocência, *maxime* na feição probatória corporizada pela força do princípio *in dubio pro reo*. Como já sugerimos, o tribunal tem de ultrapassar, na sua certeza subjectiva, qualquer eventual dúvida séria e razoável que possa sentir quanto à prática do facto pelo arguido e-ou à inerente culpabilidade, sob pena de, não conseguindo superar essa dúvida,

¹⁰⁰ Sobre a detida caracterização da verdade processual penal, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’ em processo penal”, *Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca Por Ocasião dos Seus 70 Anos. Liberdade, Sempre!* (organização de Lígia Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca), Livraria Pedro Cardoso, Praia, e Almedina, Coimbra, 2020, pp. 585 a 591, TOMÁS VIVES ANTÓN, “El proceso penal de la presunción de inocencia”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 28 a 30, e ainda ANTÓNIO CORTÊS, “A fundamentação das decisões no processo penal”, *Direito e Justiça. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Volume XI, 1997, Tomo I, p. 320. Verdade intra-processual que já de si é sempre algo “formal” (pois que “elaborada” a partir de um determinado percurso metódico delineado pelas próprias regras processuais) e “contextual” (porque dependente da prova adquirida e da quantidade e qualidade de informação e conhecimento que tal prova inclui) [ROSSANO ADORNO, “La fisionomia del *thema probandum* nel processo penale”, *Il Foro Italiano*, Anno CXXXVIII, N.º 4, 2013, pp. 134 e 135; no mesmo sentido, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento Probatório do Co-Arguido*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 193 e 194, e ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza dos depoimentos (ou declarações) para memória futura de menores vítimas de crimes sexuais (ou da razão de ser de uma aparente ‘insensibilidade judicial’ em sede de audiência de julgamento)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 19 (2009), N.º 1, pp. 123 e 124].

formular o juízo fáctico que se mostre mais favorável ao visado. E isto, note-se, não necessariamente porque esteja o decisor convicto da inocência do arguido, mas *porque não está convencido da respectiva culpa*. O que nos mostra bem como a verdade processual penal construída a partir do *in dubio pro reo* constitui, digamo-lo assim, uma *verdade ainda mais prática*, no essencial sentido de que tem como primacial fito o de obviar à (pessoal e comunitariamente insuportável) condenação penal de um possível (*rectius*, presumível) inocente. Tal verdade não é, pois, divisável segundo uma (sempre perigosa) concepção de verdade absoluta enquanto dado apriorístico a aceder a todo custo pelo processo ¹⁰¹, mas sim como o resultado *possível* de um conhecimento também *possível* da fisionomia factual do caso trazido a juízo. Com efeito, “(...) es cierto que la tarea del juez en la indagación de los hechos está dirigida a la búsqueda de la verdad, pero lo que no parece es que la presunción de inocencia cumpla aquí un papel epistemológico. Su función no es la de servir para mejor conocer unos hechos (...), sino la de evitar que pueda tener lugar un resultado indeseable (la condena de inocentes), para lo qual se está dispuesto a asumir el riesgo de un resultado que tampoco se desea (la absolución de culpables), pero que se considera menos malo que el otro. En definitiva, la institución no responde a un interés de tipo cognoscitivo o teórico, sino de carácter práctico, y esto es precisamente lo que hace que la presunción de inocencia no sea un caso de la falacia del *argumentum ad ignorantiam*: al utilizar ese principio, el juez no argumenta en el sentido de pasar de “no está suficientemente probado que Fulano haya cometido el delito X” a “*es verdade* que Fulano no ha cometido el delito”, sino que de la primera proposición (conjuntamente con el principio en cuestión) se pasa a “Fulano *debe ser* absuelto del delito X”, es decir, la conclusión es un enunciado práctico, no teórico” ¹⁰².

¹⁰¹ Focando as bases filosóficas de que parte, neste domínio, o processo penal democrático de cariz acusatório, por contraposição à “máquina inquisitória” (supostamente) apta à captação, *no matter how*, da verdade imposta pelo Estado de forma heterónoma, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’...”, *cit.*, pp. 583 a 585, e TOMÁS VIVES ANTÓN, “El proceso penal...”, *cit.*, pp. 27 a 30.

¹⁰² As lapidares palavras transcritas são de MANUEL ATIENZA (“Sobre la argumentación en materia de hechos. Comentario crítico a las tesis de Perfecto Andrés

Percebendo-se, conseqüentemente, que, em um regime como o português, no qual vigora o axial princípio da livre apreciação da prova, segundo as regras da experiência e a convicção de quem julga (art. 127.º do C.P.P.), não se ache taxado por lei, e salvas raras exceções ¹⁰³, o valor a atribuir a cada meio probatório no processo de

Ibáñez”, *Jueces Para la Democracia*, N.º 22, 1994, p. 84, com itálicos do AUTOR; concordantemente, THOMAS WEIGEND, “Assuming that the defendant...”, *cit.*, pp. 287 a 290). A propósito, é impossível não recordar, como exemplificação prática do conceito, o magnífico *Doze Homens em Fúria* (*Twelve Angry Men*), filme realizado em 1956 pelo cineasta norte-americano Sidney Lumet, no qual a personagem interpretada pelo actor Henry Fonda luta para explicar, contra todos os preconceitos ontológicos e sociais dos restantes membros do tribunal de júri de que faz parte em um julgamento por crime de parricídio, a sua dúvida insanável acerca da culpabilidade do acusado, por forma a que tal dúvida, mesmo sem o convencer em absoluto da não prática do crime pelo arguido, se afigura como bastante para conduzir à respectiva absolvição. Em tal contexto, é ainda de referir que a situação representada na obra nos desvela importantes aspectos ligados ao funcionamento psicológico e sociológico do júri, em determinados momentos especialmente marcado por vícios “seguidistas” da posição da maioria e “sentimentalistas” no modo de ver as coisas. “Seguidismo” e “sentimentalismo” susceptíveis, pois, de se revelarem contagiantes para os diversos membros do júri e neles gerando como que uma sensação desresponsabilizadora da necessidade de uma autêntica assunção ético-individual e racional na análise do material probatório existente em audiência, e do insubstituível papel que o *in dubio pro reo* terá sempre de desempenhar nessa sede. Com isto não querendo nós significar, no entanto, que, na sua essência, a apreciação judicativo-decisória deva ser uma operação totalmente racional e despojada de qualquer toque humano de “sentimento” (sobre a questão, TODD PETTYS, “The emotional juror”, *Fordham Law Review*, Volume 76, 2007, pp. 1612 a 1614; quanto à dinâmica deliberativa própria do júri, no processo penal norte-americano, *vide* NEWTON MINOW e FRED CATE, “Who is an impartial juror in an age of mass media?”, *Articles by Maurer Faculty*, Volume 40, 1991, p. 649, e, quanto ao importante papel do princípio *in dubio pro reo* e necessidade da sua percepção pelos jurados como uma lúdima dimensão do poder e da responsabilidade que a decisão penal acarreta, SHERMAN CLARK, “The juror, the citizen, and the human being: the presumption of innocence and the burden of judgment”, *Criminal Law and Philosophy*, Volume 8, 2014, pp. 426 e 427). Todavia, e como bem se alcançará, estamos perante algo que extravasa os desígnios do presente trabalho.

¹⁰³ Como relevante ressalva à directriz geral contida no art. 127.º do C.P.P. (isto é, cabendo na formulação “salvo quando a lei dispuser diferentemente”), deparamos com o valor *ex ante* atribuído legalmente à confissão — livre, integral e sem reservas — do arguido em audiência de julgamento, nos casos (e só nestes) previstos no

formação daquela convicção ¹⁰⁴. Se, como veremos mais pormenorizadamente daqui a pouco, é exigível do judicante uma racional motivação fundamentadora da decisão tomada a partir da percepção e valoração do material de prova produzido (pois livre apreciação da prova não pode, a luz alguma, ser entendida como sinónimo de arbitrariedade e insindicabilidade do processo judicativo-decisório ¹⁰⁵),

n.º 2 do art. 344.º do mesmo diploma legal, e também aos documentos autênticos e autenticados cujas autenticidade ou veracidade de conteúdo não forem fundamentadamente postas em causa (art. 169.º do C.P.P.) [sobre tais desvios à regra geral da livre apreciação da prova, ROSA VIEIRA NEVES, *A Livre Apreciação da Prova e a Obrigação de Fundamentação da Convicção (na Decisão Final Penal)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, pp. 92 a 104], importando considerar, ainda, as virtualidades próprias do caso julgado no que toca à utilização, em um processo, de determinados factos tidos como assentes em uma decisão, já transitada, proferida em um outro processo (JOAQUIM MALAFAIA, *Os Efeitos das Decisões...*, *cit.*, pp. 61 e ss.). Quanto à prova pericial, parece-nos não decorrer do n.º 1 do art. 163.º do C.P.P. uma fixação apriorística do respectivo valor enquanto realidade *a se*. De facto, se o nosso legislador *presume* subtraído à livre apreciação do julgador o juízo (técnico, científico ou artístico) ínsito à perícia (como que postergando a velha ideia de o juiz ser o perito dos peritos — assim, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, p. 204), não deixa também de admitir a discordância do tribunal em relação a esse mesmo juízo, desde que sustentada por uma especial tarefa de fundamentação quanto às razões da não atribuição de crédito probatório ao elemento em causa (n.º 2 do mesmo art. 163.º). O que, convenhamos, não constituirá propriamente uma ressalva, pura e simples, ao princípio geral da livre apreciação da prova [neste correcto sentido de análise, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre a prova pericial no Código de Processo Penal de 1987”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 11 (2001), Fascículo 3.º, p. 408].

¹⁰⁴ Com enfoque histórico no sistema da livre apreciação da prova, em oposição à (e como superação da) prova legal, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 46 a 55, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento...*, *cit.*, pp. 163 a 187, e PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais* (coordenação de Maria Fernanda Palma), Almedina, Coimbra, 2004, pp. 234 a 238.

¹⁰⁵ EDUARDO CORREIA, “Les preuves...”, *cit.*, p. 29, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, p. 50, MARIA JOÃO ANTUNES, *Direito Processual Penal cit.*, p. 205, e ainda HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser...”, *cit.*, pp. 449 e 450; jurisprudencialmente, cfr. Acórdão da Relação de Évora de 21 de Janeiro de 2020, disponível em www.dgsi.pt.

já não lhe é assacável, todavia — e, repete-se, salvas as excepções legalmente previstas —, que a sua convicção assente de modo pré-definido neste ou naquele elemento, desligado de uma sujeição do mesmo ao *fórum* de discussão constituído pela audiência de julgamento ¹⁰⁶.

A segunda reflexão tem que ver com o postulado de, em um processo penal de cunho democrático, a decisão dever perseguir, dentro do possível, a verdade “(...) *processualmente válida*” ¹⁰⁷. O que não se confunde — nem pode confundir-se, a não ser por uma desvirtuada análise da matéria — com uma postura de desinteresse ou desinvestimento perante o supremo escopo de obtenção de uma decisão adequada e justa, entendendo-se o julgador como um ente que, em anomia e astenia completas, não possa (e deva) diligenciar, ele também, para a descoberta da verdade ¹⁰⁸. Significa, tão-somente — e sob pena de defraudamento do princípio do acusatório —, não ser o referido poder jurisdicional arbitrário, consoante a maior ou menor “inclinação” investigatória do juiz, mas constituir algo de legalmente enformado e que apenas deverá intervir quando a tentativa — processualmente admissível, repete-se — de obtenção da verdade material assim o justificar ¹⁰⁹.

Tudo nos conduzindo ao seguinte corolário, mais especificamente ligado ao chamado “*ónus probatório*” em processo penal. Em um

¹⁰⁶ *Fórum* no qual verdadeiramente *tudo se joga e decide*, perante a força que advém a tal acto das marcas, sobretudo, da oralidade e da imediação da audiência (a propósito, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Notas sobre o âmbito e a natureza...”, *cit.*, pp. 123 e 124).

¹⁰⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 194, com itálicos do AUTOR.

¹⁰⁸ Por isso mesmo existindo, entre nós, uma norma legal com a latitude e os contornos do art. 340.º do C.P.P.

¹⁰⁹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, p. 193. A questão tende a assumir traços bem mais delicados em sistemas processuais penais como o italiano, nos quais o papel investigatório do julgador parece condicionado por regras dotadas de uma menor flexibilidade (assim, quanto ao art. 507.º do *Codice di Procedura Penale* transalpino, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Manuale di Procedura Penale*, 22.ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2021, pp. 724 a 726, e CRISTIANA VALENTINI, “La presunzione d’innocenza nella Direttiva n. 216/343/EU: *per aspera ad astra*”, *Processo Penale e Giustizia*, 6-2016, pp. 200 a 203).

Estado de Direito, o processo penal visa comprovar a eventual culpabilidade e não a inocência do denunciado ou arguido ¹¹⁰, pois esta aparece imposta constitucionalmente. Pelo que, se não impende sobre o arguido um ónus de demonstração da sua inocência para ser absolvido, caberá, isso sim, à entidade acusadora ¹¹¹ e (em um processo como o português, por força do princípio de investigação já antes mencionado) ao tribunal ¹¹², a prova da factualidade da qual possa extrair-se o juízo de culpa a assestar ao arguido.

3.4. Aspecto fulcral, conexionado com o anterior, é ainda o da inadmissibilidade constitucional de eventuais presunções incriminatórias, a exigirem do acusado uma *diabolica probatio* de feição negativa, pois que destinada a demonstrar a não-prática ou a prática justificada de um facto *ex ante* classificado como ilícito ou culposo pela lei penal ¹¹³.

¹¹⁰ PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, “Principio de presunción de inocencia y principio de victimización: una convivencia imposible”, *Revista do Ministério Público*, Ano 40.º (2019), N.º 160, p. 65.

¹¹¹ GIORGIO ILLUMINATI, *La Presunzione...*, *cit.*, pp. 96 e ss. Deve notar-se, quanto a este último aspecto, que, não se tratando o processo penal português de um *processo de partes* no sentido técnico-processual do termo, e devendo guiar-se o Ministério Público, como já enfatizámos (nota 75), por critérios de objectividade na tentativa da descoberta da verdade material e consequente obtenção de uma solução justa (n.º 1 do art. 53.º do C.P.P.), não será verdadeiramente correcto falar de um ónus da prova em processo penal a cargo do acusador, como se pudesse ver este decidido “contra si” o pleito no caso de um insucesso no resultado do exercício de tal ónus (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal* e Volume I *cits.*, pp. 211 a 213 e 242 e ss., CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, *cit.*, p. 46, e RUI PATRÍCIO, *A Presunção da Inocência...*, *cit.*, pp. 39 e 40). Não obstante, percebemos o entendimento comumente expandido da atribuição ao acusador público de um *onus probandi*, dada a função legal do Ministério Público de, além do mais, “deduzir acusação e sustentá-la efectivamente na instrução e no julgamento” — art. 53.º, n.º 2-c) do C.P.P. (a propósito, mencionando um ónus material objectivo, PAULO DE SOUSA MENDES, *Lições de Direito Processual Penal*, 10.ª reimpressão da edição de 2013, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 217 e 218, e JOSÉ PENIM PINHEIRO, “Princípio *in dubio pro reo* — considerações gerais”, *Julgar Online*, 2021, pp. 17 e 18).

¹¹² RUI PATRÍCIO, *A Presunção da Inocência...*, *cit.*, p. 39.

¹¹³ No sentido da inexistência de um ónus de alegar causas que excluam a ilicitude ou a culpa, ou causas de extinção do procedimento criminal, no processo penal português, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar e de provar em processo

Conquanto com repercussões na concreta *praxis* processual penal (*maxime*, do julgador), o ora aflorado começa por revelar particular incidência e acuidade no modo como as preocupações ínsitas à presunção de inocência deverão erigir-se em referente da própria actividade criadora do legislador penal (e, neste sentido, atinando, antes do mais, à forma como tal legislador deverá encarar o princípio da culpa no direito penal substantivo) ¹¹⁴. Desde logo, no que se prende com o desenho dos tipos legais incriminadores: em rigor, afirmar-se que a presunção de inocência não é compatível com a existência de presunções incriminatórias não pode ter senão como consequência a ilegitimidade de uma qualquer *fattispecie* legal de que seja elemento constitutivo a descrição típica da qual decorra uma presunção de culpabilidade do arguido, com a inversão do ónus da prova em seu desfavor ¹¹⁵. Assim, não poderá a lei penal assentar a sua “técnica” em tipos de crime que, como agora dissemos, exijam do arguido a demonstração de que o facto descrito na norma não aconteceu ou que, a ter acontecido, não permite a *ilação* ¹¹⁶, em termos de ilicitude ou culpabilidade, *presumida* pelo tipo ¹¹⁷.

penal?”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 105.º (1972-1973), N.º 3474, p. 142, e PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, p. 55.

¹¹⁴ HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser...”, *cit.*, p. 453.

¹¹⁵ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* e Volume I *cits.*, p. 213, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “La protection des droits...”, *cit.*, p. 174, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Crítica à tipificação do crime de enriquecimento ilícito: *plaidoyer* por um direito penal não iliberal e ético-socialmente fundado”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 141.º (2012), N.º 3973, p. 255, MARIA JOÃO ANTUNES e JOANA FERNANDES COSTA, “Proposta de Directiva...”, *cit.*, pp. 33 e 34, RUI PATRÍCIO, *O Princípio da Presunção...*, *cit.*, pp. 37 e 38, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial em processo penal e as suas garantias constitucionais”, *Julgar*, N.º 6, 2008, p. 90, e ainda LENIO LUIZ STRECK, “A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ónus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF”, *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*, Ano 2, N.º 3, 2015, p. 215; com interesse, cfr. igualmente o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2022, de 15 de Março de 2022 (disponível em www.tribunalconstitucional.pt).

¹¹⁶ Porque verdadeiramente de uma *ilação* se trataria, ou seja, de uma inferência ou de uma conclusão *automáticas*, a partir do facto conhecido — *in casu*, do facto descrito no tipo —, inerente ao agente, para a ideia de culpa deste mesmo agente na prática de tal facto ilícito (art. 349.º do C.C.). E, verificado então este

patamar probatório, competiria ao agente o encargo de demonstrar que a consequência presumida não correspondia à realidade das coisas (a propósito, cfr. o Acórdão da Comissão Constitucional n.º 168, de 24 de Julho de 1979, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 291, 1979, p. 348).

¹¹⁷ Poderemos perguntar se o problema a que vimos aludindo quanto à estruturação dos tipos de crime nos transportará verdadeiramente para o domínio da *responsabilidade subjectiva*, embora assente — quase à maneira do direito civil — em definições ou pressuposições legais de culpa, ou para algo aparentado com uma *responsabilidade objectiva* no campo penal. Segundo o primeiro prisma de análise, a responsabilidade baseia-se em uma ideia de *culpa própria*, ainda que se tratando de uma culpa “fabricada” ou pressuposta pela lei a partir de específicas hipóteses tipificadas; para a tese da responsabilidade objectiva, o tipo legal encerra em si como que um “risco” ou “compensação negativa”, em termos penais, pelos efeitos dos eventos danosos decorrentes do exercício de uma certa actividade que a ordem jurídica entende deverem ser imputados ao agente. Sendo a primeira visão das coisas a que nos parece mais correcta, percebe-se, no entanto, e para o que ao nosso tema mais importa, que qualquer das perspectivas (responsabilidade subjectiva escorada em presunções de culpa, ou responsabilidade objectiva) conduza ao mesmo efeito prático, qual seja, o da postergação de um direito penal da culpa (*efectiva*), tal como deve ser respeitado em um Estado de Direito material. Por isso mesmo (e ainda que, neste momento, a questão revista apenas *valor histórico*), temos dificuldade em acompanhar o sentido da decisão do Tribunal Constitucional n.º 447/1987, de 18 de Novembro de 1987, que julgou não inconstitucional a norma do art. 26.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro (ou seja, da então Lei de Imprensa portuguesa), a qual determinava que, no caso de escritos ou imagens não assinados, publicados na imprensa periódica, e consubstanciando um crime de abuso de liberdade de imprensa, fosse havido como autor do escrito ou imagem o director do periódico, com a sua responsabilização como autor do crime, se o mesmo não provasse que não conhecia o dito escrito ou imagem ou que lhe não fora possível impedir a publicação. Considerou o Tribunal que não se mostrava violado o princípio da presunção de inocência, porquanto o que no aludido preceito estaria em questão seria a presunção de um puro facto e não propriamente uma presunção de culpabilidade (não sendo, pois, a culpa do agente que aí se presumia), tocando o normativo “apenas” a matéria da prova em processo penal e, mais especificamente, a “(...) regra segundo a qual uma situação de *non liquet* na questão de facto deverá ser valorada e resolvida em favor do réu” (texto disponível em www.tribunalconstitucional.pt). Legitimando tal visão das coisas a ideia de ser compatível com a presunção de inocência o ponto de partida (legalmente estabelecido) de que o director do periódico era tido como autor do crime, a não ser que satisfizesse o *onus probandi* previsto pelo tipo e lograsse demonstrar que não conhecia o escrito ou imagem ou que lhe não fora possível impedir a publicação (apesar de o aresto sustentar — a nosso ver *contra legem*, dada a letra da norma — bastar a criação de um estado de dúvida, no julgador, quanto a tal desconhecimento ou impossibilidade). Logo, se

não ocorresse a demonstração legalmente exigida ao visado, *não teria o acusador de provar*, por seu turno, que aquele conhecia o escrito ou imagem não assinados ou que lhe fora possível impedir a respectiva publicação, pois essa factualidade — que remetia essencialmente para uma determinada atitude cognitivo-volitiva do agente — estava já *a priori* pressuposta pela lei. E assentando nessa mesma pressuposição (*ex vi legis*) dos elementos fáctico-psicológicos típicos o consequente juízo de culpa assestado ao director (a propósito, embora reportado ao direito de imprensa francês, MARIO CATERINI, “Presunzione di elementi della fattispecie *versus* presunzione di non colpevolezza”, *L’Indice Penale*, Novissima Serie, Anno II, N.º 2, 2016, p. 481). Ora, não percebemos como a solução acabada de expor se mostraria compatível com um direito penal da culpa (repita-se, com um direito penal que partisse da demonstração da *culpa efectiva* do agente), quando o substracto fáctico do qual decorria o juízo de culpa estava já presumido legalmente e derogava a regra geral de valoração da ausência de prova a favor do arguido. Tudo isto, todavia, não equivale a dizer que não reconhecamos as razões político-criminais que terão estado na origem da responsabilização penal do director do periódico, atenta a relevância social do seu múnus editorial e da exigência que comunitariamente lhe deve ser adscrita, mesmo em termos penais, quanto a um exercício adequado de tal múnus. A dúvida é apenas a de saber se, ao invés de seguir os cânones técnico-normativos próprios de um Estado de Direito na construção dos tipos legais, essa intervenção penal poderia ser levada a cabo através de uma figura não respeitadora dos referidos ditames básicos da presunção de inocência (não consagração de presunções de culpa, não imposição ao arguido de um ónus probatório e garantia de que a ausência de demonstração factual não seria valorada e resolvida em seu desfavor)... Resumindo e concluindo, pensamos que a violação, pelo art. 26.º, n.º 3 do Decreto-Lei n.º 85-C/75, de 26 de Fevereiro, dos princípios da culpa e da presunção de inocência era ostensiva e, por isso mesmo (diferentemente do então decidido pelo Tribunal Constitucional), deveria ter sido crismada de inconstitucional [notando a “difícil” compatibilidade da figura com o princípio da culpa, e entendendo-a um caso de responsabilidade penal objectiva, JOSÉ DE FARIA COSTA, “Aspectos fundamentais da problemática da responsabilidade objectiva no direito penal português”, Separata do Número Especial do *Boletim da Faculdade de Direito — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Teixeira Ribeiro*, 1981, pp. 34 a 40; sustentando — cremos que certamente — conter o aludido tipo uma especial forma de presunção de culpabilidade, MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, “Sobre o modelo da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa (alguns problemas)”, Número Especial do *Boletim da Faculdade de Direito — Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Volume III, 1984, especialmente pp. 74 e ss.]. De modo avisado, não repetiu posteriormente a Lei n.º 2/99, de 13 de Janeiro (que revogou o Decreto-Lei n.º 85-C/75), semelhante via de responsabilização penal, no que ao director (ou qualquer outra pessoa) toca, não dotando os seus arts. 30.º e 31.º de presunções legais de factos (culposos...) ou elementos inculcadores de uma inversão do *onus probandi* com repercussões negativas, em caso de *non liquet*, sobre o arguido.

Perspective-se o seguinte exemplo (por nós propositadamente exacerbado nas respectivas feições): imaginemos que, na ordem jurídico-penal portuguesa, fazia parte da norma que previa o crime de incêndio florestal, para além do conjunto de “clássicos” elementos de cariz objectivo e subjectivo ¹¹⁸, a expressa menção de que competia à pessoa eventualmente avistada nas proximidades do local em uma determinada latitude temporal anterior à eclosão do incêndio o ónus de demonstração de *não haver sido ela* a autora desse mesmo incêndio ¹¹⁹.

Que espaço sobriaria, no contexto acabado de traçar, para a presunção da sua inocência, relativamente a alguém que incorresse no “azar” de ser avistado (e bastaria isso: ser avistado) nas imediações do local incendiado, momentos antes do início da deflagração? Como se compatibilizaria a presunção de inocência com a imposição que passaria a onerar o acusado de demonstração do *facto contrário* ao presumido pela lei penal (ou seja, de que, *apesar* do seu avistamento, *não fora* ele o autor do facto incendiário)?

Segundo cremos, o (intencional, repete-se) exacerbamento do exemplo trará ínsitas as respostas às duas questões formuladas...

Simplemente, as presunções de culpa contidas nos tipos de crime podem revelar-se bem mais subtis e gerar, segundo algumas visões político-criminais, uma ampla (e, por vezes, estrepitosa) adesão por

¹¹⁸ Para uma configuração objectiva e subjectiva do crime de incêndio florestal, a propósito do art. 274.º do nosso C.P., cfr. JOSÉ DE FARIA COSTA, *Comentário Conimbricense do Código Penal* (com a direcção de Manuel da Costa Andrade), Tomo II, Volume II, 2.ª edição, Gestlegal, Coimbra, 2022, pp. 297 a 304.

¹¹⁹ Percebendo-se bem, no extremado exemplo ora exposto, que, para além de tudo o mais, um preceito legal com a arquitectura imaginada suscitaria, logo *ab initio*, um evidente problema de *desigualdade e desproporcionalidade* quanto à posição probatória dos possíveis destinatários da norma, ou seja, entre aqueles que (embora objecto de uma acusação) não tivessem sido avistados e os que fossem detectados nas proximidades do local onde houvesse deflagrado o incêndio, pois que só estes últimos se veriam a braços com a presunção legal apontada no texto. Situação que, se outros fundamentos não houvesse — e havê-los-ia, manifestamente, como tentamos explicar —, levaria, logo por essa via, a uma fulminante inconstitucionalidade de tal produto normativo. Não é este, porém, o *punctum crucis* que tentamos dissecar no presente momento.

parte dos intervenientes na barganha política antecedente à concretização legislativa ¹²⁰.

Suponhamos, pois — e voltemos à pura cogitação teórica do nosso exemplo —, que não se exigia a demonstração, pelo acusado, do facto contrário ao presumido, mas apenas o suscitar de dúvidas quanto à verificação da matéria factual presumida. Imaginemos, portanto, que, para afastar a presunção de culpabilidade por si definida, se bastava a lei com a criação de dúvidas “sérias” ou “razoáveis” de haver sido o acusado (enquanto pessoa avistada nas imediações do local consumido pelas chamas) o autor do incêndio, e não a demonstração de *não ter sido* o mesmo acusado o autor da deflagração ¹²¹.

Depararíamos, nesta última hipótese, com o respeito pela presunção de inocência?

¹²⁰ Pensemos, em Portugal, nas presunções subjacentes aos crimes de “enriquecimento ilícito” e de “enriquecimento injustificado”, constantes, respectivamente, dos Decretos da Assembleia da República n.ºs 37/XII, de 10 de Fevereiro de 2012, e 369/XII, de 29 de Maio de 2015, figuras delitivas que foram (compreensivelmente) declaradas inconstitucionais. A acrescentar aos argumentos expressos nos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 179/2012, de 4 de Abril de 2012, e 377/2015, de 27 de Julho de 2015 (ambos disponíveis em www.tribunalconstitucional.pt), e para os quais remetemos, vejam-se, no que ao tipo do “enriquecimento ilícito” tange, as análises de JOSÉ DE FARIA COSTA (“Crítica à tipificação...”, *cit.*, pp. 254 e 255) e de RUI PATRÍCIO [“Sete pecados capitais (sobre a criminalização do ‘enriquecimento ilícito’)”, *Revista do Ministério Público*, Ano 34.º (2013), N.º 136, pp. 141 e 142], e, quanto ao crime de “enriquecimento injustificado”, as críticas de PEDRO CAEIRO (“Quem cabritos vende e cabras não tem...”, *Escritos Breves*, N.º 1, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015, pp. 8 a 11), ainda que não propriamente centradas no prisma da violação da presunção de inocência. Também a propósito de tais projectadas (e abortadas) incriminações, que apelida de “crimes de suspeita”, nas quais não se descreviam quaisquer condutas proibidas, sendo o agente punido apenas por se encontrar em determinada posição patrimonial, cfr. MARIA DO CARMO SILVA DIAS, “Enriquecimento ilícito/injustificado”, *Julgar*, N.º 28, 2016, pp. 292 e ss.

¹²¹ Referimos a questão, porque, como veremos (*infra*, 4. e 5.), foi a mesma pensada, em geral, na Proposta de Directiva de 2013, mas já não no texto da Directiva de 2016 (art. 6.º), o que, aliás, nos deixa imersos em algumas aporias sobre o exacto significado do *aparecimento*, na Proposta, e do subsequente *desaparecimento* (meramente escrito?), na Directiva, da menção do “(...) suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido” (n.º 1 do art. 5.º da Proposta).

Pensamos, uma vez mais, que a resposta teria de ser negativa ¹²², perante a necessidade que sempre se imporia ao visado pela presunção de *colocar em crise* um estado de coisas que, *ab initio*, seria já a ele contrário e inculcador, assim, da sua culpabilidade. Presunção de culpabilidade, além do mais, apenas removível pelo surgimento de dúvidas “razoáveis” no espírito do juiz, ou seja, através de algo que, não obstante a necessidade de uma motivação objectivável quanto às razões desse mesmo surgimento (cfr., *infra*, 3.6.), não deixaria de revestir, quer na eclosão, quer na dissipação, um carácter subjectivo (*rectius*, perigosamente subjectivo, atentos os valores em jogo), pois que conexionado com o modo (não só racional, mas inevitavelmente emocional ¹²³) de percepção do mundo e da vida de cada judicante.

Em suma, para sustentar a sua convicção condenatória, não poderá o juiz escorar-se em uma certeza *ex ante* definida pela lei, desligada e independente da prova *realmente produzida* em juízo. A presunção de inocência não deve, nesta perspectiva, ser “maior” ou “menor” (consoante dependa do tal suscitar de meras dúvidas ou da prova do facto contrário), nem situar-se mais “perto” ou “longe” de uma actividade judicativo-decisória que atenda à produção probatória concretamente ocorrida e analisada em audiência (art. 355.º do C.P.P. português). Em um genuíno Estado de Direito, a dignidade humana só é compatível com a *total presunção de inocência* ¹²⁴, apenas

¹²² Assim, em tese, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar...”, *cit.*, p. 142. Diferentemente, parece entender HELENA MAGALHÃES BOLINA que só com a necessidade da prova do contrário do facto presumido a presunção de inocência seria postergada (“Razão de ser...”, *cit.*, p. 453).

¹²³ Sobre esta dimensão conatural à actividade judicativa — em si mesma não necessariamente negativa, desde que não degenerando em pura arbitrariedade —, ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, “Subjectividade e motivação no novo processo penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 1 (1991), Fascículo 2.º, pp. 205 e ss., MARIA CLARA CALHEIROS, “A base argumentativa na decisão judicial”, *Julgar*, N.º 6, 2008, p. 73, e JAIME FREIRE, “Liberdade e cânone: o tribunal e a prova dos factos (reflexão em torno da livre apreciação da prova em processo penal na era neo-sentimental)”, *Julgar Online*, 2013 pp. 11 e 12.

¹²⁴ Como sugestivamente defende PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, a presunção de inocência é um *direito absoluto* do arguido, insusceptível de restrições ou atenuações

devendo ceder *se e na medida* em que a dinâmica da prova assim o determinar, colocando o decisor na segura convicção de que o arguido é o autor ¹²⁵ dos factos integradores do crime em causa.

Pelo que, logo na sua actividade normativa, estará vedada ao legislador penal a inclusão de presunções de culpabilidade ou elementos similares nas figuras típicas criadas ¹²⁶.

3.5. O expendido quanto a presunções legais não pode, no entanto, ser confundido com uma suposta impossibilidade de recurso, pelo órgão judicial, às “(...) *presunções naturais* (não jurídicas) ligadas ao princípio da normalidade ou da regra geral ou às chamadas máximas da vida e regras da experiência” ^{127 128} (art. 127.º do nosso C.P.P.).

possíveis, tendo ele *todo* o direito a *toda* a presunção de inocência, em *todos* os casos (“Principio de presunción...”, *cit.*, pp. 62 e 63).

¹²⁵ A propósito, TOMÁS VIVES ANTÓN, “El proceso penal...”, *cit.*, pp. 34 e 35. Note-se que utilizamos no texto o termo “autor” em uma acepção mais ampla do que a estritamente ínsita ao art. 26.º do nosso C.P., pois queremos tão-somente significar a conexão fáctico-jurídica do arguido aos factos apurados em audiência (e conexão essa que pode remeter-nos para realidades diversas das apenas adscritas à noção jurídico-penal de “autoria”).

¹²⁶ Sobre o tema, afirma ENRIQUE RUIZ VADILLO, a propósito da lei penal espanhola, que “las presunciones en la parte especial, y también en la general, si son contrarias al inculpado son (...) absolutamente inaceptables y hay que entenderlas derogadas (...) sin más por la Constitución” (“Algunas breves consideraciones sobre los indicios, las presunciones y la motivación de las sentencias”, *Poder Judicial*, 2.ª Época, N.º 3, 1986, p. 81). Algo inquietante nos parece ser a posição do T.E.D.H. a propósito do tema, com derivações claramente “musculadas” acerca da possibilidade de mobilização de presunções (que não meramente judiciais) no processo penal. Como diremos daqui a pouco (*infra*, 4.2.), o órgão jurisdicional de Estrasburgo parece entender que, em determinados casos (e qual o critério operativo para os determinar, ao certo, *on sait jamais...*), a questão merecerá uma abordagem mais em termos de *grau* (admissibilidade ou não da existência de presunções consoante os valores em confronto em cada situação específica) e não tanto de *natureza* (compatibilidade ou incompatibilidade, *tout court*, das presunções legais de culpa com os fundamentos ético-axiológicos do sistema processual penal). Ora, como vimos tentando explicar, parece-nos ser tal posição absolutamente inaceitável no processo penal de um Estado com verdadeiro cunho democrático.

¹²⁷ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar...”, *cit.*, p. 142 (com itálicos do AUTOR).

Aquilo a que agora nos referimos é algo que se encontra a montante da definição da factualidade tida como provada, mas que pode traduzir-se em um importante sustentáculo para a aquisição dessa mesma factualidade. Reportamo-nos à habitualmente denominada *prova indirecta*¹²⁹, em tese geral entendível como a que incide sobre factos não exactamente coincidentes com o objecto (“principal”, digamos assim) de prova, mas que permitem, com o auxílio das regras da experiência da vida¹³⁰ ou de juízos de cariz eminentemente técnico-científico¹³¹, uma ilação da qual se inferem os factos a demonstrar¹³². Da prova indirecta “(...) se induz (...)”, depois, “(...) por raciocínio alicerçado em regras de experiência comum ou da ciência ou técnica, o facto probando. A prova deste reside na inferência

¹²⁸ Na lição de FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, as presunções naturais ou judiciais “(...) assentam no simples raciocínio de quem julga (...)”, e “(...) inspiram-se nas *máximas da experiência*, nos juízos correntes de probabilidade, nos princípios da lógica ou nos próprios dados da intuição humana” (*Código Civil Anotado*, Volume I, 4.^a edição, revista e actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 312, com itálicos dos AUTORES).

¹²⁹ Fundamentando, em tese, a razão de ser da prova indirecta ou indiciária (que entende não ser verdadeira prova, mas uma etapa em um percurso meramente indutivo) na necessidade de salvaguarda da tranquilidade social e de protecção da cidadania, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *El Indicio de Cargo y la Presunción Judicial de Culpabilidad en Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 13 e 14.

¹³⁰ Regras da experiência que, derivando da observação de linhas da recorrência do acontecer, se convertem em “(...) critérios generalizantes e tipificados de inferência factual (...)” (ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, p. 48). Para uma síntese da análise epistemológica das diversas dimensões pelas quais são entendíveis as regras da experiência e o seu papel no juízo probatório, JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Regras de experiência e liberdade objectiva do juízo de prova”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento XXXI, Coimbra, 1988, pp. 13 e ss.

¹³¹ Que são, afinal, máximas da experiência especializada, cujo conhecimento só se pode supor em sujeitos que tenham uma formação específica em um determinado sector da ciência, técnica ou arte (JAIME VEGAS TORRES, *Presunción de Inocencia y Prueba en el Proceso Penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 65 a 69).

¹³² A prova indirecta opõe-se, portanto, à chamada *prova directa*, ou seja, ao meio probatório que não carece de qualquer operação intermédia para alcançar o objecto do conhecimento: caso da testemunha presencial do crime praticado (acerca disto, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, *El Indicio...*, *cit.*, pp. 68 e 69).

do facto conhecido ou provado — indício ou facto indiciante — para o facto desconhecido ou a provar, ou tema último da prova. Como tal, constitui uma prova em segundo grau; a prova respeita directamente ao facto indiciante e da comprovação deste se infere um indício — prova indirecta — para comprovação do facto relevante”¹³³. A prova indirecta atende, pois, àquelas acções ou sinais que dão a entender algo que ainda se mantém “oculto”¹³⁴ no domínio da matéria a fixar. Acções ou sinais que merecerão decerto uma interpretação e concatenação guiadas por uma especial cautela e sageza do julgador, cuja *prudentia* é aí verdadeiramente avaliada, à luz das aludidas regras da experiência (com, se for o caso, o contributo de juízos científicos).

Não sendo a prova indiciária proibida pelo princípio geral da liberdade dos meios de prova (cfr. arts. 125.º e 126.º do nosso C.P.P.¹³⁵, havendo até ordenamentos jurídicos nos quais se encontra

¹³³ MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* e Volume I *cits.*, pp. 207 e 208; cfr. também PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto delle Prove Penali*, 2.ª edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2014, pp. 47 a 49, e PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal e as regras da experiência”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, Volume III (organização de Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 1003 e 1004.

¹³⁴ ENRIQUE RUIZ VADILLO, “Algunas breves consideraciones...”, *cit.*, p. 80.

¹³⁵ Não só a prova indirecta não é proibida pela liberdade dos meios de prova, como (e não obstante a necessidade de uma maior cautela na sua mobilização, nos termos já acima expressos) não existe propriamente um *ranking* de “valia” epistemológica entre a prova por indícios e a prova directa. Por isso, como se sustentou no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 175/2022 antes aludido, a distinção entre ambas as realidades probatórias “(...) justifica-se, essencialmente, por razões de comodidade analítica. Possui ainda a virtude *metodológica* de permitir discriminar processos inferenciais de complexidade diversa, na medida em que a prova indirecta implica, por natureza, uma cadeia de raciocínio entre o facto probatório e o facto probando, ao passo que a prova directa do facto probando decorre imediatamente da adesão do julgador ao facto probatório. Porém, tal distinção nada de relevante encerra sobre a *força probatória* dos meios de prova que através dela se classificam, como se demonstra através da comparação entre o depoimento de uma testemunha de credibilidade duvidosa no sentido de que o arguido estava em determinado local a determinada hora e a inferência de que tal não é possível porque o arguido

expressamente consagrada a admissibilidade dos indícios como meio probatório — art. 192., *comma* 2.^a, do *Codice di Procedura Penale* italiano ¹³⁶), sempre se exigirá, contudo, que apenas possa ser extraído o facto probando do facto indiciário quando tal surgir corroborado por outros elementos de prova, assim se afastando, com alguma segurança, distintas explicações factuais *prima facie* igualmente possíveis mas descabidas na situação decidenda ^{137 138 139}.

integra a lista de passageiros de um voo que decorria a essa hora” (com itálicos do texto do aresto).

¹³⁶ Norma que, todavia, exige como condições de admissibilidade dos indícios que sejam estes *graves* (no sentido de consistentes, resistentes a objecções e com capacidade demonstrativa em relação ao *thema probandum*), *precisos* (ou seja, unívocos e claros naquilo que podem significar) e *coerentes* (convergentes e não opostos entre si, nem com outros dados e elementos certos e precisos) (explicitando todos estes conceitos legais, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto...*, *cit.*, pp. 53 a 55; escalpelizando diversas variáveis de valoração dos indícios, tendo em vista a decisão penal neles estruturada, OLIVIERO MAZZA, “Il ragionevole dubbio nella teoria della decisione”, *Criminalia. Annuario di Scienze Penalistiche*, 2012, pp. 363 a 366).

¹³⁷ Deste modo, e para voltarmos ao exercício teórico de que falámos *supra*, em 3.4., a circunstância de alguém ser avistado, pouco tempo antes da manifestação de um incêndio, nas proximidades do local onde veio a ocorrer a deflagração, podendo apontar, no plano da cogitação, para um eventual envolvimento da pessoa no facto originador das chamas, não significará, por via de regra, e desacompanhada de quaisquer outros elementos, mais do que uma simples possibilidade ou uma hipótese, seguramente muito frágil ou até insuficiente para se ter a prática do incêndio como imputável ao avistado. Pois que, sendo eventualmente admissível tal hipótese, existirá também todo um conjunto de outras explicações possíveis para a circunstância de a pessoa por ali deambular no instante do seu avistamento. Mas imaginemos, agora, que, no contexto de uma acusação por crime de violação, e logo após a ocorrência da factualidade denunciada, para além de diversas marcas visíveis de lesões físicas na zona genital da suposta vítima, indiciadoras da prática recente de um acto de cópula forçada, são igualmente recolhidas, no saco vulvar da examinada, amostras de sêmen pertencente ao arguido (referindo um exemplo desta natureza, JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, “Prova indiciária e as novas formas de criminalidade”, *Julgar*, N.º 17, 2012, p. 13). Ou suponhamos que, em um caso de tráfico de estupefacientes, são apreendidos, dissimulados debaixo de um dos bancos do automóvel utilizado pelo arguido e por este estacionado nas proximidades de sua casa, dois quilogramas de cocaína, alguns minutos após haver ele efectuado a deslocação a uma zona da cidade conotada com a actividade de venda e consumo daquele tipo de substância (semelhantemente, JORGE CASTRO, “Ainda a presunção de inocência”,

Sintetizando, como é relativamente consensual em termos doutrinários e jurisprudenciais, “para que a prova indirecta, circunstancial ou indiciária possa ser tomada em consideração exigem-se alguns requisitos: pluralidade de factos-base ou indícios; precisão de que tais indícios estejam acreditados por prova de carácter directo ¹⁴⁰; que

Scientia Iuridica. Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro, Tomo LVIII, N.º 319, 2009, p. 526). Negar, nestes dois últimos cenários, a relevância dos indícios recolhidos, pelo que poderiam sustentar da prova da prática dos factos ilícitos típicos em causa (violação e tráfico de estupefacientes, respectivamente) pelos suspeitos ou arguidos, equivaleria a incorrer em um incompreensível exercício de “ingenuidade” intelectual. Parecendo-nos, pois, abissal a diferença de probabilidade de relevância probatória dos factos indiciantes apreensíveis nos dois casos acabados de apontar, por comparação à que se verificaria na primeira situação (incêndio).

¹³⁸ As presunções judiciais e a prova indirecta tenderão ainda a desempenhar um importante papel no “desvendamento” da componente subjectiva de determinados comportamentos objectivos. Com efeito, e porquanto ínsito ao espírito e à vontade do agente, teremos amiúde de surpreender e captar aquele *animus* na concreta configuração dos factos exteriores e visíveis que integram um tipo objectivo de crime, devendo o julgador, por isso, tentar resolver a questão factual decidindo se o agente agiu internamente (na sua *voluntas*) da forma como foi por si revelada externamente (assim, MANUEL CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* e Volume I *cits.*, p. 206, JOSÉ DOS SANTOS CABRAL, “Prova indiciária...”, *cit.*, p. 14, ANA MARIA BARATA DE BRITO, “A valoração...”, *cit.*, p. 125, e, em termos jurisprudenciais, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12 de Março de 2009, disponível em www.dgsi.pt).

¹³⁹ A jusante do acesso aos elementos fácticos (objectivos e subjectivos) constitutivos da(s) infracção(ões) imputada(s), ou seja, na fase em que o julgador, já convicto da prática daqueles factos pelo arguido, analisa as condicionantes ligadas à respectiva situação pessoal (*maxime*, económica), no momento mais actualizado possível, para efeitos de determinação concreta da medida da pena a aplicar-lhe (e, no caso da pena de multa, da fixação do seu quantitativo diário), a prova por presunção natural ou estimativa poderá também assumir um papel importante (JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal Português. Parte Geral II. As Consequências Jurídicas do Crime*, Aquitas, Editorial Notícias, Lisboa, 1993, pp. 133, 134 e 248).

¹⁴⁰ Este é, aliás, um importante ponto prévio, sob pena de, estabelecendo-se uma cadeia de presunções (assente em presunções de presunções, mesmo quanto ao facto indiciário), nenhuma sustentação séria e firme poder ocorrer, depois, com o juízo de inferência para o facto desconhecido [SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indirecta e fundamentação da decisão”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 29 (2019), N.º 2, p. 407].

sejam periféricos do facto a provar ou interrelacionados com esse facto; racionalidade da inferência; expressão, na motivação do tribunal de instância, de como se chegou à inferência (...)”¹⁴¹.

Note-se, todavia, que as regras da experiência da vida, em si mesmas consideradas, não poderão servir para “disfarçar” ou substituir a total ausência de prova (mesmo que indirecta) no caso trazido a juízo. E isto, em um duplo sentido. Por um lado, porquanto as regras da experiência não constituem, enquanto entidade *a se*, um meio probatório¹⁴² nem pertencem ao mundo dos factos¹⁴³, mas antes o referente à luz do qual se interpreta o material fáctico indiciante (conhecido directamente) que poderá, de seguida, conduzir à apreensão do acontecimento presumido¹⁴⁴; por outras palavras, o recurso às regras da experiência só logrará validade desde que ocorrido no decurso de uma concreta actividade probatória, não podendo justificar um qualquer *salto lógico* que vise dispensar esse *prius* probatório indiciador. Depois, porque tais regras — particularmente as de cariz comum ou não especial, enquanto regras gerais empíricas cujo conhecimento se pressupõe existente em qualquer pessoa dotada de um nível “médio” de formação geral¹⁴⁵ —, não estando compiladas em lugar algum¹⁴⁶, e não sendo mais do que

¹⁴¹ Acórdão da Relação de Coimbra de 18 de Agosto de 2004 (www.dgsi.pt); concordantemente, Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 521/2018, de 17 de Outubro de 2018 (www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁴² A propósito, PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal...”, *cit.*, pp. 1004 e 1011.

¹⁴³ Assim, expressamente, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto...*, *cit.*, p. 49.

¹⁴⁴ Questão que entronca igualmente no papel ancilar das regras de experiência enquanto panorama contextualizador da tarefa de reconstrução “histórica”, pelo juiz, dos factos sujeitos a julgamento (sobre isto, JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Regras de experiência...”, *cit.*, pp. 104 e ss.).

¹⁴⁵ JAIME VEGAS TORRES, *Presunción...*, *cit.*, pp. 65 e 66.

¹⁴⁶ Qualquer eventual tentativa de contenção das regras de experiência comum em imperativos legais estaria, aliás, condenada à irrelevância quanto aos resultados para que tais regras pudessem apontar, pois deixaria “(...) intocado o problema decisivo da *aplicação* — ou seja, a *submissão* (*in*submissão) das afirmações empíricas (“taken for granted”) a uma experiência *falsificante*”, que servisse de (não) comprovação e (não) legitimação concretas das ditas regras (JOSÉ MANUEL AROSO LINHARES, “Regras de experiência...”, *cit.*, p. 134, com itálicos do AUTOR).

índices corrigíveis de uma normalidade do acontecer ¹⁴⁷, aportam uma inevitável (e compreensível) dose de flexibilidade ou até, em alguns casos, de incerteza nas conclusões para que pareçam apontar, exigindo, conseqüentemente, do julgador o mencionado acréscimo de *sagesse* e prudência na sua mobilização, por forma a poder sustentar-se que, *in casu*, o facto indiciante confirma mesmo o que, em geral, e segundo uma determinada visão daquelas regras, corresponderia ao desenlace tido por expectável ¹⁴⁸.

Não desconhecemos a crítica de que a prova indirecta produz verdadeiras presunções judiciais de culpabilidade, fazendo com que a convicção do tribunal assente em “intuições” derivadas de “sinais” (os indícios) da eventual prática dos factos pelo arguido, mas “sinais” que colocam sobre os ombros deste a necessidade de uma “contra-prova”, amiúde já de antemão “condenada” por tais “intuições” ¹⁴⁹. Não é esta, no entanto, a nossa visão das coisas. Antes do mais, porque a cada indício, *per se* considerado, não é reconhecível um qualquer valor *ex vi legis* previamente definido, no sentido de, uma vez verificado, conduzir, de modo inabalável, a uma conclusão de culpabilidade do suspeito ou arguido. Mas, sobretudo, e fundamentalmente, dado que, em cada situação concreta, os indícios só assumirão um papel de sustentação da convicção do julgador para atingir uma específica consequência factual (e o eventual juízo de culpa daí

¹⁴⁷ Correspondendo a uma espécie de observação do carácter tendencial e repetitivamente (mas não inabalavelmente) certo de uma determinada relação de causalidade (assim, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 2010, disponível em www.dgsi.pt).

¹⁴⁸ Neste sentido, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 47 e 48, PAULO DE SOUSA MENDES, “A prova penal...”, *cit.*, p. 1011, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indirecta...”, *cit.*, p. 408, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, pp. 186 a 188, e OLIVIERO MAZZA, “Il ragionevole dubbio...”, *cit.*, p. 364.

¹⁴⁹ Nestes termos, a propósito da jurisprudência penal espanhola mais recente, e de forma expressa, JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER, para quem, todavia, como já dissemos (nota 129), os indícios não constituem verdadeiramente nenhum meio de prova, mas sim um método probatório integrado na presunção de culpabilidade (*El Indicio...*, *cit.*, pp. 13, 14, 65, e 110 a 112). Postulado metodológico, este, altamente discutível e que, como há pouco sugerimos (nota 135), esbarra, em um sistema processual penal como o português, de modo frontal, com o princípio geral contido no art. 125.º do C.P.P.

advindo), na estrita medida em que o mesmo julgador o tiver por conveniente perante os demais elementos de que disponha e consiga explicar, de um modo racional, toda essa concatenação e a ilação a que chegou. Podendo perfeitamente acontecer, mesmo sem intervenção de uma “contraprova” da defesa, deparar-se o tribunal com múltiplas vias explicativas da factualidade escrutinada (decorrentes, por exemplo, da existência de vários elementos indiciários que apontam para mais do que uma hipótese de compreensão dotadas de idêntico grau de concreta plausibilidade, à luz das normais regras da experiência comum), e insusceptíveis, portanto, de conduzirem a uma subsequente decisão condenatória.

Em síntese, respeitada a metódica acabada de apontar (a qual consubstancia, simultaneamente, uma indeclinável *ética procedimental de julgamento* ¹⁵⁰), percebemos que, em cada caso trazido à apreciação

¹⁵⁰ Pelo que não deverá nunca acontecer aquilo para que RUI PATRÍCIO chama a atenção enquanto forma de postergação da presunção de inocência: uma decisão *ab initio* “inquinada” pela “pré-compreensão” da matéria fáctica sujeita a julgamento, quando o decisor toma em consideração e valora, antes (ou até mesmo a par) da discussão dessa factualidade em audiência, a circunstância de o arguido contar já antecedentes criminais (sobretudo se do jaez do da matéria decidenda), e o que daí depois extrapola em termos de “pré-conceito” (e preconceito) no tratamento da prova a produzir, ao jeito de uma sub-reptícia presunção de culpa ancorada na máxima popular de que (e perdoe-se-nos o plebeísmo) “quem faz um cesto, faz um cento”, presunção *na prática* a ser removida pelo arguido [*O Princípio da Presunção...*, *cit.*, pp. 80 a 85, aqui focado nos n.ºs 2 e 3 do art. 342.º do C.P.P., na redacção conferida pelo Decreto-Lei n.º 78/87, de 17 de Fevereiro, que exigiam que o arguido, logo aquando da identificação inicial, respondesse ao tribunal acerca dos seus antecedentes criminais, sob pena de incorrer em responsabilidade penal; exigência legal, aliás, tida por MARIA FERNANDA PALMA como violadora da presunção de inocência (“A constitucionalidade do artigo 342.º...”, *cit.*, pp. 105 e 106), e que veio a desaparecer na redacção trazida a lume pelo Decreto-Lei n.º 317/95, de 28 de Novembro]. Para o que ora releva, este aspecto enquadra-se igualmente na questão mais geral, já focada, da inexistência de um *onus probandi* a onerar o arguido no sentido da demonstração da sua inocência e da inadmissibilidade da vigência de presunções de culpa a impender sobre o mesmo, ainda que “mascaradas” de algo supostamente ditado pelas regras da experiência (em tese, TIBOR KIRÁLY, “Significato e valore...”, *cit.*, p. 7). Ou seja, a possibilidade da “pré-compreensão” da matéria factual *sub judicio* a partir da consideração das condenações anteriores do arguido terá que ver com (inconstitucionais) “motivações” condicionadoras do processo valorativo da

judicativo-decisória, a concreta (ir)relevância da prova indirecta atinará “(...) ao princípio da livre apreciação da prova e da livre convicção do juiz, mas de nenhuma maneira contende com o princípio *in dubio pro reo* ou reverte à aceitação — e muito menos à inversão —, em processo penal, de qualquer ónus de alegação e de prova”¹⁵¹.

Pelo que, diversamente do que acontece com as presunções legais de culpa, a presunção de inocência admite já como possível e é compatível com as presunções naturais e com a chamada prova indirecta ou indiciária¹⁵².

3.6. Pela sua natureza, o discurso jurídico — e, de um modo particular, o discurso jurídico pragmática e situacionalmente produzido a propósito de um concreto conflito¹⁵³ — tende à demonstração do bom fundamento dos respectivos alicerces e propende ao convencimento e à adesão dos destinatários pela (almejada) racionalidade dos argumentos fáctico-normativos apresentados¹⁵⁴. E se a questão assim se apresenta em termos gerais, maior acuidade revelará quando

prova, assentes em presunções de culpa *ad hoc* criadas com base naqueles antecedentes criminais. Para além de o julgador que atenda a tais antecedentes para “orientar” a sua apreciação probatória vivificar a aberta violação da lógica processual penal da *césure* (cfr. art. 369.º do C.P.P.) e promover um *direito penal do agente* e não (como devia) um *direito penal do facto*.

¹⁵¹ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Ónus de alegar...”, *cit.*, p. 142 (com itálicos do AUTOR).

¹⁵² Também assim, os já antes aludidos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 521/2018 e 175/2022.

¹⁵³ Para uma brevíssima síntese dos recorrentes contextos de argumentação jurídica (produção de normas jurídicas, aplicação de normas jurídicas e resolução de casos, dogmática jurídica), JERZY WRÓBLEWSKI, “Motivation de la décision judiciaire”, *La Motivation des Décisions de Justice*, Études publiées par Chaïm Perelman et Paul Foriers, Établissements Émile Bruylant, Bruxelles, 1978, p. 111, e também MANUEL ATIENZA, “Las razones del derecho. Sobre la justificación de las decisiones jurídicas”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, N.º 1 (1994), pp. 54 e 55.

¹⁵⁴ EDUARDO CORREIA, “Les preuves...”, *cit.*, pp. 29 a 31. Em termos mais estritamente metodológicos, quanto às regras tendentes a emprestarem racionalidade ao discurso jurídico, cfr. ROBERT ALEXY, *Teoría de la Argumentación Jurídica: la Teoría del Discurso Racional Como Teoría de la Fundamentación Jurídica*, tradução

cuidamos do discurso jurídico imanente a uma *decisão penal*, porquanto dotada da força própria advinda do exercício do *ius puniendi*. Neste contexto, a presunção de inocência não pode deixar de impor ao órgão jurisdicional, especialmente quando profere uma condenação — sobretudo, se escorada em um acervo de prova de feição indiciária ou indirecta —, uma acrescida tarefa de motivação¹⁵⁵, por forma a que se compreenda, com clareza, qual o conjunto de fundamentos de facto e de direito que suportam a decisão alcançada¹⁵⁶. Aspecto (que em muito transcende o objecto destas linhas) a prender-se com a ideia convencional de processo equitativo contida no n.º 1 do art. 6.º da C.E.D.H.¹⁵⁷, a necessidade constitucional genérica de fundamentação dos actos jurisdicionais (que não sejam de mero expediente — arts. 205.º, n.º 1 da C.R.P. e 97.º, n.º 5 do C.P.P. português) enquanto forma de exercício do controlo democrático da actividade dos tribunais, e ainda o papel da motivação como fonte de legitimação “compreensiva” do percurso decisório¹⁵⁸, por esta

para castelhano por Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 185 e ss.

¹⁵⁵ Empregamos aqui o termo “motivação”, como se perceberá, na essencial acepção do conjunto de argumentos sustentadores da decisão de um determinado caso concreto (sobre os sentidos possíveis da motivação na teoria da argumentação jurídica, JERZY WRÓBLEWSKI, “Motivation...”, *cit.*, pp. 118 e 119).

¹⁵⁶ Enfatizando este ponto, SUSANA AIRES DE SOUSA, “Prova indirecta...”, *cit.*, p. 409; identicamente, ENNIO AMODIO, “Motivazione della sentenza penale”, *Enciclopedia del Diritto*, Volume XXVII, Giuffrè Editore, Milano, 1977, pp. 208 a 212. Quanto à exigência de motivação na decisão absolutória, principalmente por causa de uma “dúvida razoável”, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Il Diritto...*, *cit.*, pp. 76 e 77.

¹⁵⁷ Importando que se diga, em absoluto abono da verdade, que a necessidade de motivação da decisão judicial, em si mesma considerada, não se encontra expressamente prevista no texto da C.E.D.H., tratando-se de uma garantia cujas afirmação e declinação foram sendo desenvolvidas (quanto aos tribunais compostos por magistrados profissionais), de um modo mais ou menos recorrente, pela jurisprudência do T.E.D.H. (a propósito, NAIARA POSENATO, “Fundamentação das decisões judiciais e justo processo segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem”, *Revista Jurídica da Presidência*, Volume 24, N.º 134, 2022, pp. 609 e 613 e ss.).

¹⁵⁸ Assim se evitando, ainda, como justamente assinala ÁLVARO LABORINHO LÚCIO, que a subjectividade própria de cada juiz degenerere em voluntarismo,

via dotado de *transparência procedimental* e eivado de capacidade de persuasão e convencimento — intra e extra-processual ¹⁵⁹ — quanto ao sentido da decisão tomada ¹⁶⁰.

No essencial, pela motivação da sentença ou acórdão deve ficar a perceber-se o juízo de relação e concatenação críticas por que o judicante formou uma determinada convicção quanto à fixação da matéria de facto e aos corolários daí advindos em termos jurídico-penais ¹⁶¹. Tal fonte de legitimação “compreensiva” do percurso

individualismo ou arbítrio (“Subjectividade...”, *cit.*, p. 213). Igualmente neste sentido, PIERPAOLO DELL’ANNO, “Obbligo di motivazione e ‘ragionevole dubbio’”, *Processo Penale e Giustizia*, N.º 3/2017, pp. 522 e 523.

¹⁵⁹ Ou seja, não só para os directamente interessados no processo, mas também para o que poderemos designar por comunidade jurídica em geral ou até — socorrendo-nos da expressão cunhada por CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA — o chamado “auditório universal”, do qual, porquanto idealmente constituído pela generalidade das pessoas adultas e racionais, importará ganhar adesão no tocante aos argumentos aduzidos pela decisão (*La Nouvelle Rhétorique. Traité de l’Argumentation*, Tome Premier, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, pp. 40 e ss.). Evidentemente que tudo isto pressupõe a cognoscibilidade dos fundamentos da decisão e, portanto, a *publicidade* desta, garantida com o acto — público — da sua leitura (art. 87.º, n.º 5 do nosso C.P.P.) e a subsequente disponibilidade — também pública — daquelas razões ou fundamentos decisórios (ENNIO AMODIO, “Motivazione...”, *cit.*, pp. 192 a 194, e JOSÉ MOURAZ LOPES, *A Fundamentação da Sentença no Sistema Penal Português — Legitimar, Diferenciar e Simplificar*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 101).

¹⁶⁰ Sobre esta função — absolutamente basilar — da motivação, de transparência e controlo democráticos da decisão judicial, ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Sumários...*, *cit.*, pp. 53 e 54, ENNIO AMODIO, “Motivazione...”, *cit.*, pp. 188 e 194 a 196, MICHELE TARUFFO, “Note sulla garanzia costituzionale della motivazione”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Volume LV, 1979, pp. 29 e ss., ANTÓNIO CORTÊS, “A fundamentação das decisões...”, *cit.*, pp. 292 e 293, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento...*, *cit.*, p. 203, e ainda PAULO SARAGOÇA DA MATA, “A livre apreciação...”, *cit.*, p. 255.

¹⁶¹ Quanto à exigência de fundamentação da decisão judicial no tocante a uma opção de cariz essencialmente jurídico-penal substantivo — já a *jusante* da prévia fixação, *fundamentada*, da factualidade relevante —, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 61/2006, de 18 de Janeiro de 2006, julgou inconstitucionais, por violação do art. 205.º, n.º 1 da C.R.P., as normas do art. 50.º, n.º 1 do C.P. e dos arts. 374.º, n.º 2 e 375.º, n.º 1, estes do C.P.P., quando interpretadas no sentido de não imporem a fundamentação da decisão de não suspensão da execução de pena

decisório, como lhe chamámos, constituirá, por isso, um meio de autocontrolo e contenção do julgador quanto à sua própria actividade e a plataforma racional a partir da qual (*e sobre a qual*) os atingidos pela decisão poderão tentar fazer valer a defesa dos seus interesses (mormente através do exercício do direito de recurso) no âmbito do processo ¹⁶².

Duas notas, porém, se antolham relevantes quanto à exigência de motivação.

Por um lado, a de que motivar não implica necessariamente descrever (ou “transcrever”) o conteúdo dos elementos probatórios (e são estes que agora mais nos interessam) considerados na sentença ou acórdão ¹⁶³: conquanto essa descrição (ou “transcrição”) possa mostrar-se eventualmente pedagógica segundo a linha argumentativa seguida *in casu*, não corresponde a um qualquer ónus constitucional ou legalmente imposto (o que se compreenderá, em face, até, da exigência de documentação das audiências de discussão e julgamento — arts. 101.º, 364.º, 386.º e 391.º-E do nosso C.P.P.).

Imperioso, sim — segunda nota —, é que, na lógica de um verdadeiro sistema de livre apreciação da prova ¹⁶⁴, ocorra a exposição e a análise crítica dos meios probatórios produzidos e atendidos (e, por contraponto, dos não atendidos), ou seja, a tal explicação (perceptível) do papel que aqueles meios comportaram na convicção do julgador e nas consonantes integração e decisão jurídico-penais depois

de prisão aplicada em medida não superior a três anos (à época, o limite até ao qual era legalmente possível a aludida suspensão de execução) (www.tribunalconstitucional.pt).

¹⁶² EDUARDO CORREIA, “Les preuves...”, *cit.*, p. 30, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre o dever de motivação das respostas aos quesitos em processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 43, 1983, pp. 504 a 507, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial...”, *cit.*, pp. 88 e 89, JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, “Breves palavras sobre a fundamentação da matéria de facto no âmbito da decisão final penal no ordenamento jurídico português”, *Julgar*, N.º 21, 2013, pp. 80 e 81, e PIERPAOLO DELL’ANNO, “Obbligo di motivazione...”, *cit.*, p. 523.

¹⁶³ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, p. 968.

¹⁶⁴ PAULO SARAGOÇA DA MATTA, “A livre apreciação...”, *cit.*, p. 255, e MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 230.

operadas (cfr., quanto à importância da exigência legal em causa, os arts. 374.º e 379.º do C.P.P. português¹⁶⁵ e, mercê da homologia revelada, o art. 546. do *Codice di Procedura Penale* italiano). O que empresta à motivação um cariz eminentemente *dialógico*, no sentido de que por intermédio da mesma o tribunal esclarece ao seu (vasto) “auditório” os fundamentos pelos quais optou por determinadas provas em detrimento de outras que porventura apontariam para uma decisão de fundo diversa ou até contrária à por si tomada¹⁶⁶.

Em suma, motivar não é descrever ou “transcrever” (ao jeito de um “escriba” ou “assentador”) o teor dos dados probatórios produzidos¹⁶⁷, mas sim (e fundamentalmente) *explicar*, em termos racionais (não arbitrários) e compreensíveis¹⁶⁸, o papel que aqueles (ou

¹⁶⁵ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, pp. 967 a 970, MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova” *cit.*, pp. 228 a 230, e ainda JOSÉ MOURAZ LOPES, *Comentário Judiciário ao Código de Processo Penal*, Tomo IV, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 768 e 769.

¹⁶⁶ Assim, PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Manuale...*, *cit.*, p. 789. Neste contexto, afirma certeiraamente ANTÓNIO CORTÊS que “a fundamentação é o correlativo da mediação constitutiva do magistrado-decisor que assume o *risco* e a responsabilidade da decisão” (“A fundamentação das decisões...”, *cit.*, p. 306, com itálico do AUTOR).

¹⁶⁷ Sobre isto, ANTÓNIO CORTÊS, “A fundamentação das decisões...”, *cit.*, p. 320, ANTÓNIO MEDINA DE SEIÇA, *O Conhecimento...*, *cit.*, pp. 203 e 204, SÉRGIO POÇAS, “Da sentença penal — fundamentação de facto”, *Julgar*, N.º 3, 2007, pp. 31 e 32, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial...”, *cit.*, pp. 96 e 97, JOSÉ TOMÉ DE CARVALHO, “Breves palavras...”, *cit.*, pp. 85 e 86, e ainda JAIME FREIRE, “Liberdade e cânone...”, *cit.*, p. 5. No mesmo sentido, *vide* também o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2007, de 17 de Janeiro de 2007 (em www.tribunalconstitucional.pt) e o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1999 [que enfatizou não exigir a lei “(...) que em relação a cada facto se autonomize e substancie a razão de decidir, como também não exige que em relação a cada fonte de prova se descreva como a sua dinamização se desenvolveu em audiência, sob pena de se transformar o acto de decidir em uma tarefa impossível” (www.dgsi.pt)].

¹⁶⁸ Esperando-se do discurso, quer na sua *justificação interna* (ou seja, na congruência formal entre as normas jurídicas invocadas enquanto *premissa maior* e a factualidade nelas integrada como *premissa menor*, por forma a conduzir, sem dúvidas, à conclusão decisória), quer, sobretudo, na inerente *justificação externa* (isto é, na necessidade de adução de argumentos adicionais, dotados de racionalidade explicativa, em favor da *premissa menor* invocada, nos chamados “casos difíceis”, como

alguns dos) meios de prova desempenharam no itinerário mental seguido pelo julgante para a definição factual relevante da decisão ¹⁶⁹. Motivar é fornecer uma argumentação convincente quanto à legitimidade das escolhas feitas ¹⁷⁰. Na “(...) motivação da matéria de facto o juiz histórico pretende convencer, e, simultaneamente, está a convencer-se. A convicção que não consegue ser explicada não pode vingar, e não fundamenta a matéria de facto” ¹⁷¹.

Ora, se, por imperativo constitucional e legal, o arguido se presume inocente, a inexistência *tout court* ou a ocultação ¹⁷² da motivação de uma decisão condenatória (ou até uma motivação tradutora de uma “intuição” arbitrária e não explicada) desrespeita essa presunção, pela simples, mas decisiva, razão de que, não sendo apontados ou facultados, ficam naturalmente imperceptíveis e desconhecidos todos os elementos nos quais assentou o juízo que superou a

tenderão a sê-los os que, lidando com dificuldades de prova directa sobre a ocorrência dos factos dados como assentes, carecerão da demonstração da valia, *in casu*, da prova indiciária), uma especial capacidade persuasiva (quanto a estas dimensões do discurso, na teoria da argumentação jurídica, JERZY WRÓBLEWSKI, “Motivation...”, *cit.*, pp. 119 e 120, e MANUEL ATIENZA, “Las razones del derecho...”, *cit.*, pp. 60 e ss.; sobre a distinção entre *clear cases* e *hard cases*, veja-se a classificação de NEIL MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, pp. 195 e ss.). Mas, como contrapartida daquela persuasão discursiva, cremos que será também de exigir à generalidade dos destinatários do enunciado comunicacional e, sobretudo, à instância de recurso que avalia a motivação da decisão recorrida, uma postura analítica ágil, fluida e muito atenta à lógica da exposição dos argumentos probatórios e jurídicos dessa mesma motivação.

¹⁶⁹ PIERPAOLO DELL’ANNO, “Obbligo di motivazione...”, *cit.*, p. 524.

¹⁷⁰ PAOLO TONINI e CARLOTTA CONTI, *Manuale...*, *cit.*, p. 788.

¹⁷¹ ANA MARIA BARATA DE BRITO, “A valoração...”, *cit.*, p. 122. Sobre o momento em que o produtor do discurso, enquanto pretendida encarnação do “auditório universal” e sua racionalidade intrínseca, se persuade a ele mesmo através da própria argumentação, no sentido de que é *aquela* a decisão correcta a tomar *in casu*, atente-se no conjunto de considerandos de CHAÏM PERELMAN e LUCIE OLBRECHTS-TYTECA, *La Nouvelle Rhétorique...*, *cit.*, pp. 53 e ss.

¹⁷² MARIA FERNANDA PALMA escreve, precisamente, sobre a ocultação da motivação, o que, para os fins ora tratados, reveste o mesmo efeito da ausência, pura e simples, da motivação: a não cognoscibilidade das razões (designadamente fácticas) alicerçadoras da decisão (“O problema penal...”, *cit.*, pp. 43 e 44; cfr., ainda, *supra*, segunda parte da nota 159).

presunção de inocência e conduziu à condenação. E, todavia, se não se toma contacto com os fundamentos probatórios da asserção de que o arguido, afinal, *não é inocente*, também não se pode presumir essa culpabilidade, devendo presumir-se, isso sim, que o arguido é *inocente* até que se demonstre, de modo efectivo, a sua culpabilidade. Logo, faltando a motivação do juízo que afirma a culpabilidade e a condenação na qual desemboca, não poderá ter-se por respeitada a presunção de inocência ¹⁷³.

Se, à face da nossa actual lei de processo, o aspecto da motivação da decisão judicial goza de uma protecção “reforçada” (por via da nulidade que lhe surge adscrita, nas hipóteses previstas no art. 379.º do C.P.P.) ^{174 175}, está longe, ainda assim, de revestir um carácter académico ou “arqueológico” (no sentido de que, atenta a evidência do seu conteúdo, seria quase desnecessário recordá-lo em um qualquer Estado de Direito contemporâneo) ¹⁷⁶.

¹⁷³ ENNIO AMODIO, “Motivazione...”, *cit.*, pp. 188 e 189, FREDERICO DA COSTA PINTO, *A Categoria da Punibilidade...* e Tomo II *cits.*, p. 1245, CRISTINA LÍBANO MONTEIRO, *Perigosidade de Inimputáveis...*, *cit.*, pp. 78 e 79, HELENA MAGALHÃES BOLINA, “Razão de ser...”, *cit.*, p. 450, JOAQUIM CORREIA GOMES, “A motivação judicial...”, *cit.*, p. 90, e EDITH GUILHERMONT, “Qu’appelle-t-on...”, *cit.*, p. 54.

¹⁷⁴ Sobre a exigência legal contida no art. 379.º do C.P.P., ANTÓNIO DE OLIVEIRA MENDES, *Código de Processo Penal Comentado*, 4.ª edição, revista, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 1165 a 1167.

¹⁷⁵ Diversamente do C.P.P. português de 1929, o qual não consagrava qualquer comando expresso de motivação das decisões judiciais penais (a propósito, MANUEL MARQUES FERREIRA, “Meios de prova” *cit.*, p. 228, e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 8 de Abril de 1987, *Boletim do Ministério da Justiça*, N.º 366, p. 280; no entanto, ainda em plena vigência do dito C.P.P. de 1929, mas já no período abarcado pela Constituição de 1976, batendo-se pela necessidade de motivação judicial das respostas aos quesitos enquanto efectiva manifestação de uma concepção democrática do sistema processual penal, RODRIGO SANTIAGO, “Sobre o dever de motivação...”, *cit.*, pp. 488 e ss., especialmente p. 496).

¹⁷⁶ Focando algumas das raízes históricas mais longínquas da razão de ser da exigência de motivação das decisões judiciais, enquanto instrumento de responsabilização dos juízes perante a Nação e o Poder Legislativo, e constituindo, assim, uma das vias de contrapartida da independência individual e da inamovibilidade dos magistrados judiciais, WLADIMIR BRITO, “A participação dos juízes na política. Do juiz independente à independência dos juízes”, *Homenagem a Jorge Carlos de Almeida Fonseca Por Ocasião dos Seus 70 Anos. Liberdade, Sempre!* (organização de Lígia

Com efeito, bastará que, a título de exemplo, pensemos na admissibilidade, em algumas ordens jurídico-penais europeias, de decisões judiciais condenatórias não motivadas ¹⁷⁷. Ou, mais concretamente, na circunstância de, até 2012, as instâncias jurisdicionais de recurso francesas interpretarem o art. 353 do *Code de Procédure Pénale* ¹⁷⁸ no sentido de não carecerem as decisões dos tribunais de júri (*rectius*, de “escabinato”) ¹⁷⁹ de uma motivação explicadora dos fundamentos factuais em que assentavam os respectivos veredictos ¹⁸⁰, bastando

Dias Fonseca e Sofia Dupret Fonseca), Livraria Pedro Cardoso, Praia, e Almedina, Coimbra, 2020, p. 1269.

¹⁷⁷ RENÉE KOERING-JOULIN, “La présomption d’innocence, un droit fondamental?”, *La Présomption d’Innocence en Droit Comparé*, Société de Législation Comparée, Paris, 1998, pp. 19 a 26.

¹⁷⁸ Art. 353 que, até 2012, previa: “La loi ne demande pas compte aux juges des moyens par lesquels ils se sont convaincus, elle ne leur prescrit pas de règles desquelles ils doivent faire particulièrement dépendre la plénitude et la suffisance d’une preuve; elle leur prescrit de s’interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercher, dans la sincérité de leur conscience, quelle impression ont faite, sur leur raison, les preuves rapportées contre l’accusé, et les moyens de sa défense. La loi ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leurs devoirs: “Avez-vous une intime conviction?””.

¹⁷⁹ Sobre algumas das diferenças fundamentais entre o sistema de júri *stricto sensu* (vigente na generalidade do mundo anglo-saxónico e, com notórias aproximações, na nossa vizinha Espanha desde 1995) e o sistema de escabinato (adoptado, entre muitos outros países, por Portugal, França ou Itália), cfr. MARIA JOÃO ANTUNES, NUNO BRANDÃO, SÓNIA FIDALGO e ANA PAIS, “Garantia constitucional de julgamento pelo júri e recurso de apelação”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 145.º (2016), N.º 3999, pp. 321 e 322, e JOSÉ MARTÍN OSTOS, *Jurado y Escabinado (Participación Popular en la Administración de Justicia)*, Instituto Vasco de Derecho Procesal, Editorial Dykinson, Madrid, 1990, pp. 10 e ss.

¹⁸⁰ Na senda de alguma jurisprudência do T.E.D.H. que sustentava não ser a não motivação dos veredictos do júri, por si só, desconforme à ideia de *procès équitable* contida no art. 6.º da C.E.D.H., desde que fossem asseguradas as garantias gerais de defesa (*maxime*, quanto ao efectivo e atempado conhecimento pelo arguido do objecto da acusação, à possibilidade de produção de elementos probatórios de defesa e ainda ao respeito pelo contraditório relativamente aos meios de prova do acusador), e existisse, ademais, uma resposta a todas as múltiplas e precisas questões de facto colocadas ao júri (*vide*, quanto a este último aspecto, a decisão proferida no *Caso Papon versus França*, de 25 de Julho de 2002, disponível em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR).

que os mesmos se baseassem em uma *intime conviction* dos jurados quanto à matéria fáctica por eles dada como assente ou não assente (podendo traduzir-se, por isso, e no limite, as respostas da *cour d'assises* às questões de facto colocadas pelo julgamento em um conjunto de simples “*oui*” ou “*non*”) ¹⁸¹.

4. Breve análise da Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de Novembro de 2013, sobretudo quanto ao *onus probandi* e ao *in dubio pro reo*

4.1. A Proposta de Directiva em causa insere-se no projecto do Conselho Europeu de consecução de um processo penal equitativo na União Europeia, por via do reforço dos direitos processuais dos suspeitos e arguidos, anunciando-se como fruto da preocupação por

¹⁸¹ A problemática da (falta da) motivação do veredicto dos tribunais penais de júri franceses gerou, ao longo de diversos anos, discussão particularmente acesa na doutrina processualista gaulesa, sobretudo pela (des)conformidade de tais actos, gerados apenas pela subjectiva e *intima conviction* dos jurados, com valores constitucionais e pactícios ligados à ideia de *procès équitable*. Aliás, em bom rigor, parte da referida doutrina sustentava que a interpretação jurisprudencial do art. 353 do *Code de Procédure Pénale* no sentido da não exigência legal de motivação era, além do mais, errada, porquanto o que tal norma permitia era, nas decisões tomadas pelas *cours d'assises*, o desvio a um sistema de prova legal, *mas não a isenção de uma obrigação de motivação* de tais decisões. Ora, como acima apontámos, apenas em 2012 (após pronúncia do *Conseil Constitutionnel* sobre a matéria, e na sequência do importante aresto do T.E.D.H. de 13 de Janeiro de 2009, proferido no *Caso Taxquet versus Bélgica*, disponível em www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/) o legislador francês consagrou, com a Lei n.º 2011-939, de 10 de Agosto desse ano, uma nova redacção no aludido art. 353, no sentido de aí passar expressamente a constar “(...) l'exigence de motivation de la décision (...)”, assim acabando com qualquer dúvida que a propósito ainda pudesse ocorrer [sobre a questão, cfr., entre muitos outros, JEAN-BAPTISTE PERRIER, “La motivation des arrêts d'assises (enfin) devant le Conseil Constitutionnel!”, *Recueil Dalloz*, 187.º Année, 17 mars 2011, N.º 11/7460.º, pp. 800 a 802, WANDA MASTOR e BERTRAND DE LAMY, “A propos de la motivation sur la non-motivation des arrêts d'assises: ‘je juge donc je motive’”, *Recueil Dalloz*, 187.º Année, 5 mai 2011, N.º 17/7466.º, pp. 1154 e 1155, e ainda FRANÇOIS SAINT-PIERRE, “Pourquoi la motivation des verdicts de cour d'assises est une garantie de meilleure justice”, *Les Cahiers de la Justice*, 2014/2 (N.º 2), pp. 169 a 174].

aquilo que o *Green Paper* na matéria publicado em 2006 pela Comissão concluiu tratar-se de “(...) uma erosão do princípio da presunção de inocência (...), especialmente em matéria de inquiridos contra nacionais estrangeiros ou não residentes (...)”, e a crescente tolerância do “(...) designado princípio da “presunção de culpabilidade” (...) nos ordenamentos nacionais” dos Estados-Membros (ponto 19. da Exposição de Motivos da Proposta).

O foco essencial da Proposta traduziu-se: na necessidade da aplicação da futura Directiva desde o início até à “conclusão definitiva” do processo penal (art. 2.º), assegurando a presunção de inocência enquanto a culpabilidade do suspeito ou arguido (pessoa singular) não fosse “legalmente provada” (art. 3.º); na questão das referências em público à culpabilidade antes da “condenação definitiva” (art. 4.º); na problemática (primacial objecto do presente estudo) do “ónus da prova” e nível de prova exigido para a condenação (art. 5.º); no direito de o arguido não se auto-incriminar, não colaborar (art. 6.º) e guardar silêncio (art. 7.º) no processo penal; no direito de o arguido comparecer em tribunal a fim de assistir ao seu próprio julgamento (art. 8.º) ou, na eventualidade de não ocorrer tal comparecimento, e dentro de certas condições, poder realizar-se nova audiência (art. 9.º); na via de recurso no caso de violação dos direitos conferidos pela projectada Directiva ao suspeito ou arguido (art. 10.º); *last but not least*, na importantíssima cláusula expressa de não regressão, no sentido de não poder ser a futura Directiva interpretada como limitando ou derogando os direitos e as garantias processuais assegurados na C.D.F.U.E., na C.E.D.H., “(...) noutras disposições relevantes do direito internacional ou no direito dos Estados-Membros que prevêem um nível de protecção mais elevado” (art. 12.º).

4.2. Pelas razões antes expostas (em 3.1.), mostrou-se extremamente positiva a preocupação do legislador europeu quanto à questão da aplicação do princípio da presunção de inocência ao longo de todo o processo, assim como se revelou assaz significativa a questão da exigência, aos poderes públicos, do tratamento a dispensar ao suspeito ou arguido antes da sua condenação (arts. 3.º e 4.º da Proposta).

E se, no que tange aos dois aspectos estritamente “proclamatórios” acabados de enumerar, a Proposta assumiu uma formulação

correcta e consensual — no sentido de se reportar a um lastro de ideário e simultaneamente de concreção adequado (designadamente quanto à injunção, contida no art. 4.º, de os Estados-Membros devem assegurar que, antes de uma “condenação definitiva”, nenhuma declaração pública ou decisão oficial emitida pelas autoridades públicas apresentasse o suspeito ou arguido como condenado) —, já a abordagem à questão do “ónus” da prova — como vimos, algo de nuclear na presunção de inocência — se afigurou bastante mais preocupante ¹⁸².

Após afirmar recair sobre a entidade acusadora (e sem prejuízo dos eventuais poderes *ex officio* do tribunal na matéria ¹⁸³) o ónus de provar a culpabilidade do suspeito ou arguido, acrescentou depois a Proposta deverem os Estados-Membros garantir que qualquer presunção tendo por efeito a inversão do ónus da prova, para além de refutável, fosse “suficientemente importante” para justificar uma derrogação àquele princípio matricial de distribuição probatória (art. 5.º).

Ora, parece-nos haver sido perigosa a utilização de uma cláusula valorativa na matéria. Com efeito, o que se revelaria “suficientemente importante” para justificar uma inversão do ónus da prova em processo penal? E quem avaliaria a *concreta suficiência da importância* das razões justificadoras da apontada inversão?

À primeira interrogação poderia porventura responder-se que as ponderosas finalidades públicas relativas à proficiência da investigação e administração da justiça penal não deveriam nunca ficar aprisionadas de uma (suposta) hipertrofia garantística, sendo precisamente essa, na mesma perspectiva, uma boa razão para a inversão do ónus da prova em determinadas matérias sujeitas ao julgamento penal.

Quanto a nós, no entanto, a mencionada concepção vem acompanhada de um entendimento do próprio direito penal substantivo

¹⁸² Podendo também seguramente suscitar-se alguns interessantes problemas quanto aos direitos ao silêncio e à não auto-incriminação, previstos, respectivamente, nos arts. 6.º e 7.º da Proposta (sobre estas matérias, atente-se na análise de MARIA JOÃO ANTUNES e JOANA FERNANDES COSTA, “Proposta de Directiva...”, *cit.*, pp. 25 e 26).

¹⁸³ O que, como já dissemos, significa o acolhimento, em sistemas como o português, do princípio complementar de investigação na estrutura acusatória do processo (cfr., *supra*, 3.3.).

assente em pressupostos que não raro derivam de um programa político-criminal de maior pendor punitivo e securitário ¹⁸⁴. Não sendo este o local próprio para a escalpelização do tema, sempre manifestaremos as nossas (muitas) reticências quanto a essa visão das coisas, porquanto estamos convictos de que o processo penal — *maxime*, no campo probatório — constitui o verdadeiro elemento de charneira do modo como o respeito pela dignidade humana e a democraticidade de um Estado no domínio da justiça são ou não efectivamente vividos.

Depois, a resposta à segunda questão — recorde-se, a avaliação da *suficiência da importância* dos motivos justificadores da inversão do ónus da prova — deveria aparentemente entroncar no respeito do legislador europeu pelas “diferenças entre as tradições e os sistemas jurídicos dos Estados-Membros” (n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.), Estados-Membros esses que, portanto, no seu (relativo) livre alvedrio, ponderariam daquela suficiência.

Pois bem, pensamos que o *so called* respeito por diferentes idiosincrasias jurídicas traduziria, por parte da União Europeia, a aquiescência ou mesmo o reconhecimento da tese de que em uma dimensão nuclear da presunção de inocência não seria de estabelecer mais do que um frágil patamar comum aos Estados-Membros. Ou seja, se a presunção de inocência surgiria sempre como património axiológico europeu inalienável, já a concreta forma do possível (des)respeito substancial por tal princípio em termos de dinâmica probatória ¹⁸⁵ no processo tenderia a não caber nas “regras mínimas” definidas na Proposta, a observar (ou não) por cada Estado-Membro.

¹⁸⁴ A propósito, MARIA FERNANDA PALMA, “O problema penal...”, *cit.*, p. 53, AUGUSTO SILVA DIAS, “De que direito penal...”, *cit.*, pp. 315 e 316, JUAN SOTOMAYOR ACOSTA, “El derecho penal garantista en retirada?”, *Revista Penal*, N.º 21, 2008, p. 149, e, com especial ênfase no chamado *direito penal expansionista*, ANTÓNIO MIGUEL VEIGA, “Direito penal do bem jurídico e direito penal expansionista: ‘gémeos separados à nascença?’”, *Revista Portuguesa de Direito Constitucional*, N.º 1, 2021, pp. 191 a 198.

¹⁸⁵ Pois que se nos afigura, e mais uma vez o dizemos, não deixar de constituir uma clara entorse a um princípio básico de processo penal de qualquer Estado democrático a existência de presunções incriminatórias.

Não desconhecemos que o n.º 2 do art. 6.º da C.E.D.H. — fonte assumida pela Proposta e subsequente Directiva na temática em análise — tem sido por vezes interpretado pela jurisprudência do respectivo Tribunal no sentido de que a presunção de inocência não é absoluta e pode ser restringida desde que as autoridades estatais consigam operar um balanço entre a importância do que está em jogo e os direitos de defesa, e ao acusado seja facultada a hipótese de refutação da presunção que contra ele exista. Pugnando, assim, a Corte de Estrasburgo pela admissibilidade de certas presunções que invertam o ónus da prova ¹⁸⁶. Aliás, o considerando 32. da Exposição de Motivos da Proposta referiu-se a esta mesma questão, e o n.º 2 do próprio art. 5.º da Proposta preceituava que para refutar a presunção bastaria “(...) que a defesa (...)” produzisse “(...) provas suficientes para suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido”.

Teremos, também aqui, de expressar um *lamento*: quer pela directriz interpretativa acabada de traçar, seguida pelo T.E.D.H., quer pelo *menor arrojo* que a Proposta revelou em relação à matéria ¹⁸⁷. Ainda para mais, quando essa Proposta se autointitulou de descendente directa de uma linhagem legislativa europeia destinada à obtenção

¹⁸⁶ Sobre a compatibilidade, sustentada pelo T.E.D.H., entre as presunções legais de culpa e o art. 6.º, n.º 2 da C.E.D.H., cfr. ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, cit., pp. 98 a 102, ED CAPE, ZAZA NAMORADZE, ROGER SMITH e TARU SPRONKEN, *Effective Criminal Defence...*, cit., pp. 27 e 28, WILLIAM SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford University Press, 2015, pp. 288 a 300, e decisões jurisprudenciais para que remetem, especialmente as relativas aos Casos *Salabiaku versus França*, de 7 de Outubro de 1988, *Pham Hoang versus França*, de 25 de Setembro de 1992, *Telfner versus Áustria*, de 20 de Março de 2001, *Krumpholz versus Áustria*, de 18 de Março de 2010, e *Nicoleta Gheorghe versus Roménia*, de 3 de Abril de 2012 (todas disponíveis em www.worl-dlii.org/eu/cases/ECHR); para uma dissecação crítica da primeira das decisões ora citadas, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, cit., pp. 486 a 491.

¹⁸⁷ *Menor arrojo* que, em todo o caso, se compreende (embora, repitamo-lo, se *lamente*) no contexto dos instáveis equilíbrios político-ideológicos ligados à convivência dos vários Estados-Membros, orientados por visões distintas acerca do maior ou menor *enforcement* que entendem dever inerir ao sistema processual penal.

de um *elevado nível de efectivos direitos de defesa* dos suspeitos e arguidos em processo penal ¹⁸⁸.

Pareceria estar em jogo uma ânsia de *proporcionalidade* entre duas valências essenciais: a tal (suposta) melhor proficiência do aparelho de justiça e a assunção das garantias de defesa dos arguidos. E — dir-se-ia —, desde que não se concluísse por uma óbvia *desproporcionalidade* entre o nível de (des)respeito por um e outro dos valores, seria justificável uma “ligeira” *compressão* das garantias de defesa em prol da proficiência punitiva, admitida que fosse a hipótese de refutação da presunção visando o arguido.

Não partilhamos, contudo, da visão agora exposta, e por três razões fundamentais.

Em primeiro lugar, porque ficamos sem perceber, confessamo-lo, se ínsita à argumentação estaria — ou estaria sempre — uma verdadeira tomada de posição substancial sobre o peso e a valia dos bens em si mesmos, ou antes uma ideia radicalmente *utilitarista* acerca daquilo que, em termos de aparente assertividade e eficácia do sistema, uma diminuição de garantias de defesa poderia trazer na chamada “luta contra o crime”. Cabendo perguntar se a dignidade humana “suportaria” ser colocada em xeque por essa diminuição de garantias de defesa inerente à vigência de presunções incriminatórias, sem que, ainda assim, tal realidade revestisse especial significado em um Estado de Direito democrático. Como se, em suma, aquele valor — dignidade humana — não revelasse, *per se*, uma magnitude a dever ser *sempre* respeitada pela administração da justiça penal...

Acrescendo — segunda razão — não poder ser o problema, precisamente por tocar o núcleo essencial da dignidade humana, perceptível em termos de uma estrita metódica de proporcionalidade ou concordância prática ¹⁸⁹, visto que a presunção de inocência vale por

¹⁸⁸ Cfr. considerandos 1. a 9. da Exposição de Motivos da Proposta.

¹⁸⁹ Desenvolvendo esta ideia, embora a propósito das proibições de prova, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, “Revisitação de algumas ideias-mestras da teoria das proibições de prova em processo penal (também à luz da jurisprudência constitucional portuguesa)”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 146.º (2016), N.º 4000, pp. 9, 10, 13 e 15, e, mais recentemente, quanto ao modo de obtenção da verdade processual, “Sobre a natureza e a espécie da ‘verdade’...”, *cit.*, pp. 583 a 585.

si mesma e é indissociável de um processo penal de estrutura democrática ¹⁹⁰ ¹⁹¹, não devendo a investigação criminal e a administração da justiça *lato sensu* escorar-se em meios (substantivos ou processuais) que garantam (de um modo mais “fácil”) condenações ¹⁹².

Por fim, porque, como atrás já dissemos, a ideia de proporcionalidade é garantida (e tem *sempre* de ser garantida) nas restrições de liberdade atinentes à imposição das medidas de coacção ¹⁹³, orientadas ainda pelos critérios constitucionais e legais da necessidade e adequação na respectiva aplicação. Simplesmente, as preocupações cautelares a pacificar aquando da definição das medidas coactivas não podem erigir-se, depois, em estalão de análise e decisão do material probatório trazido a julgamento, visto, desde logo, o espectro de abrangência futura, na vida de cada visado, de uma potencial condenação penal.

5. O que (não) transitou para a Directiva (UE) 2016/343, de 9 de Março de 2016

5.1. Em termos de mera escrita, não são descortináveis significativas alterações entre a Proposta e a concretização textual da Directiva que se lhe seguiu.

O que acabamos de notar, todavia, não equivale a afirmar uma qualquer ausência de problemas hermenêuticos, em especial se tentarmos avançar para além da superficialidade da grafia e penetrar nas reais intenções legislativas. Porque o ponto não estará tanto

¹⁹⁰ GERMANO MARQUES DA SILVA, *Direito Processual Penal... e Volume I cits.*, p. 51.

¹⁹¹ Tal como é também indissociável do processo penal de um Estado de Direito, e a título de exemplo, a garantia — sempre — de um tribunal independente e imparcial a julgar o arguido (art. 203.º da C.R.P.) (sobre esta garantia, à luz da C.E.D.H., JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e MARIA JOÃO ANTUNES, “La notion européenne de tribunal indépendant et impartial. Une approche à partir du droit portugais de procédure pénale”, *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, N.º 4, 1990, pp. 734 a 737).

¹⁹² Neste exacto sentido, ANDREW STUMER, *The Presumption of Innocence...*, *cit.*, p. 51.

¹⁹³ Cfr., *supra*, 3.1., especialmente nota 66.

naquilo que o texto da Directiva ostenta e é facilmente apreensível por uma qualquer leitura simplista, mas porventura mais na *ausência* de uma clara tomada de posição sobre determinados aspectos, a seguir enunciados, da matéria que vimos analisando.

5.2. Importará começar por perceber se, no contexto normativo da Directiva, a possibilidade da existência de presunções de culpabilidade (e não estamos a reportar-nos, reafirme-se, a presunções judiciais conaturais à actividade do decisor ¹⁹⁴) é admitida, negada, ou — em jeito de um *tertium genus* — pura e simplesmente ignorada.

É verdade que, diversamente do teor textual do n.º 2 do art. 5.º da Proposta — o qual, como há pouco referimos, previa a possibilidade da ocorrência de presunções tendo como primacial efeito a inversão do ónus da prova —, o n.º 1 do art. 6.º da Directiva proclama que “os Estados-Membros asseguram que recaí sobre a acusação o ónus da prova da culpa do suspeito ou do arguido (...)”. Mas consubstanciará essa afirmação uma inequívoca proibição quanto à hipotética mobilização, por um qualquer Estado destinatário da Directiva, de presunções de culpa na construção dos seus tipos incriminadores ou, até, uma interdição de regras processuais penais de apreciação da prova facilitadoras, em alguns casos (a tocarem interesses julgados *importantes* pelos Estados), de uma inversão do *onus probandi*? É que, se percorrermos o intróito de considerandos justificadores do produto normativo agora em questão (Directiva), continuaremos a deparar com a afirmação, *ipsis verbis*, por parte do legislador europeu, da possibilidade de utilização, pelos Estados-Membros, “(...) de *presunções de facto ou de direito em relação à responsabilidade penal de um suspeito ou de um arguido* (...)”, as quais “(...) deverão ser delimitadas de forma razoável, tendo em conta a *importância dos interesses em causa* e mantendo os direitos de defesa, e os meios empregues deverão ser razoavelmente proporcionados ao objectivo legítimo visado” (considerando 22., com itálicos nossos) ¹⁹⁵. Parecendo, pois,

¹⁹⁴ Vide, *supra*, 3.5.

¹⁹⁵ Em comentário à Directiva, o Forum Penal — Associação de Advogados Penalistas defende que o referido considerando 22. deverá ser interpretado de “forma

admissível a interpretação segundo a qual permanece a União convicta de que a vigência de presunções de culpa (*legais, de facto* ou *de direito*), longe de constituir uma absoluta e intransponível “linha vermelha”, ganhará porventura justificação nos casos em que a “importância dos interesses em causa”, e dentro de “limites razoáveis”, como tais vistos pelos Estados, o sustente^{196 197}.

Concluindo, continuará a existir margem (uma margem pouco clara, concede-se, mas apesar de tudo não obliterada) para se advogar a “tolerância” da União quanto à verificação de presunções de culpa em todo o domínio do ónus probatório em processo penal. Pois que, repitamo-lo, podendo a Directiva tê-las expressamente proibido, a verdade é que não o fez.

5.3. Depois, constata-se a ausência de menção, na Directiva (tal como, aliás, já acontecia na Proposta), à exigência de motivação das decisões penais, *maxime* condenatórias.

Trata-se, como tentámos explicar, de algo de absolutamente nuclear à percepção e ao escrutínio da via cognitiva adoptada pelo julgador na apreciação do material probatório e na subsequente decisão tida como apta a estruturar.

Pelo que a pergunta se impõe: se a Directiva não estabeleceu como mandamento dirigido à lei processual penal dos Estados da União a expressa necessidade de explanação, pelos decisores, do dito percurso

cautelosa”, tendo em conta, além do mais, a própria história do processo legislativo que conduziu à redacção final do art. 6.º da Directiva (www.forumpenal.pt).

¹⁹⁶ Assim seguindo a União Europeia, segundo parece, a (perigosamente) “generosa” posição jurisprudencial do T.E.D.H. na matéria (cfr. nota 186) (a propósito, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, p. 487, e WILLIAM SCHABAS, *The European Convention...*, *cit.*, pp. 299 e 300).

¹⁹⁷ Aliás, se entendermos que a Directiva não proibiu a operatividade de eventuais presunções legais de culpa (mesmo na estruturação dos tipos) a onerar a posição processual do arguido, e essa constituir a prática — *ex vi legis* — consagrada em um determinado Estado-Membro, nenhuma alteração ocorrerá por força da Directiva, *na prática das coisas*, em termos das garantias (ou da falta delas...) inerentes ao *onus probandi* e ao princípio *in dubio pro reo* em processo penal vigentes em tal Estado... (em tese, CRISTIANA VALENTINI, “La presunzione d’innocenza...”, *cit.*, p. 195).

de cognição e valoração probatórias, como poderá compatibilizar-se a *inocência presumida* do arguido com uma eventual condenação *não explicada* que lhe seja assestada?

5.4. Embora consubstanciando um *thema* de cariz mais geral (no sentido de não especificamente atinente ao *onus probandi*), manteve o art. 3.º da Directiva, na senda de semelhante norma da Proposta que a antecedeu, a proclamação de que “os Estados-Membros asseguram que o suspeito ou arguido se presume inocente enquanto a sua culpa não for *provada nos termos da lei*” (itálicos nossos) ¹⁹⁸. O que nos deixa intacto, também aqui, um sentimento de aporia sobre a falta de assunção clara de propósitos por banda do legislador europeu. Acima de tudo, porque a Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos da União Europeia havia proposto, *sem sucesso*, em 21 de Abril de 2015, uma alteração de redacção de tal art. 3.º, por forma a que a gama de efeitos ínsitos à presunção de inocência se mantivesse enquanto a culpabilidade do suspeito ou arguido não fosse provada por meio de *decisão definitiva* (ou seja, não susceptível de recurso) proferida em processo penal, no decurso de um julgamento público que assegurasse todas as garantias de defesa ¹⁹⁹. Ora, se tal proposta de alteração não vingou, qual será, então, o exacto significado da formulação “culpabilidade legalmente provada”, que viu a luz na Directiva? Não, seguramente, o de que (como sucede em Portugal ²⁰⁰) só o trânsito em julgado da decisão condenatória “desfará” a presunção de inocência...

¹⁹⁸ Reconheça-se que diversos textos constitucionais europeus (a *Constitution* francesa ou, em termos até mais genéricos, o art. 24, n.º 2 da *Constitución* da nossa vizinha Espanha, por exemplo) não contêm, como a Lei Fundamental portuguesa (art. 32.º, n.º 2) ou a *Costituzione* italiana (art. 27., *comma* 2.ª), a expressa menção do trânsito em julgado de uma decisão condenatória como marco temporal para o termo da aplicabilidade da presunção de inocência, fazendo apenas referência a este princípio e à necessidade de, para o desfazer, a culpa do acusado ser “legalmente estabelecida”.

¹⁹⁹ Cfr. o texto do Relatório da aludida Comissão em <https://op.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/64baa12c-b75c-11ed-8912-01aa75ed71a1/language-pt>.

²⁰⁰ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS e NUNO BRANDÃO, *Direito Processual Penal. Os Sujeitos...*, *cit.*, pp. 250 e 251. No entanto, como nota — e bem — JORGE CASTRO,

Assim, em uma certa visão das coisas, a fórmula adoptada no art. 3.º, conjugada com a plasmada no art. 4.º (atinentes às referências em público à culpa do suspeito ou arguido) da mesma Directiva, parece mostrar como a União Europeia, *na prática*, acaba por considerar a presunção de inocência uma garantia sacrificável após o juízo de primeira instância ²⁰¹. O que valerá para dizer que, no contexto de um Estado onde a lei consagra a possibilidade de execução de decisões condenatórias ainda não transitadas em julgado ²⁰², com todas as gravosas consequências daí advenientes para a posição do condenado, a plenitude das garantias associadas ao princípio da presunção de inocência não será seguramente promovida pela Directiva de que vimos cuidando ^{203 204}.

a presunção de inocência poderá até “renascer”, no sistema processual português, mesmo *depois* do trânsito em julgado da decisão condenatória, em alguns casos de interposição de recurso extraordinário de revisão (arts. 449.º e ss. do C.P.P.) (“Ainda a presunção...”, *cit.*, pp. 534 a 537).

²⁰¹ No mesmo sentido se pronuncia CRISTIANA VALENTINI, “La presunzione d’innocenza...”, *cit.*, pp. 195 e 196.

²⁰² Não desconhecemos haver quem entenda, na lógica do afirmado na nota 198, que a execução de decisões condenatórias ainda não completamente estabilizadas em termos de apreciação jurisdicional de recurso é justificável em um Estado de Direito democrático. Um exemplo de tal entendimento pode ser encontrado na jurisprudência produzida pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro a partir (sobretudo) de 2016, no sentido de, em uma interpretação dita “flexível” do proclamado no art. 5.º, LVII da Constituição brasileira (segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”), autorizar a execução da pena a partir das decisões proferidas por tribunais de apelação, estando ainda pendentes de julgamento recursos extraordinários, com base em uma ideia de ponderação entre os valores da presunção de inocência e da eficiência do sistema judicial penal (contra, advogando que um entendimento do referido jaez fere, de modo inadmissível, a garantia constitucional da presunção de inocência, GUSTAVO HENRIQUE BADARÓ, *Processo Penal*, 4.ª edição revista, actualizada e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, pp. 539 e 540, e, mais especificamente sobre a concreta jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em questão, RENATO BELINI, “Execução provisória da pena no Brasil: as irracionalidades da actual jurisprudência do STF”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 26, Volume 145, 2018, pp. 282 e ss.).

²⁰³ Já assinalámos também (nota 198) que a opção do legislador constitucional português (como do italiano), com natural densificação ordinária (arts. 467.º, n.º 1 e 477.º, n.º 1 do nosso C.P.P. e arts. 650. e ss. do *Codice di Procedura Penale*

italiano), foi a de não abdicar, para a execução de uma decisão penal condenatória, do respectivo trânsito em julgado, por só assim lhe ser reconhecido o atributo da normal e tendencial *irrevogabilidade* (MANUEL ANTÓNIO LOPES ROCHA, “Execução das penas e medidas de segurança privativas da liberdade”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, p. 480). E em nada mudará esta visão das coisas a possibilidade de um arguido condenado em pena de prisão efectiva por decisão penal ainda não transitada se encontrar privado da liberdade por efeito de uma medida coactiva de cariz detentivo e assim poder continuar até ocorrer o trânsito em julgado da decisão condenatória. É que, como atrás demos igualmente a entender (3.1., e nota 66), a aplicação da medida de coacção teve a justificá-la um conjunto de exigências de natureza cautelar (enunciadas, em termos gerais, no art. 204.º do nosso C.P.P.), actuaentes *in casu* — e que, aliás, uma vez desaparecidas, ou esgotado o prazo máximo de duração da medida, deverão levar à extinção da mesma, com a libertação do arguido [arts. 212.º, n.º 1-b) e 215.º a 218.º, todos do C.P.P.] —, não podendo funcionar como a *antecipação de um castigo* (pena de prisão decidida na sentença ou acórdão) que, em rigor, nem se sabe se virá a concretizar-se após a decisão do recurso (muito embora, confirmando-se a aplicação da pena de prisão, e por óbvias razões de respeito pela dignidade do condenado, terá, nos termos do n.º 1 do art. 80.º do nosso C.P., de ver descontado no respectivo *quantum* o período de privação de liberdade entretanto decorrido por efeito da manutenção da medida coactiva em causa). Ou seja, não estando nós, de todo em todo, a lidar com qualquer execução provisória ou antecipada de uma decisão condenatória ainda não transitada em julgado.

²⁰⁴ Nada do que vimos afirmando é abalado pela existência daquilo que, em termos doutrinários e jurisprudenciais, é chamado de efeito do *caso julgado parcial* ou *caso julgado sob condição resolutiva* na delimitação do âmbito do recurso, quando este não se fundar em motivos estritamente pessoais (acerca deste tipo de motivos, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário...*, *cit.*, pp. 1064 e 1065). Assim, em caso de comparticipação criminosa, se um co-arguido não recorrer da decisão condenatória, esta adquire a força de caso julgado parcial quanto a ele, podendo, por isso, ser executada, sem prejuízo de esse mesmo arguido não recorrente vir eventualmente a beneficiar — até pela virtualidade contida no n.º 2-a) do art. 402.º e no n.º 3 do art. 403.º, ambos do C.P.P. — da hipotética procedência do(s) recurso(s) interposto(s) pelo(s) outro(s) co-arguido(s) (a propósito, JOSÉ NARCISO DA CUNHA RODRIGUES, “Recursos”, *Jornadas de Direito Processual Penal. O Novo Código de Processo Penal*, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 387 e 388, e Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 2007 e 27 de Setembro de 2007 e da Relação do Porto de 14 de Outubro de 2020, todos disponíveis em www.dgsi.pt). O que significa, pois, que, podendo permitir a execução da pena de prisão de um arguido não recorrente, o caso julgado sob condição resolutiva tem como pressuposto, note-se bem, *uma situação de trânsito em julgado quanto a esse não recorrente* (e ainda que, como dissemos, a execução se mostre passível de uma eventual modificação posterior pelo sucesso — que aproveite àquele — do recurso de um co-arguido).

5.5. Dada a ausência de resposta apodíctica aos aspectos acabados de enunciar, não temos grande pejo em afirmar que não apenas no ónus da prova o legislador europeu adoptou uma visão menos garantística do que a preconizada pela ordem processual portuguesa actualmente vigente ²⁰⁵.

Mesmo com alterações legislativas como a protagonizada pela Lei n.º 20/2013, de 21 de Fevereiro (que aportou importantes — e, porventura, não totalmente isentos de crítica — reflexos na questão da valoração, em audiência de julgamento, de declarações prestadas pelo arguido anteriormente a tal fase), o nosso C.P.P. continua a proporcionar, em termos de produção e apreciação probatórias, na decorrência do princípio geral contido nos n.ºs 1 e 2 do art. 32.º da C.R.P., um relativo equilíbrio (porventura mais instável, após as ditas alterações legislativas de 2013) entre os interesses subjacentes ao processo penal. Relativo equilíbrio que, por tudo o que já atrás focámos, não se manteria com a introdução de cláusulas como as que atinem à possibilidade de presunções tendentes à inversão do “ónus da prova” [e ainda que, como preconizava o n.º 2 do art. 5.º da Proposta de Directiva, “bastasse” “(...) que a defesa (...)” produzisse “(...) provas suficientes para suscitar uma dúvida razoável quanto à culpabilidade do suspeito ou arguido”, assim devendo gerar-se a sua absolvição]. Efectivamente, assentar a possibilidade de punição (com os efeitos deletérios que a mesma contém em si) não a partir “(...) daquilo que o agente *fez*, mas sim daquilo que, salvo prova em

Sem embargo, afigura-se-nos relevar de alguma prudência que, em certas e contadas situações, a apreciar em concreto pelo juiz competente — *maxime*, quando o condenado não recorrente se encontra em liberdade —, possa aguardar-se o desenrolar do recurso e a completa estabilização da decisão que dele conheça e só depois, no caso de essa decisão não comportar nenhuma interferência *in mellius* na situação do não recorrente, se ordenando a efectiva execução da respectiva pena privativa da liberdade (art. 478.º do C.P.P.).

²⁰⁵ Igual raciocínio não valendo, por exemplo, quanto aos julgamentos *in absentia*, matéria na qual as directrizes emanadas pela Directiva certamente que demandariam um cuidado trabalho de transposição por parte do legislador português, tendo em vista o incremento da protecção processual do arguido em tal domínio (assim, MIGUEL JOÃO COSTA e PEDRO CAEIRO, “Portugal. The implementation of the Directives...”, *cit.*, pp. 185 a 188).

contrário” — ou, diremos nós, adaptando-nos à circunstância concreta, salvo o suscitar de “dúvidas razoáveis quanto à sua culpabilidade” —, “*se presume ter ele feito (...)*”²⁰⁶, introduziria um *tonus* (globalmente) estranho ao nosso processo penal.

O grau de certeza necessário a uma condenação penal terá de ser sempre aquele que nos é imposto pelo ideário de um Estado de Direito democrático, que não abdica de regras mínimas (aqui, sim, “regras mínimas”) sustentadoras de um *fair trial* e dos direitos de defesa essenciais a qualquer arguido. E se esses direitos de defesa não são colocados em crise com a intervenção das presunções naturais e da denominada prova indirecta — que, como vimos atrás, exigem um sustentado trabalho de relação, inferência e concatenação lógico-racional —, já seguramente o seriam com a criação de presunções legais, para as quais não importaria tanto se o arguido praticara ou não o facto proibido, *bastando que pudesse presumir-se* que ele o praticara. Logo, o enquadramento de algumas situações de facto em tais presunções teria como inexorável resultado o desrespeito (*prático*) pela possibilidade de exercício de direitos de defesa básicos como a auto-remessa ao silêncio²⁰⁷ e a

²⁰⁶ As palavras são de PEDRO CAEIRO [“Sentido e função do instituto da perda de vantagens relacionadas com o crime no confronto com outros meios de prevenção da criminalidade reiditícia (em especial, os procedimentos de confisco *in rem* e a criminalização do enriquecimento ‘ilícito’)”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 21 (2011), n.º 2, p. 301, com itálicos do AUTOR], que, embora aplicadas em um outro contexto problemático, traduzem o “salto” permitido pela Proposta, e que a Directiva parece não ter proibido categoricamente.

²⁰⁷ Com efeito, não vemos como sustentar que o exercício do silêncio, pelo arguido, em uma qualquer questão factual coberta por uma presunção legal de culpabilidade, não conduziria a um objectivo prejuízo decorrente daquele mesmo exercício. Se, como por vezes é afirmado jurisprudencialmente entre nós (*vide*, por exemplo, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008, disponível em www.dgsi.pt), o uso do silêncio não deve, *ipso facto*, beneficiar o arguido (fórmula porventura algo equívoca, pois que aplicada ao exercício de um direito constitucional e legalmente consagrado — embora dependente, em termos de efectiva valia probatória, da ponderação daquilo que a globalidade de cada processo contenha de mais ou menos condenatório em relação ao arguido (cfr. nota 91) —, não tendo, por isso mesmo, como traduzir-se em uma espécie de benesse *a priori* supostamente não devida], também é certo que não o poderá prejudicar, sob pena de

não colaboração em termos probatórios para a respectiva condenação, bem como pela garantia de não imposição de um *onus probandi* ao arguido.

6. Síntese conclusiva

6.1. Se Portugal, enquanto Estado-Membro da União Europeia, não pode deixar de estar consciente do espírito do “contrato” assumido quando aderiu ao projecto de uma “Europa Unida”, também não é menos verdade que a idiosincrasia europeia actual não é (e não pode ser) a mesma de há décadas atrás. E a perspectiva da criação do espaço europeu de “liberdade, segurança e justiça” almejado pelos Tratados comporta, nos campos penal e, sobretudo, processual penal, um conjunto de problemas ligados a duas realidades nem sempre facilmente compagináveis: a cooperação inter-estatal no seio da União, e a preservação da ideia de soberania que a administração da justiça naturalmente aduz a cada Estado.

Por outro lado, importará questionar se a eventual aproximação entre aspectos sensíveis das ordens jurídico-processuais penais enquanto elemento útil a uma melhor consecução da referida cooperação e do reconhecimento mútuo (tal como, aliás, expressamente consagrado no n.º 2 do art. 82.º do T.F.U.E.²⁰⁸) não parecerá estar

defraudamento, claro e inequívoco, da previsão contida no n.º 1-d) do art. 61.º do C.P.P. Por consequência, de novo o afirmamos: a admitirem-se presunções legais de culpabilidade — não assentes em nada mais para além de uma ficção legal *contra reo* —, dar-se-ia um passo em frente no *esvaziamento* do exercício do direito ao silêncio em determinados casos-limite, de contornos fácticos dúbios, pois que, *na prática*, desse mutismo deveria o arguido necessariamente prescindir para assim tentar ver desfeito ou atenuado o gravame inerente à presunção que sobre ele recaísse. Não se tratando, portanto, apenas de deixar de entender legalmente (como seria suposto) o silêncio do arguido enquanto *nullum* jurídico (MANUEL DA COSTA ANDRADE, *Sobre as Proibições...*, *cit.*, pp. 128 e 129), mas de algo até mais grave: potenciar um contributo probatório do arguido sem ter na respectiva génese o exercício livre do seu direito de prestar (ou não) declarações.

²⁰⁸ MIGUEL JOÃO COSTA e PEDRO CAEIRO, “Portugal. The implementation of the Directives...”, *cit.*, p. 172.

a ceder a uma política *praticamente* uniformizadora, porventura não atreita a uma visão tão humanista e garantística do processo penal quanto *prima facie* poderia supor-se ²⁰⁹.

6.2. A complacência da Proposta de Directiva analisada relativamente à possibilidade da consagração de uma inversão do “ónus da prova”, por via do estabelecimento de verdadeiras presunções legais em sede probatória, deveria ter suscitado, portanto, e logo *ab initio*, firmes reservas por parte dos Estados, como Portugal, imbuídos de um espírito que se crê verdadeiramente democrático no modo como edificaram a sua estrutura processual penal contemporânea ²¹⁰. E apesar de parecer que o legislador europeu decidiu, depois, “emendar a mão” na versão final da Directiva, a verdade é que, como procurámos alertar, não cortou cerce (*como podia e devia*), em tal instrumento normativo, quanto à inadmissibilidade de presunções legais no processo penal. Se a atitude legislativa europeia ficou a dever-se ao suposto respeito por eventuais “tradições” jurídicas próprias de alguns Estados apegados a um figurino processual penal de feições porventura mais “musculadas”, essa não é, quanto a nós, razão justificativa bastante (nem sequer necessária) para a opção tomada. Desde logo, porque, ao procurar a harmonização enquanto valor *a se* considerado, não pode a União divisar essa mesma harmonização como objectivo em si mesmo, a obter a qualquer custo. Diversamente, o intuito uniformizador só ganhará genuína legitimação e razão de ser se ao serviço de valores caros ao património axiológico

²⁰⁹ Aludindo expressamente à tentação de uma deriva cada vez mais securitária a partir da harmonização no espaço europeu, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *O Direito Penal Europeu...*, cit., p. 126.

²¹⁰ Estrutura em que — para utilizarmos a *alegoria do relógio* pensada por PEDRO CAEIRO a propósito da (in)coerência dos sistemas penais nacionais relativamente ao direito europeu — a possibilidade de existência de presunções legais conducentes à obrigação de demonstração da não culpabilidade por parte do arguido geraria, parece-nos, uma forma de *medição do tempo no sentido contrário ao dos ponteiros do relógio*, perante o padrão constitucional vigente (a propósito da *alegoria do relógio*, cfr., do referido AUTOR, “A coerência dos sistemas penais...”, cit., pp. 243 a 247).

européu ²¹¹. Neste conspecto, o princípio da presunção de inocência, assente (entre outros pilares) na ausência de presunções legais de culpa e de (ainda que meramente latentes) inversões do *onus probandi*, não pode ser percepcionado como resquício (mais ou menos “elegante”, mas anacrónico ²¹²) de um liberalismo iluminista *démodé* e incompatível com a proficiência exigida pelos tempos hodiernos. Pelo contrário, nunca a afirmação e a correcta perspectivização da presunção de inocência se mostraram tão necessárias em um mundo, como o europeu, cada vez mais confrontado com solicitações e desafios — po(n)derosos e díspares — abaladores dos alicerces democráticos que grande parte dos Estados do “Velho Mundo” tradicionalmente reclama como inerentes à sua mundividência.

Pelo que, a orientarem-se por um espírito que apele a ideias (ainda que sub-reptícias) de securitarismo exacerbado, as concretas medidas propostas pelo legislador europeu tenderão a gerar menos *confiança ou vontade* de cooperar por parte daqueles que, como Portugal, têm sabido manter-se do lado (pensamos que mais) correcto da administração da justiça penal.

²¹¹ Património axiológico no qual, como vimos, o princípio da presunção de inocência ganha um insubstituível poder agregador comum (realçando este aspecto, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, pp. 484 a 486).

²¹² Também assim, MARIO CATERINI, “Presunzione...”, *cit.*, p. 486.



GESTLEGAL

www.gestlegal.pt • editora@gestlegal.pt