

ALGUNS SINAIS SOBRE TENDÊNCIAS ACTUAIS DO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS — CONVERGÊNCIAS METODOLÓGICAS SOBRE O CONTRADITÓRIO, A PROVA, A IMEDIAÇÃO E A CONFIANÇA NOS JUÍZES

PAULO DÁ MESQUITA

Sumário: O direito probatório penal português é marcado por *convergências* e *divergências* com o direito anglo-americano e o direito processual civil.

Entre os focos de *convergências* metodológicas destacam-se o aprofundamento da responsabilização dos sujeitos processuais da dialéctica e o reforço dos poderes processuais do juiz, nomeadamente, sobre o controlo da relevância da prova, abusos das *partes* e efectivação do contraditório.

A axiologia base do princípio da investigação, a descoberta da verdade, subsiste presente, embora existam reconfigurações operativas do princípio no sentido do aprofundamento, no plano procedimental, do carácter subsidiário das iniciativas probatórias do juiz e da exigência de um juízo judicial positivo e fundamentado sobre a sua relevância e necessidade.

O princípio processual da imediação, superadas as bases políticas que conformavam o princípio no processo autoritário, deve ser perspectivado fundamentalmente como um instrumento do contraditório, num contexto comunicacional conformado pela proliferação de mediadores tecnológicos geradores de novas interações do tribunal de julgamento com factos probandos e actos processuais.

As provas pessoais produzidas e registadas em audiência de julgamento anulada por motivo autónomo da produção de prova mantêm o valor probatório para o novo julgamento da primeira instância.

As provas produzidas em sessão de julgamento interrompida por mais de 30 dias apresentam garantias superiores a outras vias de admissão de provas pessoais produzidas antes do julgamento como as declarações para memória futura.

A proposta de lei n.º 263/XII na parte em que opera a alteração do artigo 328.º do CPP, eliminando a sanção da perda de eficácia da prova por interrupção na fase de julgamento em primeira instância por mais de 30 dias, amplia e flexibiliza a utilizabilidade probatória dessas provas na medida em que dispensa o tribunal de diligenciar por nova convocatória das fontes de prova já ouvidas.

A verdade factual no julgamento criminal é um valor comum aos direitos europeu continental e anglo-americano o qual é lesado por proibições *artificiais* de prova.

Índice: Razão de ordem; I. Enquadramento histórico das *divergências* relativamente ao direito probatório anglo-americano e ao direito probatório civil; II. O adversarialismo e a prova; III. Algumas notas sobre o programa do Código de Processo Penal de 1987 relativamente às provas constituídas e a posição do juiz; IV. *O que disser pode ser usado contra si*; V. O princípio da imediação — a *experiência* sensorial, o modo de *assunção das provas* e o contraditório; VI. Provas pessoais produzidas em audiência contraditória, regras ordenadoras dirigidas ao tribunal e direito à prova.

RAZÃO DE ORDEM

As breves notas que se seguem são circunscritas a um conjunto de sinais que têm como eixo as ideias de contraditório e direito à prova, valores fundamentais sobre a fisionomia de um sistema, nomeadamente, por dois motivos centrais:

- (1) Estão no epicentro das questões ideológicas do processo, em particular na tensão sobre os papéis e poderes probatórios do juiz e dos sujeitos da dialéctica do julgamento;
- (2) Constituem vertentes nucleares da dimensão epistémica do processo que, nas palavras de MICHELLE TARUFFO, compreende «a análise das provas na perspectiva da sua capacidade para funcionarem como instrumentos dirigidos à descoberta da verdade» ¹.

Matérias que acentuam encontros e desencontros, ou *convergências* e *divergências*, associadas à dicotomia de famílias *civil law* e *common law* que, entretanto, admitiram casamentos, e, numa metáfora recorrente, alguns *transplantes jurídicos*. Metáfora dos *transplantes* que representa o processo de colocação, intencional, de um elemento proveniente de um outro meio no receptor, eventualmente acompanhado de outras intervenções, com previsão do impacto potencial mas sem domínio total dos efeitos e reacção, do elemento transplantado e do organismo, enquanto os *irritantes* ou perturbadores legais são múltiplos, muitas vezes endógenos e sem qualquer relação com importações jurídicas exigindo uma avaliação periódica ².

Num contexto em que não existem sistemas probatórios puros, o problema nuclear, mais do que no *transplante* de institutos ou soluções normativas específicas, deve suscitar-se hoje em torno das exigências de *convergências metodológicas*³. Domínio em que a concreta «mistura de modelos» adoptada na lei processual portuguesa de 1987 para o julgamento criminal foi uma opção política e processual de compromisso pragmaticamente fundado num contexto histórico específico que deve ser periodicamente revisitada para análise das suas múltiplas variáveis. Sendo certo, por outro lado, que as alterações profundas no tecido socioeconómico português se repercutiram na

¹ «Cultura e processo», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano 63, n. 1 (2009), p. 82. O processualista civil italiano também destaca a questão ideológica (*idem, ibidem*, pp. 80-81).

² A metáfora dos *transplantes* integra o título da obra de ALAN WATSON cuja primeira edição data de 1974 — WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*, Univ. of Georgia Press, Atenas, (2.ª ed.), 1993. Sobre a adequação da metáfora ao processo penal e respectivas implicações, cf. PAULO DÁ MESQUITA, *A prova do crime e o que se disse antes do julgamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 22.

³ Cf. BASIL MARKESINIS «Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets — Occasions manquées et naissantes pour une convergence méthodologique entre le droit français et le droit anglais», *Revue trimestrielle de droit civil*, n.1 (janv.-mars 2005), p.47-72.

representação, externa e interna, sobre o Estado, a justiça e o julgamento penal enquanto espaço de interacção subjectiva e manifestação da cultura sobre a conflitualidade. Pré-compreensões integradas pelos agentes dos organismos burocrático-institucionais e pela generalidade dos intervenientes processuais nas respectivas operações gnoseológicas.

A necessidade de abordagens comuns da prova penal decorre, ainda, da exigência de cooperação entre sistemas nacionais. Comunicação entre sistemas que tem gerado a promoção inovadora de identificação e estabelecimento de cânones comuns a direitos nacionais conformados pelas tradições do *common law* e *civil law*, a partir de um território teórico comum que está para além da mera verificação requisitos mínimos de *fair trial*, já antes atomizadamente ponderados, nomeadamente, na jurisprudência do TEDH ⁴.

A discussão de *convergências* tem de envolver a identificação das *divergências* indissociáveis do lastro histórico de cada sistema nacional, ou, dito de outra forma, a análise prospectiva não pode dispensar uma reflexão retrospectiva, sobre a construção das *divergências*.

I. ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DAS DIVERGÊNCIAS RELATIVAMENTE AO DIREITO PROBATÓRIO ANGLO-AMERICANO E AO DIREITO PROBATÓRIO CIVIL

O direito probatório em processo penal compreende uma complexa interacção de dimensões políticas e epistemológicas que conformaram o desenvolvimento distinto dos sistemas romano-canónico e inglês após o fim dos ordálios.

Na história do direito probatório português, o paradigma das instituições probatórias da Idade Média e do Antigo Regime do direito continental integra um modelo racionalista e formal, as decisões compreendiam a subsunção em categorias pré-definidas dos vários elementos de prova, seguida da identificação dos axiomas que presidem a cada um e de operações de raiz dedutiva, complexificadas com o desenvolvimento da cartografia de regras (dos indícios, dos oitavos e quartos de prova). Esquema pré-definido da verdade judiciária em que o Estado devia assumir a responsabilidade pelos veredictos num sistema vertical de autoridade dirigido à aplicação objectiva do direito, sem espaço para o desenvolvimento processual litigioso.

Sobre o influxo das reformas posteriores à Revolução Francesa, a partir do fim do primeiro quartel do século XIX, introduz-se o tribunal bifurcado com júri à inglesa que passa a julgar o facto sem pautas pré-definidas (inacessíveis aos jurados), embora subsistam no processo alguns dos antigos elementos ordenadores (o procedimento unitário) e das categorias e classificações formais anteriores (a divisão entre prova testemunhal e prova documental).

⁴ Cf. o recente trabalho de John D. Jackson e Sarah J. Summers, *The internationalisation of Criminal Evidence — Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge UO, Cambridge et al., 2012.

Então, a preocupação com a autoridade conformou, essencialmente, as primeiras fases do processo penal (a diferença em relação ao modelo inglês) em que o Estado convoca o seu aparelho judicial para a recolha da prova, tentando-se, como contraponto, estabelecer uma audiência de julgamento contraditória (repetição de provas, produção de novas provas e discussão da prova, incluindo a recolhida antes do julgamento).

A influência anglófona fluiu de forma mais subtil na substituição da anterior *certeza processual* por uma *certeza moral*, transitando-se do atomismo probatório para o holismo valorativo.

Nesse período, desenvolve-se em Portugal uma nova linha de *divergência* com o processo civil em que os juízes estavam sujeitos a regras legais de prova do direito civil, embora uma corrente minoritária no século XIX considerasse que nos julgamentos penais por juiz sem júri também se deviam aplicar aquelas regras de prova ⁵.

A segunda fase da prova livre em Portugal coincide com o período da Ditadura Militar e Estado Novo. Reforma do direito probatório com uma dimensão política central na recuperação do monopólio do poder de decisão final por parte de um aparelho burocrático.

Na alteração de paradigma emerge o papel do juiz no julgamento, em torno de eixos inspirados pelas ciências jurídicas germânica e italiana (carácter apolítico do direito concebido como *ciência*, autonomização da legislação e da política, sendo a actividade dos juízes expressão de uma *técnica* aplicada com atenção ao *espírito das instituições*).

À perspectiva individualista e conflitual prefere-se uma visão organicista e cooperativa que, além do enfoque na dimensão social do direito, se apresenta indissociável da reorganização global do sistema processual e judiciário e do peso do jurídico e dos juristas na estrutura estadual de saberes e poderes.

Num contexto em que a *cultura jurídica* foi central na reorganização do aparelho estadual, assumindo uma posição hegemónica no sistema político e burocrático, traçaram-se linhas sobre a representação simbólica do direito que ainda hoje sobrevivem entre os juristas ⁶.

⁵ Cf. PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 72-73. Os defensores da prova livre nos julgamentos de facto realizados por juízes profissionais escudavam-se, essencialmente, numa razão de raiz pragmática para a generalização da *prova moral* no processo penal: existindo a prova livre para o júri impunha-se um modelo unitário de cognição abrangente dos julgamentos por juiz. A corrente minoritária, favorável à vinculação dos juízes às regras legais, invoca uma associação antagónica, a unidade do processo cognitivo judicial no cível e crime valendo um outro sistema para o julgamento por leigos desconhecedores do direito, acrescentando-se que a imposição de fundamentação das decisões judiciais, recorriáveis ao invés dos veredictos do júri, obriga a que as mesmas estejam vinculadas a regras cognoscíveis e as únicas existentes no sistema legal português eram as regras de prova do processo civil.

⁶ E que marcam a sua *relutância para se olharem ao espelho*, na expressão do historiador do direito MICHAEL STOLLEIS, «Prologue: Reluctance to Glance in the Mirror. The Changing Face of German Jurisprudence after 1933 and post-1945», in CHRISTIAN JOERGES, / NAVRAJ SINGH GHALEIGH (eds.) *Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and Its Legal Traditions*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2003, pp. 1-17.

Nessa fase verifica-se uma reaproximação dos direitos probatórios civil e penal na parte ideológica relativa à repartição de funções entre juiz e sujeitos processuais da lide, em especial quanto à prova ⁷. Uma política de justiça que permitiu lograr a tarefa mais difícil de desmantelamento do modelo anterior de processo civil, passando-se do juiz passivo para um novo juiz activo e indagador «para conseguir que a decisão corresponda à verdade e à justiça» ⁸.

Estabilizada a nova arquitectura processual, a alteridade começa a afirmar-se já não por contraponto à «anarquia» e «crise» de autoridade liberal mas, essencialmente, por referência a um modelo procedimental que não atende aos interesses públicos envolvidos: O sistema anglo-americano, marcado pela demissão estadual e renúncia à *verdade material*, ao agrihoar os julgadores às iniciativas das partes e, consequentemente, aos seus interesses ⁹.

Depois do 25 de Abril de 1974, desenvolve-se um novo olhar sobre os direitos fundamentais e a dimensão política dos procedimentos de investigação

⁷ Os juízes tributários da confiança da comunidade no Estado e com a necessária autoridade deveriam cuidar da produção da prova, já que o advogado «nada tem com a prova dos factos» (REIS ..., 1929: xxxviii).

⁸ Art. 27.º do Dec. n.º 12.353, de 22-9-1926, com que se iniciou na área do processo civil o apelidado movimento da *reforma do processo*. Sobre o tema tendo como referente a direcção da pasta da justiça pelo civilista MANUEL RODRIGUES JÚNIOR, cf. PAULO DÁ MESQUITA, «Manuel Rodrigues Júnior e o perfil do processo penal português no século XX», *Figuras do Judiciário (séc. XIX-XX)*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 114-138.

⁹ Embora a alteridade ao processo de partes anglo-americano tivesse lastro no processo penal português e se manifestasse desde a primeira fase do modelo misto português do século XIX (cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 49-61, em particular p. 60 n. 87). Entre os penalistas portugueses, embora o ponto de partida fosse comum ao italiano, centrado numa defesa do interesse social mais preocupada com a «realidade prática» e abjuração da *filosofia individualista*, as condições para o desenvolvimento de um discurso teórico legitimado em suportes históricos nacionais é dificultado, pelos reduzidos referentes teóricos, por comparação com o caso italiano, e não foi muito além do destaque da importância das soluções portuguesas, com menor concretização do que em Itália, não se apresentando, por exemplo grandes menções ao *indirizzo* tecnicista em que serve de base o famoso texto de ARTURO ROCCO, «Il problema e il metodo della scienza penale», *RIDPP*, V. I (1910), pp. 497-521, 561-582. Já no processo civil, ALBERTO DOS REIS tinha um trabalho prévio de acompanhamento próximo da mais recente doutrina italiana (v. g. MARNOCO SOUSA/ J. ALBERTO DOS REIS, *O ensino jurídico na França e na Itália*, Coimbra, Imprensa da Universidade, 1910 e J. ALBERTO DOS REIS, *Breve estudo sobre a reforma do processo civil e comercial*, Coimbra, Coimbra Editora, 1929), embora nem sempre com expressa menção do grau de proximidade com as teorias providas de Itália (nomeadamente da teoria de acção de ALFREDO ROCCO, cf. para uma comparação de textos dos dois processualistas L. CORREIA MENDONÇA, *Direito processual civil — As origens em José Alberto dos Reis*, Lisboa, Quid Juris, 2002, p. 45). De qualquer modo tudo leva a crer que a reforma italiana do processo penal foi acompanhada pelos legisladores portugueses, LUÍS OSÓRIO (que integrou a primeira comissão de revisão do Código de Processo Penal) afirma expressamente que o diploma foi influenciado pelos códigos brasileiro de 1924 e italiano, no caso seria o anteprojecto (OSÓRIO, *Comentário ao Código de Processo Penal Português*, Coimbra, Coimbra Editora 1932, v. 1, P. 34). O retorno aos elementos de correntes conservadoras em que a importância da tradição assenta fundamentalmente num «imperativo de fidelidade ao espírito nacional que perenemente a percorre e alimenta e de que ela, afinal, não é senão vestígio», tem lastro pois fora uma das bases doutrinárias das correntes contra-revolucionárias do século XIX português (A. P. MESQUITA, *O Pensamento Político Português no século XIX*, Lisboa, INCM, 2006, p. 331-352). Com mais desenvolvimento PAULO DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 96-97.

estadual que determinam a integração no processo penal de elementos de uma ordem isonómica, já anteriormente reclamada, culminando na consagração da acusatoriedade pela Constituição de 1976 e o Código de Processo Penal de 1987.

Na codificação de 1987 é evidente um optimismo historicista, revelado no próprio preâmbulo legislativo, sendo o texto legislativo apresentado como expressão de uma etapa histórica e de uma concepção do Estado, o «triunfo do moderno Estado de Direito social» sobre a «afirmação da vertente meramente liberal do Estado de Direito clássico»¹⁰.

Estabelecimento das bases estruturais do sistema processual que precede transformações fundamentais nos planos de representação do Estado e do seu papel, onde ressalta ao nível nacional a alteração socioeconómica derivada da integração na, então, Comunidade Económica Europeia, e no plano internacional, o fim do bloco soviético e a nova etapa do processo de globalização. Mais recentemente as ilusões, do último quartel do século XX sobre uma prolongada idade de ouro do Estado social foram abaladas pela realidade de reveladas debilidades económicas, que, nomeadamente, envolvem deficiências de instâncias formais de controlo, as tradicionais e os novos reguladores, a lidar com os desvios à legalidade praticados por sujeitos com competência de acção.

Factores históricos novos que se combinam com tensões intrínsecas ao próprio sistema, já que o sistema probatório passou a integrar, além da regulação do rito desde a notícia do crime à sentença, um conjunto de valores jurídico-políticos que já não são suportados em regras estritamente processuais mas convocam juízos materiais (sobre a privacidade, a protecção contra a auto-incriminação, o direito à confrontação), embora tenham sobrevivido da fase do direito probatório romano-canónico as divisões de categorias jurídicas.

II. O ADVERSARIALISMO E A PROVA

Na Europa continental, depois da marca anglófona nas reformas processuais oitocentistas que teve como epicentro probatório a importação do tribunal bifurcado, no século XX assistiu-se a uma renovação do olhar sobre o direito probatório anglo-americano, em especial o dos Estados Unidos da América.

Modelo norte-americano que, nos veredictos que não resultam da exasperação negocial do *plea bargain*, compreende uma contraposição dialéctica entre acusação e defesa no julgamento, sendo os representantes da preten-

¹⁰ II.5 do preâmbulo. A mundividência assumida como matriz do regime processual é destacada em vários passos do preâmbulo legislativo, onde se invocam «os progressos registados na afirmação das implicações dos princípios basilares de um Estado de direito democrático e social sobre um processo penal que se quer sintonizado com tais princípios».

são punitiva do Estado e da defesa actores responsáveis pela iniciativa da prova, inquirição directa das suas testemunhas e contra-interrogatório das fontes pessoais de prova apresentadas pela contraparte, ponto nevrálgico nos planos político e epistemológico.

Adversarialismo probatório onde emerge um poder decisório amplo do juiz, com margem de apreciação sobre a admissibilidade das provas (atendendo à legalidade, necessidade e relevância, ponderando os interesses da administração da justiça, da descoberta da verdade, das partes e de terceiros).

A verdade factual no julgamento criminal é um valor comum aos direitos europeu continental e anglo-americano os quais se distinguem na componente epistemológica pelos métodos consagrados ¹¹.

A liberdade e responsabilização das partes processuais conformam o sistema adversarial sobre as fontes pessoais de prova que não se centram no apagamento do passado nem na genérica intransmissibilidade de depoimentos anteriores ao julgamento (regras com muitas excepções). O respectivo núcleo encontra-se no direito de contra-interrogatório de todas as fontes pessoais de prova relevante e na apresentação e discussão em julgamento das provas pré-constituídas admissíveis.

Domínio em que a regra e as excepções sobre a *hearsay evidence* integram um conjunto de preocupações epistemológicas e políticas sem um programa prévio sistemático. De qualquer modo, a proibição nunca abrangeu a utilização como prova contra o arguido do que o próprio disse, já que se traduziria numa protecção do arguido contra si mesmo incompatível com as fundações axiológicas do sistema adversarial ¹².

A evolução, na última década, da jurisprudência do *Supreme Court* acentua a autonomia do direito constitucional de confrontação das fontes pessoais de prova da acusação relativamente à *rule against hearsay evidence* ¹³.

¹¹ A diversidade de soluções do modelo misto oitocentista continental relativamente ao acusatório inglês não se reportava ao sistema adversarial tardio que apenas se sedimentou no século XIX, mas a um esquema mais primitivo de *altercação*. Os processos continentais reformados combinam a rejeição radical das regras de valoração da prova do direito romano-canónico, pelo menos no julgamento de facto pelos jurados, com a sobrevivência no subsolo jurídico dos pressupostos de captação integral do universo humano expresso nas classificações herdadas do direito romano-canónico.

¹² A *Hearsay rule* partilha com as regras sobre o procedimento e valoração do *testemunho de ouvir dizer* do direito romano-canónico a desconfiança gnoseológica conformada por uma comum herança tópico-retórica. *Rule against hearsay evidence* um produto tardio da *law of evidence* desenvolvido na fase de construção do sistema adversarial num contexto de cognição holista distinto da prescrição particularista das provas legais do sistema romano-canónico. Proibição preventiva de prova que visa impedir inferências sobre a verdade dos factos narrados em asserções produzidas fora do julgamento, que depois de consolidada no *common law* se apresenta teleologicamente associada ao contra-interrogatório da fonte de prova.

¹³ De acordo com a jurisprudência *Crawford* consagrada pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos da América em 2004 (541 U.S. 36), o direito constitucional de confrontação visa apenas declarações *testimonial*, conceito marcado por uma relação funcional da comunicação com o poder punitivo do Estado, proibindo de forma genérica e abstracta que possam servir como prova para sustentar a acusação quando à defesa não foi facultado o contra-interro-

*Configuração norte-americana sobre um direito fundamental de contra-interrogatório pela defesa das fontes dos testemunhos funcionalmente processuais, que se distingue do simples ouvir dizer extraprocessual, partilhada pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. O tribunal de Estrasburgo, contudo, admite a utilização como prova da acusação de testemunhos processuais cuja produção não obedeceu a um contraditório adequado, fundamentados na indisponibilidade da fonte de prova ou na ponderação de valores concorrentes, desde que esses testemunhos não sejam decisivos para a condenação por via de um juízo global sobre a *fairness* do processo*¹⁴.

III. ALGUMAS NOTAS SOBRE O PROGRAMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL DE 1987 RELATIVAMENTE ÀS PROVAS CONSTITUENDAS E A POSIÇÃO DO JUIZ

III. 1 No programa sobre as provas pessoais do Código de Processo Penal de 1987 pretendeu-se combinar a transformação com a continuidade, iniciada na ideia matricial de *acusatório integrado pelo princípio da investigação*

No procedimento probatório do julgamento ressalta como elemento de continuidade o paradigma de inclusão judicial expresso no princípio da investigação, pelo que os imperativos de imparcialidade operativa judicial na indagação probatória durante a fase pré-acusatória não foram transpostos para a produção e valoração da prova na fase de julgamento, onde se apresenta suficiente a imparcialidade como parâmetro de decisão dentro das fronteiras da vinculação temática e à luz do princípio da livre apreciação. Liberdade judicial moderada pela pluralidade de proibições de prova (instrumento fundamental de imposição de um modelo centrado na prossecução de políticas processuais intrínsecas e extrínsecas) e pela preservação da tradição reguladora do procedimento desde as fases preliminares (cujo desrespeito é sancionado através do regime das invalidades)¹⁵.

gatório (contemporâneo, diferido, ou em casos justificados, antecipado) da fonte de prova. Princípio que não se aplica às declarações do próprio arguido e admite excepções por renúncia ou perda justificada do direito por força de conduta relacionada com a fonte de prova (além das razões históricas da excepção das *dying declarations*). Regra de prova que não impede a utilização das anteriores declarações *testimonial* para fins distintos do recurso à asserção narrativa para prova da matéria de facto contro vertida. Cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 396-415.

¹⁴ Cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 436-459.

¹⁵ Em Portugal, os sistemas de liberdade de apreciação da prova da Monarquia Constitucional ao Estado Novo eram contrários ao desaproveitamento de provas existentes nos autos, em especial se a fonte de prova não estivesse disponível em julgamento, as provas admitidas deviam ser filtradas pelo critério dos julgadores desvinculados de cânones legais prescritivos. As reformas processuais do direito probatório português no segundo quartel do século XX tiveram, essencialmente, uma marca política associada a uma ideologia baseada no pressuposto da superação do *problema da liberdade* passando a autoridade estadual a constituir um instrumento politicamente legitimado da verdade. Período em que o desenvolvimento dos

O sistema probatório penal de 1987 revela confiança no juiz (capacidade de acção no sentido da descoberta da verdade e atomização analítica, além de imunidade às influências do conhecimento dos autos no momento da decisão) com vários corolários: plenitude do acesso aos autos, irrestrito princípio da investigação nos limites do objecto do processo, proeminência do tribunal na produção de prova com fontes pessoais e uma política de inclusão centrada na imediação sem mecanismos preventivos relativos ao erro de cognição.

Existem, contudo, alguns elementos dicotómicos: Por um lado, optimismo sobre as condições dos julgadores descobrirem a verdade e desafectarem informação indevida sem se deixarem contaminar, por outro, pessimismo sobre a respectiva capacidade para evitarem inferências desmedidas a partir de elementos probatórios sujeitos a um juízo genérico de desconfiança (em particular o que o arguido disse no processo) e sobre a integração dos padrões deontológicos da celeridade e concentração da audiência.

Em 1998 o sistema burocrático-vertical de escrutínio do julgamento do facto passa a ter como principal instrumento o recurso em matéria de facto centrado no registo da produção de prova, apesar de, à luz da cultura judicial centrada na *percepção imediata* da prova, o acesso aos dados informativos na segunda instância se apresentar mais distante das *condições epistemicamente ideais*. Para além de nem sequer existir a força do número, o tribunal de apelação quase singular (de duplas fixas relator / adjunto), passa a julgar recursos em matéria de facto de tribunais colectivos e de júri, das mais bizarras derivas burocráticas de 2007 focada no aparente eficientismo dos serviços menosprezando a importância da legitimação.

Em resumo, o direito probatório penal português na comparação com o norte-americano revela um juiz aparentemente fortalecido por um sistema procedimental de julgamento baseado na virtude da acção judicial, revelada na produção de prova, e titularidade de um poder decisório desvinculado de coordenadas legais sobre o esquema inferencial, mas, simultaneamente, fragilizado pelo reduzido poder avaliador da relevância e necessidade das provas requeridas pelas partes e de concordância prática de interesses na admissão da prova, estando inserido no patamar inferior de uma estrutura acentuadamente burocrático-vertical com uma expressa hierarquia cognitiva.

Na análise comparada da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e dos direitos norte-americano e português sobre a admissibilidade probatória de depoimentos anteriores ao julgamento encerra-se uma aproximação na política processual intrínseca centrada na exclusão baseada em conceitos funcionais sobre as comunicações, *testimonial* e *declarações processuais*,

estudos jurídicos, da organização burocrática do Estado e do valor da autonomia do direito, sem paralelo no século precedente, diluiu a carga imediatamente política do sistema integrado na cultura jurídica nacional e permitiu a sobrevivência de alguns dos seus cânones depois do regresso do *problema da liberdade* no último quartel do século XX.

chave de preservação de uma matriz adversarial e de não retorno à ideologia inquisitória mitigada sobre a prova testemunhal, bloqueando a introdução de testemunhos não produzidos contraditoriamente.

O discurso legitimador do código português compreendia «uma reafirmação de confiança nos critérios dos juízes» sublinhando-se que se trata «de uma outorga de confiança que constituirá um elemento matricial de um Estado de direito».

Sem embargo, verificava-se uma particular desconfiança relativamente aos juízes, em proibições de prova que expressavam políticas processuais intrínsecas que nada tinham a ver com acusatório, prerrogativa contra auto-incriminação ou o contraditório, sendo esses os valores primaciais para, por motivos desligados de razões epistemológicas ou políticas extrínsecas ao processo (nomeadamente privacidade, intimidade, diferentes sigilos), restringir o poder de cognição judicial sobre provas validamente produzidas.

Domínios em que merecem referência iniciativas legislativas recentes: (1) Regime revisto sobre a utilizabilidade como prova de declarações do arguido anteriores ao julgamento; (2) Consequências da intempestividade das iniciativas de prova; (3) A eficácia da prova produzida em audiência de julgamento interrompida por mais de 30 dias.

IV. O QUE DISSER PODE SER USADO CONTRA SI

A amplitude da proibição de intransmissibilidade das declarações do arguido constituía uma das soluções originais do código de 1987 sem paralelo em termos de esquema processual no direito comparado, na medida em que se proibia sempre a utilização probatória de declarações processuais na falta de um superveniente acto voluntário do próprio arguido / declarante (pedido de utilização daquelas declarações ou prestação de novas declarações em julgamento).

Proibição de prova que constituía um limite ao poder cognitivo do tribunal, relativo a uma política processual intrínseca autónoma do contraditório. A audiência de julgamento está subordinada ao princípio do contraditório, mas este determina uma proibição de prova relativa apenas a declarações processuais de terceiros (onde se inclui o co-arguido) não valendo para a utilização de declarações do próprio, por faltar o elemento nuclear do imperativo constitucional, a alteridade relativamente à fonte de prova.

Dai que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem sempre tenha excluído a aplicabilidade do artigo 6.º, n.º 3, da alínea d) da Convenção a declarações do próprio arguido, apenas preconizando a proibição da utilização como prova contra o arguido das declarações do co-arguido relativamente ao qual nunca lhe tenha sido facultada a possibilidade de colocar questões ¹⁶.

¹⁶ Cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 431-436

No direito constitucional norte-americano também se apresenta pacífico que a admissibilidade de anteriores declarações para utilização como prova da verdade das asserções contra o próprio não é condicionada pelo direito de confrontação ¹⁷.

A solução profiláctica radical do texto original que visava obstar a uma doença potencial era uma terapêutica que transportava custos colaterais relativos à perda de elementos probatórios que podiam ser relevantes para a descoberta da verdade, em casos em que as declarações foram inteiramente voluntárias por parte de arguido devidamente informado e assistido por defensor.

No novo regime do Código de Processo Penal português, as garantias profilácticas sobre a voluntariedade e plena consciência do eventual impacto das declarações processuais consagradas no mesmo diploma, *tudo o que disser pode ser usado contra si*, que continuam a ser das mais exigentes que se podem encontrar no direito comparado e se desdobram, essencialmente, por três pressupostos que devem ser lidos à luz do princípio da lealdade:

1. Obrigatoriedade da assistência por defensor (em todos os interrogatórios de autoridade judiciária, cf. art. 64.º, n.º 1, al. b))
2. Aprofundamento do direito de advertência e esclarecimento sobre o direito ao silêncio e efeitos da renúncia (art. 141.º, n.º 1, al. b))
3. Reforço das garantias epistemológicas relativas ao mediador e do escrutínio superveniente do acto acentuando o controlo sobre o conteúdo das declarações, a forma de produção da prova e conduta das instâncias que presidiram, na medida em que o acto deve, em princípio, ser registado através de «gravação áudio ou áudio visual da tomada de declarações» (arts. 99.º, n.º 3, al. c) e 101.º, n.ºs 1 e 4, 141.º, n.ºs 7 a 9) ¹⁸.

Neste ponto, a alteração do artigo 357.º, n.º 1, do CPP empreendida em 2013 constituiu uma *revisão cirúrgica* sem reforma de princípios estruturais constituindo uma das expressões do reforço do adversarialismo no sistema processual português, na medida em que coloca o eixo das garantias na autonomia do arguido devidamente informado e representado por advogado prestar declarações perante as autoridades judiciárias ¹⁹.

¹⁷ Cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 415-420.

¹⁸ Ressalta neste ponto a nova redacção do n.º 7 do art. 141.º:

«O interrogatório do arguido, é efetuado, em regra, através de registo áudio ou áudio visual, só podendo ser utilizados outros meios, designadamente estenográficos ou estenotípicos, ou qualquer outro meio técnico idóneo a assegurar a reprodução integral daquelas, ou a documentação através de auto, quando aqueles meios não estiverem disponíveis, o que deverá ficar a constar do auto.»

¹⁹ Cf. com mais desenvolvimento, PAULO DÁ MESQUITA, «A utilizabilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal», *As alterações de 2013 aos Códigos Penal e de Processo Penal: Uma reforma «cirúrgica»?*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, pp. 133-152.

IV. IMPLICAÇÕES DO APROFUNDAMENTO DO CONTRADITÓRIO E DA RESPONSABILIZAÇÃO PROBATÓRIA DAS PARTES NAS INICIATIVAS PROBATÓRIAS DO TRIBUNAL NA FASE DE JULGAMENTO

A admissibilidade da utilização probatória das declarações do arguido devidamente advertido prestadas a autoridade judiciária relativamente ao próprio insere-se numa tendência com marcas em algumas soluções do texto original de código que tendem a ser aprofundadas no sentido da *responsabilização probatória das partes*.

Neste domínio podemos ressaltar como expressões da responsabilização probatória das partes:

- Sistema de intransmissibilidade probatória das declarações processuais (cuja derrogação é flexibilizada no caso de acordo das partes);
- Direito de recurso;
- Invalidades sanáveis;
- Auto-vinculação (efeitos da inércia e de estratégias);
- Alteração do objecto do processo.

Relativamente a expressões novas ou aprofundadas, podemos duas com incidência nas margens de actuação estratégica dos sujeitos processuais da dialéctica:

- Proibição de condutas causadoras dessa indisponibilidade de provas (sancionamentos probatórios), que não iremos analisar na presente intervenção sendo um domínio essencialmente de uma concordância prática de valores a desenvolver pela doutrina e, fundamentalmente, pela jurisprudência;
- Obrigações decorrentes da lealdade sobre o momento da introdução das provas declarativas pré-constituídas e os esforços efectivos para introduzir o testemunho da fonte originária ²⁰.

Expressões reveladoras de convergências metodológicas exigidas pelo reconhecimento do imperativo de lealdade num processo no qual, em matéria

²⁰ A ausência de uma cultura de contraditoriedade forte tem vários impactos, merecendo destaque que a amplitude da admissibilidade de elementos de prova através de mediadores não humanos (dos tradicionais documentos aos novos suportes), pode enfraquecer a margem de contraditoriedade, com a agravante de se repercutir em enunciados e inferências onde existe menos competência e confiança na cognição judicial, ou seja um risco duplo: a filtragem do tribunal apresenta-se limitada e a margem de contraditoriedade é confinada. Nesses segmentos, afigura-se fundamental efectivar um direito ao contraditório relativamente às intervenções de fontes pessoais, nomeadamente naquilo que se reporta à transmissão de percepções, ainda que no quadro de actividades por agentes com reconhecimentos específicos, como os peritos nas várias etapas dos procedimentos periciais. Domínio em que o tribunal pode emergir não tanto como subperito ou supraperito mas como entidade de controlo da admissão e âmbito da perícia e garante da contraditoriedade relativamente a alguns dos pressupostos empíricos da actividade e acção pericial.

de iniciativa probatória, é reconhecida primazia aos sujeitos processuais que assumem as posições antitéticas na dialéctica do julgamento. Segmento em que ressalta a lealdade numa tripla dimensão: inibidor dos excessos de actuação táctica e estratégica das partes, corolário da parificação das partes e elemento de responsabilização perante o *outro* e o tribunal. Um princípio com corolários processuais directos e em que o ponto de equilíbrio exigido pela «mistura de modelos» não pode dispensar a perda de direitos por via de acções e omissões pretéritas e controlo da boa fé processual dos sujeitos processuais pelo tribunal, em que, além da relevância e necessidade das provas supervenientes, se impõe a exigência de *fair play*, que não sendo o fim do processo é um factor essencial para o contraditório, sendo exigíveis mecanismos, preventivos e repressivos contra os abusos das partes.

Nos sistemas adversariais são necessários mecanismos que previnam a possibilidade de encobrimento e distorção da prova especialmente desenvolvidos por contrapontos aos dos sistemas puros de indagação judicial, baseados no carácter de terceiro imparcial do indagador.

Acrescente-se que a dispositividade e a margem para decisões baseadas em acordo, não estritamente vinculadas à aplicação do direito objectivo, apesar de constituir trave central dos processos adversariais e alicerce de um elemento dispositivo na produção da prova (com a componente de responsabilização por via da renúncia e perda de direitos), não implicam uma acusação pública sem deveres ético-profissionais de defesa do direito. Segundo o *Supreme Court* nos Estados Unidos da América o procurador «é o representante não de uma parte comum de uma controvérsia mas da soberania, pelo que a obrigação de exercer as competências com imparcialidade é tão imperativa como a própria obrigação de exercício das competências, o seu interesse, por esse motivo, numa acusação criminal não é o de ganhar o caso, mas o de que a justiça seja feita. Ele é, em sentido próprio e claramente definido, o servidor da lei, com o duplo objectivo de que o culpado não escape e o inocente não seja prejudicado. Ele pode exercer a sua função com brio e vigor — na verdade deve fazê-lo. Ele pode lutar com dureza mas não tem liberdade de o fazer com deslealdade» ²¹.

Responsabilização dos sujeitos da dialéctica que também se impõe no modelo de acusatório integrado pela investigação, marcados na sua sedimentação pelo reforço da ideia de subsidiariedade da iniciativa probatória judicial, expressa, por exemplo, na nova alínea a) do n.º 3 do artigo 340.º do CPP introduzida em 2013: «Os requerimentos de prova são ainda indeferidos se for notório que as provas requeridas já podiam ter sido juntas ou arroladas

²¹ Acórdão do Supremo Tribunal dos Estados Unidos *Berger v. United States*, 295 U.S. 78, 88 (1935). Com mais desenvolvimento sobre uma leitura a partir de Habermas e Luhmann da prova em processo penal, cf. DÁ MESQUITA, «Pensar o exercício do poder punitivo do Estado com Habermas», *Processo Penal, Prova e Sistema Judiciário*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 13-81, especialmente pp. 38-42.

com a acusação ou a contestação, exceto se o tribunal entender que são indispensáveis à descoberta da verdade e boa decisão da causa».

Restrição dos impulsos probatórios intempestivos dos sujeitos da dialéctica processual que não constitui uma restrição do poder judicial antes recoloca o tribunal na posição de garante da verdade, com amplos poderes de decisão sobre a relevância e a necessidade das provas e obstando aos riscos de instrumentalização pelo sujeito processual com má fé processual, preservando, no mesmo passo, a efectividade do contraditório.

Vertente em que se justifica um aprofundamento com reflexos prescritivos na diacronia dos procedimentos. Finda a produção de prova impulsionada pelos sujeitos da dialéctica, o tribunal, embora com carácter residual, deve poder desenvolver diligências que se lhe afigurem essenciais à descoberta da verdade em nome da *rectidão decisória*. Como conclui FREDERICO VALDEZ PEREIRA: «Ao julgador não cabe substituir as funções das partes no processo, a diligência probatória de ofício deve realizar-se sem alguma intenção de beneficiar qualquer dos interessados, mas assentando-se tão somente na busca de superar situação de incerteza decorrente da incompletude do material probatório, buscando evitar que factos relevantes para a prestação jurisdicional permaneçam incertos, com vista ao resguardo dos interesses públicos indisponíveis inseridos no processo penal.»²².

Além do dever procedimental de escrutínio e controlo judicial, num paradigma adversarial ressaltam os deveres de lealdade das partes e a sua auto-vinculação, em que a proibição como instrumento profilático sobre a formação da prova visa o sancionamento das condutas impróprias das partes e não tanto as falhas técnicas da direcção processual do juiz com que as partes se conformam.

Aprofundamento da responsabilidade e obrigações de lealdade das partes à luz de exigências de *fairness* processual que se devem repercutir na regulação das iniciativas probatórias a partir dos valores matriciais do acusatório e do contraditório.

Deveres que devem estar suportados em regras claras conformadoras da margem de actuação tanto da parte que pretende introduzir a prova de factos controvertidos como da respectiva contraparte. Podendo nessa dupla vertente referir-se duas linhas matriciais:

- (a) Deveres de acção relativos às provas declarativas pré-constituídas (em sentido formal, documentos, ou material, declarações ouvidas por terceiros, *v. g.* iniciativa leal de antecipação contraditória da prova quando é conhecido o risco de indisponibilidade da fonte), nomeadamente, aos esforços efectivos para introduzir o testemunho da fonte originária;

²² *Iniciativa probatório de ofício e o direito ao juiz imparcial no processo penal*, Livraria do Advogado Editora, Porto Alegre, 2014, p. 184.

- (b) Deveres de abstenção de condutas causadoras dessa indisponibilidade (sancionáveis com a proibição da introdução da declaração passada ou a perda do direito ao contra-interrogatório).

Na linha de sinais sobre o renovado poder judicial de controlo da relevância e necessidade das iniciativas probatórias afigura-se pleno de sentido a ampliação do controlo e filtragem judicial, pelo menos, aos casos em que mesmo na indicação da prova nos tempos processuais ordinários se ultrapassam os limites da regra do número de testemunhas, solução que parece integrar o programa insito ao novo texto do n.º 7 do artigo 283.º que integra a proposta de lei n.º 263/XII de alteração do Código de Processo Penal, impondo aos sujeitos da dialéctica no caso de ultrapassagem excepcional do limite de 20 testemunhas que enunciem «no respectivo requerimento os factos sobre os quais as testemunhas irão depor e o motivo pelo qual têm conhecimento direto dos mesmos»²³.

Ónus específico de fundamentação e persuasão, que implica um poder amplo do tribunal escrutinar previamente a relevância e a necessidade quanto à fonte de prova pessoal e objecto do depoimento.

V. O PRINCÍPIO DA IMEDIAÇÃO — A EXPERIÊNCIA SENSORIAL, O MODO DE ASSUNÇÃO DAS PROVAS E O CONTRADITÓRIO

V.1 GOLSCHMIDT estabelece uma destrição analítica entre a imediação em sentido subjectivo, na relação do juiz com os meios de prova e objectivo no dever de prevalência e procura das provas mais imediatas e coloca a ênfase na primeira ideia enquanto princípio estruturante da forma foram determinantes na doutrina nacional processual civil e processual penal ²⁴.

Pelo que a imediação jurídico-processual é distinta da imediação com os factos, não se traduzindo numa estrita e radical perspectiva gnoseológica de

²³ Artigo 283.º, n.º 7, do CPP sobre a acusação pública: «O limite do número de testemunhas previsto na alínea d) do n.º 3 apenas pode ser ultrapassado desde que tal se afigure necessário para a descoberta da verdade material, designadamente quando tiver sido praticado algum dos crimes referidos no n.º 2 do artigo 215.º ou se o processo se revelar de excepcional complexidade, devido ao número de arguidos ou ofendidos ou ao carácter altamente organizado do crime, enunciando-se no respectivo requerimento os factos sobre os quais as testemunhas irão depor e o motivo pelo qual têm conhecimento direto dos mesmos.» Preceito aplicado a assistente e arguido (artigos 284.º, n.º 2, 285.º, n.º 3, 313.º, n.º 4 e 316.º, n.º 1, do CPP).

²⁴ Cf. ALEXANDRE MÁRIO PESSOA VAZ, *Atendibilidade de factos não alegados*, (separata do *BFDC*, v. 19/21), Coimbra, Coimbra Editora, 1946, p. 162; ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil Anotado*, 6 vs., Coimbra, Coimbra Editora (reimp. 1981), 1948/53, v. 4, p. 566; CAVALEIRO DE FERREIRA, *Curso de Processo Penal* (3 vs.), Lisboa, s/ed. (existe reimp. da Univ. Católica de 1981), 1955/58, v. 2, p. 318; EDUARDO CORREIA, *Processo Criminal* (segundo as lições ao curso de 1954-55), Coimbra, Almedina, 1956: 192-193; CASTRO MENDES, 1961: 167-170; FIGUEIREDO DIAS, *Direito Processual Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, (Reimp. de 1981), 1974, pp. 232-234; MARQUES DA SILVA, *Curso de Processo Penal*, Lisboa, Babel, 2011, v. 2: § 146.1.1.

acesso ao facto, já que tem sempre compreendida a existência de mediadores, os meios de prova, a imediação com o facto é mesmo um factor de impedimento do julgador do processo penal (leigo ou profissional) — uma necessidade de mediadores, que implica a renúncia a um relativismo naturalista radical do *ver para crer*.

O princípio da imediação, perspectivado como princípio *da forma* na acepção jurídica mais corrente em Portugal, centra-se numa dimensão relacional do julgador do facto com a prova, designado como *imediação em sentido subjectivo ou formal*, «princípio de contacto directo do juiz com a prova»²⁵.

O princípio processual da imediação é próximo, mas autónomo, dos valores gnoseológicos da imediação entre as fontes de prova e o facto associados à reintrodução medieval da prova testemunhal conformada pela doutrina aristotélica e a sua divisão da mente entre a parte sensitiva e a racional. A concepção medieval sobre a percepção sensorial é em larga medida determinada pelo trabalho do filósofo árabe ALHAZEN (965-1039) traduzido para latim ocidental no início do século XIII e cuja teoria sobre a ciência óptica foi dominante até KEPLER (que demonstrou que a base da visão era a imagem da retina e não os cristalinos). A concepção de ALHAZEN sobre a transmissão dos estímulos dos olhos para o cérebro sobreviveu dois séculos para além de KEPLER, no sentido de que todos os objectos da percepção, com excepção da luz e da cor, são apreendidos pelos sentidos e pela interacção, rápida da argumentação e das faculdades de discriminação²⁶.

Desde a menção por FRIEDRICH STEIN, em 1893, a uma continuidade entre a imediação em sentido objectivo (relação entre os meios de prova e o facto) e uma suposta regra geral do direito probatório inglês, *best evidence rule*, a imediação, ainda que nessa acepção objectiva, tem sido associada a um pretenso princípio geral do direito probatório anglo-americano²⁷.

²⁵ EDUARDO CORREIA, *op. cit.*, 1956, p. 192; «Les preuves en droit pénal portugais» (tr. de Andrée C. Rocha), *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, XV, n.º 1-2, 1967, p. 15.

²⁶ GARY HATFIELD / WILLIAM EPSTEIN, «The Sensory Core and the Medieval Foundations of Early Modern Perceptual Theory», *Isis* 70, 1979, pp. 367-377. Cf. sobre a perspectiva da memória e sensação como uma primeira forma de cognição e as concepções de testemunho DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2011, pp. 461-467, 481-491.

²⁷ F. STEIN, *Das private Wissen des Richters* [edição *fac simile* a partir da ed. original (Leipzig, C. L. Hirschfeld), Elibron Classics, 2001], 1893, p. 63n. O processualista germânico socorreu-se para o efeito dos tratados de BEST e GREENLEAF. GREENLEAF referia a *Best Evidence* como princípio do direito probatório, o «da melhor prova que o caso, de acordo com a sua natureza, é susceptível» (*A Treatise on the Law of Evidence*, 3 vs., Boston (MA), Little & Brown, 1842, v. 1: § 82), dedicando-lhe um extenso tratamento (*idem*: §§ 82-97), que, contudo, nunca ilide o limitado efeito prescricional: «Proíbe apenas aquela prova que tem ínsita a existência de uma fonte de informação mais original. Mas onde não se verifica uma substituição da prova mas apenas a selecção das provas mais fracas em vez das mais fortes, ou a omissão no fornecimento de todas as provas que podiam ser produzidas, a regra não é violada» (*idem*: § 82). WILLIAM BEST, depois de se socorrer do Barão GILBERT, «a quem principalmente devemos a conversão do nosso direito probatório num sistema» [*The Principles of the Law of Evidence* (consultou-se a 8.ª ed., com notas adicionais de J. M. Lely e de

Leitura fruto de um equívoco, pois, como JAMES BRADLEY THAYER esclareceu, a única regra probatória prescrita sob a fórmula da *best evidence rule* reporta-se à prova do conteúdo de documentos escritos, centrada no ónus probatório das partes apresentarem originais sempre que possível. Sublinhando que «olhada como um princípio geral, [...] não tem aplicação, e quando se aplica é desnecessário e enganoso [...] é uma descrição grosseira de dois ou três princípios que têm os seus fundamentos, nome e enquadramento próprios»²⁸.

Em particular, a *hearsay rule* apresenta-se autónoma de uma fixação epistemológica da relação entre as provas e os factos, centrando-se nos deveres e direitos das partes na produção de prova, em particular, a exigência do *cross-examination*.

Por seu turno, a imediação, em sentido formal, sendo também um princípio da produção de prova, tem a sua raiz e núcleo na relação bipolar entre o tribunal e a prova.

Em Portugal as ideias de oralidade e imediação, partir do século XIX, são trazidas com o julgamento pelo júri, sem clara referência dos respectivos pressupostos e corolários epistemológicos.

Charles Chamberlayne, Londres, Sweet and Maxwell, Boston (MA), Boston Book, 1893), 1849: § 87], conclui que o sentido do princípio é muitas vezes mal compreendido devendo então ser centrado em três corolários fundamentais: (a) Ressalvadas algumas excepções os juízes não devem decidir baseados no seu conhecimento pessoal»; (b) Em matéria de prova documental escrita, deve preferir-se o original à reprodução (*derivative*); c) Constitui uma condição jurídica de *admissibilidade* da prova, seja directa ou circunstancial, uma *conexão expressa e visível* entre os factos objecto do processo e os probatórios (*idem*: §§ 88-90). BEST acaba por revelar reduzida vinculação às máximas quando confessa que o princípio é melhor percebido do que descrito, pois, no fundo, correspondia à ideia «de que a lidar com a prova natural, a conexão entre os factos objecto do processo e os probatórios deve ser deixada ao instinto», enquanto na «prova legal é substituída por uma espécie de instituto legal» (*idem*: § 91). Embora BEST estabeleça um paralelo entre o princípio da prova documental escrita original e a proibição da *hearsay rule*, ressalva que a regra sobre a prova original apenas vale para os documentos escritos, face à autonomia generalizada na doutrina e jurisprudência entre essa regra e a *hearsay rule* (*idem*: § 90) — sobre esta última regra cf. Dá Mesquita, 2011, pp. 373-396.

²⁸ THAYER *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston (MA), Little, Brown & Co., 1898: 497. THAYER relativamente à correlação do princípio com a regra de que «quando se quer apresentar perante o júri o depoimento de uma testemunha, tem de se produzir a testemunha em pessoa» (1898: 498), considera que se trata de uma regra com excepções cuja definição e esquema são autónomos e produto de uma construção específica, da *rule against hearsay* (vd. *infra* § 12). No actual direito norte-americano, a *best evidence rule* abrange documentos escritos, gravações e fotografias, de acordo com art. 1002 das *FRE*, sendo pacífico que não constitui um princípio geral da prova (v. g. MCCORMICK, *McCormick on Evidence* (ed. geral Kenneth S. Broun), St. Paul (MN), Thomson/West, 1958/2006: § 230; PARK *et al.*, *Evidence Law*, St. Paul (MN), Thomson/West 2004: § 11.12). FRIEDRICH STEIN foi induzido pela consulta dos dois autores mais encomiásticos e ambíguos na descrição do princípio no direito anglo-americano, embora, como se assinalou na nota anterior, mesmo GREENLEAF e BEST extraíssem reduzida dimensão prescritiva da *best evidence rule*. Posteriormente, GEPPERT a partir de uma abordagem restrita da bibliografia anglo-americana, também perspectiva a *best evidence rule* como regra epistemológica do sistema anglo-americano, sem a enquadrar na evolução doutrinária, legal e jurisprudencial da *law of evidence* adversarial (*Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafverfahren*, Berlim, Walter de Gruyter, 1979, pp. 32-34, 166, 185, 230).

No sistema processual penal de 1929, apesar de se manter a ampla transmissibilidade das provas da fase instrutória ao julgamento, os princípios da oralidade e da imediação em sentido formal constituem, com a inquisitorialidade, referências estruturantes do julgamento judicial do facto²⁹.

O alargamento dos mediadores em particular dos registos materiais, além da escrita, justifica que se continue a dar prevalência à conjugação dos dois princípios sobretudo centrada na imediação. A imediação integra-se na gnoseologia cultural e holista de um processo decisório em que a justiça vê e se deixa ver, numa audiência em que estão os interessados. Os princípios do acusatório e do contraditório não são, no essencial, dependentes da relação do decisor com as fontes de prova mas de um triângulo, constituído pelas partes contrapostas e julgador (tribunal singular ou colectivo ou júri), com as provas. A imediação com as fontes de prova também não é confundível com a imediação com os factos, por natureza, inviável e até proibida nos sistemas acusatórios.

Imediação como forma preferencial de conhecimento judicial apresentava-se central no modelo inquisitório e autoritário português consagrado no segundo quartel do século XX. Imediação que no actual direito português constitui um postulado conformador de uma relação bipolar entre o julgador e as provas, autónoma da dimensão dialéctica da participação das partes na produção da prova, centrada no contraditório, embora certas *experiências* de imediação possam compreender *dialéctica*.

V.2 Desde o código de 1929 que o princípio da imediação se articula com investigação judicial, permitindo ao tribunal a indagação directa junto das fontes de prova, conexão ideológica que não colide com a autonomização conceptual, já que o contacto imediato não implica interacção comunicativa. Aliança ideológica que não obsta, no plano analítico, à destriça entre imediação e inquirição judiciais, em que o tribunal além de observador directo pode agir como provocador ou estimulador das reacções do objecto da percepção (v. g. colocando as questões judicialmente consideradas determinantes), ao contrário da inquirição por outrem, em que actua como simples observador (em particular na inquirição cruzada pelas partes).

Contraditório e investigação correspondem a modelos epistémicos objecto de perspectivas antagónicas, nomeadamente sobre o envolvimento da entidade julgadora na interacção, e tensão, comunicacional da inquirição — enquanto

²⁹ CORREIA, *op. cit.*, 1956, pp. 191-194; FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, 1974: 221; MARQUES DA SILVA, *op. cit.*, 2011, v. 1: § 19.2, v. 2: § 146.1. Embora no processo penal não se tenham verificado alterações importantes na produção de prova, no civil a imediação e oralidade na produção da prova testemunhal constitui um produto das reformas do Estado Novo no processo de redução do contraditório e de reforço da proeminência do tribunal, que BARBOSA DE MAGALHÃES então considerava «um fato à moda» (*Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*, Lisboa, Moraes, 1940, p. 319), ideia que, contudo, durou consideravelmente mais tempo do que o processualista adivinharia.

agente activo dos testes que se lhe afiguram pertinentes, ou observador menos envolvido no plano judiciário e plano emocional na provocação dos vários sinais —, expressão fundamental da perspectiva assimétrica ou isonómica sobre o ordenamento jurídico da indagação judiciária.

Desde a reforma processual de MANUEL RODRIGUES e ALBERTO DOS REIS, que a ideia de imediação, atento o substrato ideológico então dominante (para além do sentido do princípio da forma assinalado acima) é acompanhada de uma referência mais difusa, ao «contacto imediato do juiz com as partes, testemunhas, peritos, com todos aqueles que enfim podem esclarecer a verdade» (Relatório do Dec. n.º 21.694, de 29-9-1932).

Como refere SELLARS, no plano epistemológico estão «profundamente interligados os problemas de como nós aprendemos a falar de episódios interiores e das experiências de imediação»³⁰. A imediação emerge num, contexto histórico-jurídico, para usar a expressão de ALESSANDRO GIULIANI, de *teorização inquisitória do princípio da oralidade*, mas pode articular-se, em termos abstractos, com vários princípios relativos aos poderes e direitos dos sujeitos processuais (em particular a investigação e o contraditório), sendo autónoma desses princípios (os quais determinam exigências de cariz político substancial sobre a aceitação de provas).

Não existe nenhuma diversidade linguística entre o termo «imediação» empregue nestas páginas e a mesma palavra utilizada a propósito de um *princípio da imediação* que inclua a relação das partes com a prova e das partes com o juiz, mas a referência ao princípio da imediação aqui cinge-se à problemática da relação do tribunal com a prova, os problemas das relações comunicacionais, incluindo os meios e os tempos, das partes com a prova e o juiz reportam-se, no essencial, ao princípio do contraditório. Já a imediação enquanto forma de concretização do contraditório pode ser analisada tendo por referência esse outro princípio e as suas imposições, em especial ao nível da interacção comunicativa entre as partes e as fontes de prova.

Sendo a imediação em sentido estrito um princípio *da forma* na relação do tribunal com os meios de prova, no caso das provas documentais, e, fundamentalmente, com as fontes de prova pessoal convoca a *experiência da imediação*, das *impressões pessoais* do tribunal, enquanto instrumento jurídico-processual. Num sistema de autoridade burocrática, sem um discurso estruturado sobre as bases teóricas de tal epistemologia, sobressai a ambiguidade e a dificuldade de sedimentação doutrinária, terreno fértil para uma cultura profissional idiossincrática, de quem é experimentado nos parâmetros de «exacta compreensão» no quadro de uma epistemologia difusa, o que reencaminha o problema da imediação plena (partilha do espaço e tempo) do terreno estrito da admissibilidade para o campo da valoração da prova num modelo de prova livre. Imediação que, além de expressar uma perspectiva

³⁰ *Empiricism and the Philosophy of Mind* [Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1997], 1956: c. XII, § 48.

epistemológica, desde o segundo quartel do século XX foi desenvolvida em Portugal sob a força da cultura jurídico-processual germânica, onde o princípio, *die Unmittelbarkeit*, impregna o dever judicial de acesso às provas e a estrutura de legitimação da livre apreciação ³¹.

V.3.1 Em 1987, o princípio da imediação foi consagrado relativamente às declarações processuais que, em princípio, apenas valem para o efeito da formação da

convicção do tribunal se tiverem sido produzidas pessoalmente em audiência ³².

Num processo acelerado de evolução tecnológica — proliferação dos mediadores mecânicos, de captação e registo, melhorias de fiabilidade e preservação dos suportes distintos dos humanos — geram-se desenvolvimentos em que as situações

podem ser captadas na dimensão visual e acústica e mecanicamente reproduzidas ³³.

Ao nível das *experiências sensoriais* do tribunal através dos meios tecnológicos, no processo, destacam-se três vectores:

(1) Novas interacções no acesso dos julgadores ao evento;

³¹ O princípio está consagrado no § 250 da StPO, sendo geralmente associado ao princípio da livre apreciação (§ 261 da StPO) — v. g. GEPPERT, *op. cit.*, 1979, p. 119, 144-146, 287; ROXIN *Strafverfahrensrecht*, München, C. H. Beck (tr. esp. da 25.ª ed. alemã realizada por Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor com o tit. *Derecho procesal penal*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2000), 1998: § 15.B; FREUKE STAMP, *Die Wahrheit im Strafverfahren*, Baden-Baden, Nomos, 1998, pp. 86-88; SCHLÜCHTER, *Das Strafverfahren* (tr. Esp. De Iñaki Esparza Leibar e Andrea Planchadell Gargallo com o tit. *Derecho procesal penal*, Valência, Tirant lo Blanch, 2000) 1999, p. 13.

³² Art. 355.º, n.º 1, do CPP, norma que também fixa o dever de exame em audiência de outras provas. A centralidade da imediação reporta-se às fontes pessoais de prova processual, que, em regra, têm de ser produzidas na audiência, e não apenas examinadas, constituindo as excepções os casos em que se permite leitura, visualização ou audição de depoimentos (art. 355.º, n.º 2, do CPP). O princípio da intransmissibilidade apenas vale para os autos que contenham declarações do arguido, do assistente, das partes civis ou de testemunhas (art. 356.º, n.º 1, al. b), do CPP), na jurisprudência apodada como «prova volátil» (cf. declaração de voto do conselheiro CARMONA DA MOTA no acórdão do STJ uniformizador de jurisprudência n.º 11/08). A proibição de valoração de provas pode derivar do valor da imediação e/ou do contraditório, de qualquer modo a opção de fixar a coordenada por referência à produção na audiência e não à inquirição cruzada determina que a prescrição genérica se centre no valor da audiência e do acesso ao testemunho, embora o pressuposto determinante se afira fundamentalmente em função das excepções, o caso das declarações do arguido exige uma análise autónoma atentas as distintas ponderações político-criminais.

³³ Como sublinhava LUHMANN, por um lado «o próprio mundo da percepção converte-se em objecto comunicativo» e, por outro, «o processo electrónico de dados está integrado no processo de comunicação e gera o produto que “comunica” (quase no antigo sentido), isto é, que estabelece uma comunidade» — *A improbabilidade da comunicação* (selecção de João Pissara, tr. port. de Anabela Carvalho), Lisboa, Veja, 1992, pp. 148-149, prosseguindo «Agora nem aquele que introduz a informação nem o que recebe os resultados do processo de dados pode reconhecer ou reproduzir o sentido do acto de comunicação. O que se queria comunicar já não é relevante para o que se deve compreender. A única forma possível de recusa é detectar defeitos na máquina».

- (2) Mecanismos de escrutínio hierárquico *a posteriori* do julgamento de facto;
- (3) A problematização em bases distintas da ideia de imediação, atendendo a novos meios de acesso comunicacional às fontes de prova pessoal.

V.3.2 . Nos últimos anos desenvolveram-se novas formas de contacto do tribunal com os eventos por força do alastramento, nos diferentes espaços sociais, dos mecanismos de captação de imagem (além das câmaras fixas, banalizaram-se as móveis, de registo fotográfico e vídeo, muitas vezes inseridas em telefones celulares).

Quando os registos mecânicos constituem um mediador com o próprio evento suscita-se a ilusão de acesso directo ao facto, com um peculiar efeito persuasivo. Como se refere nas últimas edições de *McCormick on Evidence*, «uma vez que ver é crer e a prova demonstrativa apela directamente aos sentidos [...], hoje existe um sentimento universal de que esse tipo de prova possui uma imediação e realidade que lhe conferem um efeito particularmente persuasivo» ³⁴.

Factor susceptível de determinar novos receios de raiz epistémica, contudo, no direito português os mecanismos de salvaguarda operam apenas quanto aos problemas políticos gerados pela captação e utilização, e pela genuinidade do material, subsistindo uma confiança sobre a capacidade de percepção do tribunal. Não existindo, no plano normativo, instrumentos específicos relativos aos riscos de ilusões cognitivas dos membros do tribunal enquanto ouvintes e/ou visualizadores, como mecanismo central de controlo da livre apreciação é o dever de fundamentação ³⁵.

A tecnologia parece compreender na epistemologia probatória legal novos conceitos de imediação relativos ao evento, novas imediações juridicamente relevantes, mesmo que, por vezes, apenas integradoras de experiências sensoriais confinadas a um sentido ³⁶.

³⁴ *Op. cit.* 1958/2004: § 212.3.

³⁵ Por outro lado, a aparência de imediação e a experiência do espectador enquanto testemunha potenciam as capacidades analíticas do observador (cf. JESSICA SILBEY, «Judges as Film Critics: New Approaches to Filmic Evidence», *Univ. of Michigan Journal of Law Reform*, V. 37, 2004, 540-542; «Criminal Performances: Film, Autobiography and Confession», *New Mexico L. Rev.*, v. 37, 2007, p. 194).

³⁶ No plano jurisprudencial parece ganhar peso um conceito de imediação menos restritivo da interacção sem mediadores, abrangente, por exemplo, das gravações áudio, num caso de interceptação de conversações telefónicas, entendeu-se que «relativamente às transcrições cujo suporte possa ter «desaparecido», o tribunal colectivo, considerando-as «nulas», não as tomou em consideração, justamente porque, inexistindo os suportes respectivos, «ficou cerceado» de proceder à sua imediação em audiência (escutas realizadas aos alvos 25 541, 17 056, 18 168 e 18 184)», já relativamente às gravações utilizadas argumenta-se que «é preciso ter em consideração, desde logo, que as gravações foram ouvidas em audiência, “o que permitiu ao tribunal a imediação necessária à identificação de alguns dos arguidos com os interlocutores nas conversas”» (respectivamente §§ 6.2 e 7.2 do ac. do STJ de 10-1-2008, proc. 4198/07). Neste ponto a reforma de 2007 do CPP gerou alguma perplexidade ao fixar

V.3.3 Numa segunda linha, a evolução tecnológica permite inovadores registos mecânicos da produção de prova em audiência, da *experiência de imediação* do tribunal de julgamento, permitindo a preservação da prova produzida e novas vias de acesso para controlo hierárquico por uma segunda instância judicial, determinante em Portugal da ampliação do recurso em matéria de facto.

Como já se referiu, a partir da revisão de 1998 do Código de Processo Penal o modelo passou a estar estruturado numa hierarquia cognitiva de juízes, apesar de, à luz da cultura judicial centrada na *percepção imediata* da prova, o acesso aos dados informativos na segunda instância se apresentar mais distante das *condições epistemicamente ideais*, para empregar a expressão de HILLARY PUTNAM.

A ampliação da autoridade hierárquica dos tribunais superiores parece ter implícita uma presunção da maior capacidade cognitiva já não dos juízes em geral mas dos juízes dessas instâncias. Inexiste um discurso justificativo próprio sobre a maior fiabilidade cognitiva dos desembargadores relativamente aos juízes da primeira instância, especialmente quando as deliberações se operam em ambos os casos através de colégios (com a reforma de 2007, os julgamentos sobre o facto dos colégios de 3 juízes ou do júri formado por 3 juízes e 5 jurados, podem ser revogados por uma decisão tomada, mesmo no plano formal, por 2 desembargadores). De qualquer modo, o juízo implícito sobre essa superioridade, determina que não se dê relevo à ideia de que os tribunais superiores têm em si reunidos os ingredientes ideais para a interferência nos veredictos do «hábito», da «prevenção judicial», da «fermentação».

Além de uma perspectiva burocrático-hierárquica da cognição, prevalece neste ponto uma cultura epistemológica menos dependente da imediação, na medida em que, ao contrário de outros modelos hierárquicos, não se optou por determinar que nos casos de maior relevo / complexidade o julgamento do facto em primeira instância se realizasse perante tribunais superiores. Aspecto que transporta uma renovada confiança na prova gravada, numa sessão de julgamento ³⁷.

a necessidade de transcrição das escutas, em detrimento da remissão para os suportes digitais e reprodução dos trechos seleccionados — as partes devem transcrever (art. 188.º, n.º 9, do CPP) ou requerer a transcrição no caso da promoção de medida de coacção em inquérito (art. 188.º, n.º 7, do CPP). Com efeito, a inexistência de imediação em audiência por via da audição de gravações de som não obsta a que se considere que a adição obrigatória e genérica de mediadores (humanos) a registos mecânicos disponíveis sobre conversações em casos em que não existe nenhuma limitação sensorial específica do tribunal ou a carência particular de outros mediadores (como a tradução) é perniciosa no plano epistémico, da fiabilidade probatória, e da contraditoriedade da audiência. Pelo que a transcrição por princípio das conversações indicadas como prova apresenta-se um custo sem vantagens processuais.

³⁷ A importância dos arquétipos epistémicos sobre a imediação judiciária, e a recorrente afirmação dos mesmos na fundamentação das decisões judiciais, não tem sido sujeita a estudos críticos aprofundados e, paradoxalmente, parece obnubilada nalgumas reformas estruturantes, em particular o amplo alargamento do poder de cognição dos tribunais da relação em recurso

V.3.4 A evolução tecnológica introduz uma nova linha de problematização sobre o núcleo do conceito de imediação, a relação sem mediadores do tribunal com o arguido e as fontes pessoais de prova que depõem no processo ³⁸.

Entre os antigos polos antagónicos, comunicação presencial *versus* leitura da transcrição do depoimento, apresentam-se, por via das novas tecnologias, outras alternativas em que ressaltam os mediadores digitais ³⁹.

O esquema de imediação jurídico-processual em vigor no sistema legal português pressupõe que o contacto com a fonte de prova integral, além da relação presencial de partilha do espaço, a comunicação à distância através da teleconferência. No processo penal positivo esse mecanismo não se generalizou, mas importa ter presente que o princípio da concentração é também um instrumento da contraditoriedade e a previsão de depoimentos por teleconferência vale, quando realizada, «para todos os efeitos», como presencial ⁴⁰.

de facto. A ausência de um discurso epistemologicamente fundado, acompanhada de várias outras omissões de estudos empíricos sobre elementos fundamentais relativos a essas instâncias decisórias finais permitem a suspeita de um sistema com soluções baseadas em intuições de facto. Com efeito, estruturou-se, na expressão de DAMIÃO CUNHA, como «um mecanismo de aperfeiçoamento (ou de substituição) de eventuais decisões deficientes» («A estrutura dos recursos na proposta de Revisão do CPP», *RPCC*, ano 8, n. 2, 1998, p. 270), sem qualquer estudo prévio das condições das instâncias de correcção para formular juízos mais fiáveis, nem qualquer estudo empírico posterior sobre o exercício dessa função. Estudos que teriam de compreender a análise dos agentes decisores (nomeadamente factores importantes e fáceis de aferir como o provimento respectivo, em que seria já um indício relevante a análise da sequência de acesso à luz das listas de antiguidade da magistratura judicial), processos decisórios (em particular ao funcionamento colegial efectivo ou virtual), e efeitos colaterais da nova competência de controlo do julgamento do facto (por exemplo na decisão sobre questões prévias que o inviabilizem). Sobre o impacto não só jurídico mas também ideológico e político do recurso de facto dos acórdãos do tribunal de júri ressalta a ideia de superioridade epistémica dos juízes em que, em regra, dois vão sindicar o decidido por um colégio de 3 juízes e quatro jurados (cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.*, 2010, pp. 210-212; *op. cit.*, 2011, pp. 304-305).

³⁸ A imediação a propósito das fontes pessoais das provas suscita-se, em regra, a dois níveis, por um lado da testemunha em relação às circunstâncias que vai relatar, por outro do julgador de facto em relação à testemunha (a destriça traçada por GOLDSCHMIDT entre imediação objectiva e subjectiva, acima referida). A distinção é fundamental, o sistema proíbe a imediação epistémica do julgador (o seu conhecimento directo do facto) e o processo cognitivo fundado nos sentidos e na indução judicial não se reporta aos factos mas às provas. A imediação da testemunha em relação às provas, a que se refere por exemplo MANZINI enquanto característica do testemunho — *Istituzioni di procedura penale*, Turim, Fratelli Broca (2.^a ed.), 1923: § 107 c) —, é essencialmente um princípio da prova testemunhal marcando a ideia de que a testemunha deve em princípio ser um transmissor de percepções, que integra o núcleo dos princípios e âmbito desse meio de prova.

³⁹ Que além de permitirem a comunicação contemporânea com acesso à voz e imagem sem partilha do espaço viabilizam uma forma de acesso sem mediadores humanos a depoimentos anteriores à audiência registados em suporte digital, bem como depoimentos produzidos na audiência (que devem ser obrigatoriamente gravados).

⁴⁰ A inquirição dos peritos deve realizar-se através de teleconferência (arts. 158.º, n.º 2, 317.º, n.º 1, 350.º, n.º 3 do CPP). A teleconferência constitui um dos mecanismos na lei de protecção de testemunhas (arts. 2.º, al. c), 5.º e 6.º da Lei 93/99), prescrevendo-se expressamente que a mesma satisfaz o princípio da imediação «para todos os efeitos» (art. 15.º), dada a especialidade desse regime tal recurso pode compreender a ocultação do rosto e a distorção de voz (arts. 4.º, 5.º, 9.º), devendo-se facultar ao tribunal «o acesso, em exclusivo, ao som e à imagem não distorcidos, se os meios técnicos disponíveis o permitirem» (art. 14.º). Pelo

O enquadramento da imediação enquanto instrumento gnoseológico nos arquétipos da epistemologia geral apresenta dificuldades. Os seus alicerces revelam-se próximos do *mito do dado*, ponto de vista segundo o qual a experiência sensorial nos dá certezas apropriadas para servir de fundamento ao conhecimento empírico e à ciência. As epistemologias fundadas no *myth of the given*, conceito introduzido por WILFRID SELLARS (1912-1989) em *Empiricism and the Philosophy of Mind* (1956) para criticar essas correntes, são hoje amplamente rejeitadas. SELLARS investigou a natureza do pensamento da experiência, defendendo a concepção de que todos os acontecimentos intencionais vivem no «espaço das razões», isto é, mesmo a experiência aparentemente pura é um conceito teórico, ou seja, um tipo de reflexão dos nossos pensamentos sobre o mundo e sobre a autoridade que concedemos aos diversos tipos de informações recolhidas.

De acordo com a síntese do *mito do dado* realizada por THOMAS DE VINCI, este desdobra-se em quatro teses: (1) O mundo revela-se na experiência dos sentidos; (2) A experiência sensorial (a) não é uma parcela desse mundo objectivo e (b) não é uma forma de cognição conceptual como o pensamento (*thinking*) ou a crença (*believing*); (3) O nosso conhecimento do mundo físico é inferido da experiência sensorial; (4) Como nas inferências o conhecimento deriva do conhecimento, a experiência sensorial em si mesma é uma forma de conhecimento. Apesar de cada tese

isoladamente se apresentar plausível, SELLARS considera as teses (2b) e (4) são incompatíveis se, como ele pensa, o conhecimento é um tipo de cognição conceptual ⁴¹.

que nos casos em que se recorre à teleconferência o tribunal persiste na plena liberdade de apreciação dos depoimentos. Fora desses casos especiais todas as categorias de fontes pessoais de prova, com excepção do arguido, podem ser ouvidos em teleconferência se residentes fora da comarca e reunidos um conjunto de requisitos (art. 318.º), ou estiverem impossibilitados de comparecer na audiência (art. 319.º). O registo e a audição da prova como importante instrumento gnoseológico ganhou reforço em 2007 com a fixação da obrigatoriedade de documentação das declarações (art. 363.º do CPP). No processo civil onde, desde ALBERTO DOS REIS, a imediação é apresentada como princípio fundamental, o depoimento por teleconferência é admitido de forma genérica para peritos e testemunhas residentes fora da comarca e equiparado ao presencial — cf. arts. 456.º, n.º 2, 486.º, n.º 2, 500.º, 502.º do CPC — podendo, inclusive, o depoimento ser antecipado (art. 456.º, n.º 3, do CPC), e, assegurado o contraditório os depoimentos têm valor «noutro processo contra a mesma parte» (artigo 421.º, n.º 1 do CPC).

⁴¹ ROBERT AUDI (ed.), *The Cambridge Dictionary of Philosophy*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1999, p. 828. Afigura-se peculiar o casamento de um modelo gnoseológico imbricado nos parâmetros do *mito do dado* com uma pretensa autonomia da epistemologia judiciária relativamente às formas de cognição comuns dos *leigos*, que, contudo, não seria susceptível de recondução a regras genéricas e abstractas. A exclusão do conhecimento judiciário dos cânones do conhecimento comum, cientificando-o ou, pelo menos, profissionalizando-o, implicaria, no plano metodológico, uma normatividade referencial incompatível com o *mito do dado*. A pretensão de uma cognição reservada a um universo restrito (os juízes) centrada na captação de sinais, alguns dos quais intransponíveis para a fundamentação do decidido, invoca não uma ciência, mas uma alquimia. O internalismo não é incompatível com a transposição para razões, o *mito do dado*, daí que SELLARS sublinhasse, «o ponto essencial é que na caracterização de um episódio ou de um estado como de conhecimento, não estamos

Em Portugal, o valor facial da imediação persiste associado a dois pressupostos gnoseológicos:

- (a) A aparência e o comportamento não verbal dos depoentes auxiliam o julgador de facto sobre a honestidade do testemunho;
- (b) O núcleo da veracidade dos testemunhos centra-se na honestidade.

Razões epistémicas, que integram o núcleo da fundamentação do acórdão do Supremo Tribunal de Justiça uniformizador de jurisprudência n.º 5/2008 ⁴², com duas debilidades fundamentais:

- (1) Por um lado, a tese de que, *através das regras da experiência comum* e do comportamento não verbal se podem extrair conclusões fiáveis sobre a veracidade do testemunho é objecto de profundas dúvidas ⁴³.

a empreender uma descrição empírica desse episódio ou estado, estamos a colocá-lo no espaço das razões, de justificação e da capacidade de justificação do que alguém diz» (SELLARS, *Empiricism and the Philosophy of Mind* [Cambridge (MA), Harvard Univ. Press, 1997], 1956: c. VIII, § 36), um internalismo de matriz «essencialmente intersubjectiva» (*idem*: c. XV, § 59). SELLARS recusa a perspectiva cartesiana de uma continuidade entre o sensorial e o conhecimento, na crítica certa ao internalismo sensorial antecipa o peso da epistemologia externalista na segunda metade do século XX, e apresenta uma alternativa internalista (de qualquer modo, nesta nota apenas se pretende relevar a importância na desconstrução do *mito do dado*, que também serve para uma crítica do *mito da imediação*, acentuado pelo paroxismo de se afirmar num esquema com pretensões tecnocráticas). Imediação integrada no complexo da *epistemologia difusa* revista, que na parte relativa à dimensão sensorial da cognição judicial, se reporta a uma categoria de «*impressões*, o resultado final do impacto de objectos físicos e do processamento em várias partes do corpo» — SELLARS, *op. cit.* 1956: c. XVI, § 60. A abordagem jurídica nacional é autónoma, e indiferente à controvérsia, ainda subsistente, sobre o carácter consciente ou inconsciente do processo inferencial da percepção — v. g. FODOR, *The Mind Doesn't Work That Way: The Scope and Limits of Computational Psychology*, Cambridge (MA), Massachusetts Institute of Technology, 2000; HATFIELD, «Perception as Unconscious Inference», in *Perception and the Physical World: Psychological and Philosophical Issues in Perception* (ed. Dieter Heyer e Rainer Mausfeld), Nova Iorque (NY), Wiley, 2002, pp. 115-143.

⁴² «Exemplifica-se o exposto recorrendo ao caso do testemunho que parece mais digno de crédito do que um outro pela percepção directa e imediata do seu relato e das circunstâncias em que o mesmo se desenrolou: terá sido mais categórico, eventualmente mais seguro; terá recorrido menos vezes à aquiescência tácita de terceiro; ter-se-á expressado em termos mais correntes e mais próprios da sua condição social o que induziu o tribunal a pensar que o seu testemunho era mais fidedigno e menos passível de preparação prévia; suportou com maior à vontade o exercício do contraditório. Todas estas, que são razões que servem para acreditar em determinadas provas, e não acreditar noutras, sem dúvida que só são susceptíveis de ser apreciadas directamente pela pessoa que as avalia — o juiz de julgamento em primeira instância». Regressaremos a este aresto mais à frente.

⁴³ EDWARD J. IMWINKELRIED, «Demeanor Impeachment: Law and Tactics», *American Journal of Trial Advocacy*, v. 9, 1985, pp. 183-236; OLIN GUY WELLBORN III, «Demeanor», *Cornell L. Rev.*, v. 76, 1991, pp. 1075-1105; JEREMY A. BLUMENTHAL, «A Wipe of the Hands, A Lick of the Lips: The Validity of Demeanor Evidence in Assessing Witness Credibility», *Nebraska L. Rev.*, v. 72, 1993, pp. 1158-1204; H. RICHARD UVILLER, «Credence, Character, and the Rules of Evidence: Seeing Through the Liar's Tale», *Duke L. J.*, v. 42 1993, pp. 776-839; MICHAEL D. ROTH, «Laissez-Faire Videoconferencing: Remote Witness Testimony and Adversarial Truth», *UCLA L. Rev.*, v. 48, 2000, pp. 199-201; GREGORY L. OGDEN, «The Role of Demeanor

- (2) Por outro, a percepção dos sinais emitidos pela testemunha (alegaadamente reveladores da sua integridade e segurança) revela-se carecida de relevo gnoseológico relativamente a testemunhas honestas e confiantes mas enganadas⁴⁴.

A ideia que os canais não verbais, rosto, corpo e voz, transmitem à luz das regras de experiência comum elementos fundamentais e superiores no plano epistémico sobre a honestidade da testemunha e a fiabilidade do testemunho permitiria, apenas, a extracção de um elemento de prova reputado idóneo, cujo valor probatório dependeria sempre da sucessiva inferência linguísticamente vinculada ⁴⁵.

Importa, ainda, atender a que não só o resultado, mas também o objecto da observação têm de ser integrados num complexo informacional processado pelo sujeito activo do conhecimento. Os sistemas epistémicos que sobrevalorizam a imediação parecem assumir como um *a priori* a crença nas capacidades analíticas do julgador, mas estas integram o universo do que tem de ser explanado e pode ser escrutinado em sede de controlo hierárquico

Evidence in Determining Credibility of Witnesses in Fact Finding», *Journal of the National Association of Administrative Law Judges*, v. 22, 2000, pp. 1-94; JOSEPH W. RAND, «The Demeanor Gap: Race, Lie Detection, and the Jury», *Connecticut L. Rev.*, v. 33, 2000, pp. 1-76; RONALD ALLEN / BRIAN LEITER, «Naturalized Epistemology and the Law of Evidence», *Virginia L. Rev.*, n. 87, 2001, pp. 1539-1542; SAUL M. KASSIN, «Human Judges of Truth, Deception, and Credibility: Confident but Erroneous», *Cardozo L. Rev.*, v. 23, 2002, p. 810; PAUL ROBERTS / ADRIAN ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, Oxford/Nova Iorque (NY), Oxford Univ. Press, 2004, p. 219; MAX MINZNER, «Detecting Lies, Using Demeanor, Bias and Context», *Cardozo L. Rev.*, v. 29, 2008, pp. 2257-2281. Como MINZNER destaca, actualmente nos EUA a ideia tradicional de que se o jurado observar atentamente o comportamento pode apurar se a testemunha está a mentir contrapõe-se um consenso na doutrina jurídica e das ciências sociais praticamente oposto (2008: 2557). É particularmente relevante, além da ausência de instrumentos fiáveis de análise dos sinais, a circunstância de a concentração na captação dos sinais por vezes, prejudicar a recepção da comunicação, e estudos empíricos demonstrarem que muitas das regras empíricas não correspondem às probabilidades de relação entre engano e comportamentos não verbais (v. g. BLUMENTHAL, *op. cit.* 1993: 1194-1195). Acresce que as avaliações do comportamento, muitas vezes, são terreno para maior expressão das componentes emocionais, em especial quando há interacção comunicativa, também por serem inconscientemente determinadas pela comunhão/diversidade cultural de observador e observado e respectivos estereótipos (v. g. ROBERTS / ZUCKERMAN, *op. cit.* 2007, p. 221). O desenvolvimento de alguma maior reserva sobre o poder de avaliação da credibilidade das testemunhas e dos depoimentos revela-se na abertura da prova pericial sobre esse domínio, transferindo-se o escrutínio das regras da experiência para as regras da ciência e consequentemente dos juizes para os peritos, o que não deixa de gerar também problemas, quer na aferição da cientificidade, quer na integração dos juízos parcelares nos enunciados de facto (cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.* 2011, pp. 205-208, 355-374).

⁴⁴ Em particular quanto à detecção de erros perceptuais das testemunhas, o próprio Código de Processo Penal absorve estudos críticos sobre o relevo superior de outros factores para assegurar melhor fiabilidade do testemunho, o que determina, por exemplo o regime específico do reconhecimento de pessoas.

⁴⁵ Ou seja, as pistas «paralinguísticas» (WELLBORN III, *op. cit.* 1991: 1078), mesmo que fundadas, exigem uma inferência subsequente que, ainda que a um «nível mínimo», tem de se integrar nos cânones de «compreensão linguística» (UBERTIS, *Argomenti di procedura penale*, Milão, Giuffrè, 2002, p. 118).

sucessivo, aspecto nuclear da legitimação por contraponto às *impressões sensoriais* ⁴⁶.

V.3.5 Todo o sistema processual que determina emanções prescritivas independentes da vontade dos atingidos comporta, necessariamente, uma base de crenças sobre os factores, dialécticos ou institucionais, de autoridade epistémica dos veredictos.

Neste quadro, a mediação pode constituir um elemento instrumental da comunicação processual imposta por outros princípios, em parti cular a investigação e o contraditório que podem exigir mais factores, com a partilha temporal e espacial dos agentes da comunicação, que escapam ao princípio processual da mediação.

Contacto do tribunal com as partes e com a sua actividade, contemporânea interacção comunicativa dos sujeitos processuais, com expressão, nomeadamente, na produção e discussão da prova, relaciona-se com o modelo e implicações do contraditório.

Para além das alterações comunicacionais (dos factos probandos, probatórios e sua reprodução), o declínio do relevo da mediação na epistemologia judiciária também é determinado pelos modelos inferenciais e argumentativos judiciais de acesso à informação, expresso no impacto da denominada *segunda geração* da prova forense ⁴⁷.

V.3.6 A mediação enquanto princípio sobre a formação da prova, em abstracto, pode conformar as exigências da sua produção em audiência como os limites à reprodução e/ou utilização de provas pré-constituídas, em particular a transmissibilidade das provas pessoais.

Na medida em que integra um específico valor político o princípio da mediação (bipolar) é autónomo do contraditório (triangular) e expressa um modelo alternativo ou concorrente, ainda que aberto a combinações mais ou menos complexas.

Nos processos de jurisdição voluntária prevalece a mediação podendo determinados actos ou incidentes, atentos os valores políticos sobre o que está em jogo, integrar elementos contraditórios ou apresentar-se estruturalmente contraditórios.

A mediação enquanto contemporânea interacção comunicativa pode constituir um elemento importante da reavaliação de outros valores. Para a política intrínseca ao processo, a mediação poderia servir, como sessão

⁴⁶ Ou seja, ainda que o sistema fosse centrado na capacidade sensorial do julgador na medida em que comporta um exigente esquema de motivação de raiz analítica exigiria uma decomposição dos pressupostos da decisão (o que se observou, como se observou, as regras de experiência, articulando em termos lógicos as premissas com a conclusão do silogismo parcelar, depois integrado numa sucessão de inferências até culminar no todo).

⁴⁷ ERIN MURPHY, «Inferences, Arguments, and Second Generation Forensic Evidence», *Hastings L. J.*, v. 59, 2008, p. 102.

conjunta dos interessados, a contemporânea e responsabilizante interacção comunicativa. Dimensão política autónoma do contraditório que se articula com o modelo de regulação processual, um factor de legitimação, de reforço do sentimento de integração ou hierarquia ⁴⁸.

No sistema processual de 1987, a mediação integrou o discurso legitimador de uma regulação que visava evitar o retorno ao modelo inquisitório, em que, para além dos universos de contraditoriedade, ressaltou a preocupação legislativa de aproximação a uma das ideias do sistema adversarial, *one day trial*, na versão continental o princípio da concentração.

Regras disciplinadoras sobre a actividade do tribunal, em que ressalta um mecanismo sancionador ao nível da prova, *perda de eficácia da prova*, que apesar de ser considerado corolário da oralidade e mediação, foi sendo, por via jurisprudencial, desligado de prescrições normativas sobre a cognição judicial, recusando-se a existência de um imperativo temporal relativo ao hiato entre o momento de recolha de informação e o do seu processamento inferencial.

O Supremo Tribunal de Justiça legitimou o esvaziamento do eventual sentido epistemológico da regra ao considerar que apenas opera ao nível dos intervalos entre os actos da audiência, não fixando nenhum comando, nem para o hiato temporal entre o primeiro acto e o último acto de produção de prova, nem entre a produção de prova e a sentença, nem sequer entre as alegações e a sentença ⁴⁹. Na mesma linha apresenta-se a ideia da jurisprudência que não aplica a referida sanção em casos de reenvio dos autos da segunda para a primeira instância salvaguardando dessa forma a prova produzida em julgamento anulado ⁵⁰.

Contudo, a propósito do prazo máximo de intervalo entre sessões de produção de prova em julgamento, o Supremo Tribunal de Justiça na fundamentação de acórdão do plenário das secções criminais (uniformizador de jurisprudência n.º 11/2008 e lavrado por maioria de 11-5), retomou-se um discurso sobre supostas mais valias *científicas* do princípio da mediação, «o legislador ao fixar o prazo de trinta dias como limite inultrapassável certamente que se fundamentou na contribuição da ciência na definição do espaço temporal dentro do qual permanecem as percepções pessoais que fundamentam a atribuição de credibilidade a um determinado meio de prova» que, com variantes, remete para a amálgama da antiga *epistemologia difusa* ⁵¹.

⁴⁸ No Estado Novo verificou-se uma preocupação coerente em torno das representações da justiça inclusive ponderada na arquitectura judiciária (cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.* 2011, pp. 131-150), no ambiente democrático esse esquema comunicacional expressa um modelo de processo penal distinto. A mediação também pode apresentar-se associada à ênfase jurídico-política na imparcialidade, das fontes de prova e do indagador, daí a coerência de integrar o esquema da mediação com o da investigação judicial (cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.* 2011, pp. 467-476).

⁴⁹ V. g. acs. do STJ de 25-1-2006, proc. n.º 3460/05; 30-3-2006, proc. 780/06; e de 13-12-2007, proc. n.º 4283/07; 28-10-2009, proc. n.º 121/07.9 PBPTM.E1.S1.

⁵⁰ Cf. Acórdãos da RL de 26-8-2011, proc. n.º 737/07.3 PLSB.L1-5,1 e da RC de 9-11-2011, proc. n.º 79/05.9 GBVNG.P22.

⁵¹ Sobre este conceito e o seu enquadramento no processo penal português cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.* 2011, pp. 131-150 e 237-263.

Reportou-se então esse intervalo temporal de 30 dias a uma realidade científica e natural, «saliente-se aqui que o prazo referido — 30 dias — é assumido como realidade directamente conexcionada com as aquisições científicas sobre a memória o que permite a inferência que o legislador pretendeu tal prazo como realidade científica e natural e não uma mera criação processual, ligando a sua contagem a itens que nada têm a ver com tal realidade». Ou seja, o prazo legal não constituiria uma simples regra disciplinadora da formação jurídica da prova, ainda que imposta de forma peremptória, mas expressão legal da «proximidade temporal entre aquilo que o juiz apreendeu, por sua observação pessoal, e o momento em que deverá avaliá-lo na sentença é elemento decisivo para a preservação das vantagens do princípio, pois um intervalo de tempo excessivo entre a audiência e o julgamento tornará difícil ao julgador conservar, com nitidez, na memória os elementos que o tenham impressionado na recepção da prova, fruto de sua observação pessoal sujeita a desaparecer com o passar do tempo». Determinante epistemológica da perda de eficácia apenas «no que toca à prova produzida em relação à qual constituam o eixo essencial os referidos princípios da imediação e da oralidade». *Realidade científica* sustentada com convicção epistemológica («deixa de ter sentido a afirmação de uma imediação no plano jurídico quando tal imediação é negada pela neurofisiologia e pelos mecanismos da memória») que, ao que parece, não colidirá com a jurisprudência pacífica de que apenas releva o intervalo entre sessões e já não entre a primeira e a última sessão da produção de prova (o próprio recorte da questão é expressamente fixado pelo STJ em termos do intervalo temporal entre duas audiências).

Pelo que segundo esta fundamentação (não se podendo confundir o elemento prescriptivo para os tribunais da asserção final uniformizadora de jurisprudência com a respectiva fundamentação) não poderia, pelos referidos imperativos epistemológicos, existir um intervalo superior a 30 dias entre sessões, apesar de «um hiato temporal superior a trinta dias entre o final da audiência e a sentença, não configurar qualquer patologia processual»⁵².

Nesta medida o problema epistemológico definido pela fundamentação do acórdão uniformizador n.º 11/08 não se relacionará directamente com o processo decisório judicial mas com a acção indagatória, que não se compadece com intervalos superiores a 30 dias que afectam a memória, implicitamente está pressuposto nessa argumentação que a partir do retomar da audiência a capacidade mnemónica holista fica reactivada, podendo recuperar, para efeitos decisórios, prova produzida alguns anos antes (mesmo que se trate de «prova volátil») e articular a mesma com a prova posteriormente produzida. Isto é que a passagem do tempo relativamente ao momento da produção não afecta o valor da prova.

⁵² Expressão empregue no acórdão de 13 de Dezembro de 2007 que, tal como o uniformizador n.º 11/2008, foi relatado pelo Conselheiro Santos Cabral.

VI. PROVAS PESSOAIS PRODUZIDAS EM AUDIÊNCIA CONTRADI-TÓRIA, REGRAS ORDENADORAS DIRIGIDAS AO TRIBUNAL E DIREITO À PROVA

A proposta de lei n.º 263/XII testemunha um dos ocasionais momentos de ponderação, ainda que atomística, sobre pontuais convergências em torno da prova no processos civil e penal ⁵³.

Com efeito, depois do projecto de revisão do Código de Processo Civil ter compreendido uma proposta de transposição para esse cenário da regra processual penal da perda da eficácia da prova por interrupção da audiência de julgamento por mais de 30 dias (artigo 328.º, n.º 6, do CPP). A rejeição dessa sanção no processo civil ⁵⁴, determinou uma iniciativa de adopção da regra do processo civil no processo penal.

Trata-se de um ponto duplamente interessante, por um lado, pela subsistência durante mais de um quarto de século de uma proibição de prova, cuja teleologia é objecto de alguns sintomáticos desencontros, mesmo entre os seus defensores, reveladores da necessidade de novas convergências metodológicas sobre a prova nos dois cenários processuais.

Convergência em primeira linha ao nível da hermenêutica jurídica em que se apresenta no plano analítico importante uma linha tripla de aproximação aos problemas e às normas por via da discriminação entre:

- (1) Fins epistemológicos para minorar o erro, os quais se apresentam relevantes nos dois domínios processuais em que as diferenças

⁵³ Diz-se na exposição de motivos: «No que concerne ao quarto aspeto acima referido [a eliminação da sanção consistente na perda da prova, por ultrapassagem do prazo de 30 dias para a continuação de audiência de julgamento interrompida], em ordem à coerência global do sistema, propõe-se a adoção, no processo penal, de normas idênticas àquelas que foram introduzidas nos n.ºs 3 e 4 do artigo 606.º do novo Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 41/2013, de 26 de junho.

«Com efeito, sendo hoje em dia obrigatória a documentação da prova, sob pena de nulidade (artigo 363.º do Código de Processo Penal), considera-se que está assegurada por essa via, não só a sindicância da decisão sobre a matéria de facto pelo Tribunal da Relação, como também a fidelidade por parte do Tribunal de 1.ª Instância à prova produzida em audiência, porquanto este poderá colmatar os naturais limites da memória humana e das próprias notas pessoais tomadas sobre a produção de prova, recorrendo à audição ou visualização das respetivas gravações magneto fónicas ou audiovisuais.

«No contexto tecnológico atual, a sanção legalmente prevista — perda da eficácia da prova pela ultrapassagem do prazo legal de 30 dias para a continuação da audiência de julgamento — antolha-se desajustada, sendo certo que se considera que a eliminação desta sanção não contende com a manutenção plena dos princípios da concentração da audiência e da imediação.»

⁵⁴ Foi a seguinte a solução adoptada expressa nos n.ºs 3 e 4 do artigo 606.º do CPC:

«3 — Se não for possível concluir a audiência num dia, esta é suspensa e o juiz, mediante acordo das partes, marca a continuação para a data mais próxima; se a continuação não ocorrer dentro dos 30 dias imediatos, por impedimento do tribunal ou por impedimento dos mandatários em consequência de outro serviço judicial já marcado, deve o respetivo motivo ficar consignado em ata, identificando-se expressamente a diligência e o processo a que respeita.

«4 — Para efeitos do disposto no número anterior, não é considerado o período das férias judiciais, nem o período em que, por motivo estranho ao tribunal, os autos aguardem a realização de diligências de prova.»

operam apenas nos graus de persuasão exigidos e não tanto no conceito benthamiano de *rectidão decisória* tendo por referente a verdade factual dos enunciados judiciais derivados do julgamento judicial,

- (2) Razões políticas intrínsecas ao processo (no caso do processo penal emergindo princípios processuais como o acusatório, o contraditório e a presunção de inocência e no processo civil os princípios do dispositivo e o contraditório), e
- (3) Políticas extrínsecas ao processo relativas a valores que devem conformar exogenamente o processo penal e civil e a prova (como a protecção da intimidade e da privacidade, repercutidas, por exemplo, nos segredos profissionais), ainda que podendo gerar ponderações de valores diferenciadas atenta a diversidade de fins prosseguidos.

Retornando à problemática da perda de eficácia da prova, que se repercute fundamentalmente nas provas constituídas, devemos ter presente que existe um programa legislativo (comum aos processos civil e penal) sobre uma política positiva relativa à formação da prova, o princípio de produção da prova testemunhal em audiência (que é, naturalmente, conformador da margem de acção estratégica das partes). Política processual centrada nos deveres e direitos dos sujeitos processuais conceptualmente inconfundível com uma onto-epistemologia global sobre a via imposta de conhecimento do facto, daí que se possam introduzir por via de documentos e testemunhos, declarações extraprocessuais susceptíveis de valer não só como facto probando mas também como factos probatórios ⁵⁵.

Neste domínio revela-se uma centralidade do contraditório que implica uma nova perspectiva sobre o princípio da imediação judicial, susceptível de ser reenquadrado, com a oralidade e a concentração, como instrumento de concretização do contraditório. Política processual intrínseca afirmada em detrimento da marca tradicional do princípio da imediação, enquanto princípio rector da cognição do tribunal centrado na relação bipolar do tribunal com o mediador humano que percepcionou o facto, enquanto o contraditório tem como eixo a interacção subjectiva das partes com a prova e em particular com as fontes de prova pessoal.

Como já referimos, nos últimos anos a evolução das relações comunicacionais, dos complexos factuais e dos modelos inferenciais (prova forense) determinam uma deflação do relevo do testemunho e da cosmologia fundadora da *epistemologia difusa* centrada na imediação ⁵⁶. A regra ordenadora sobre o limite de 30 dias para o intervalo entre sessões de julgamento apresenta-se como uma regra disciplinadora sobre a actividade do tribunal. Contexto em

⁵⁵ Nomeadamente por força das regras sobre *ouvir dizer*.

⁵⁶ Sobre o conceito de *epistemologia difusa* vd. nota 51.

que o mecanismo sancionador ao nível da prova, *perda de eficácia da prova*, apesar de ser considerado corolário da oralidade e imediação, foi sendo, por via jurisprudencial, desligado de prescrições normativas sobre a cognição judicial, recusando-se a existência de um imperativo temporal relativo ao hiato entre o momento de recolha de informação e o do seu processamento inferencial ⁵⁷.

Linha jurisprudencial que não constitui uma deriva mas a salvaguarda da constitucionalidade da própria regra, que se revelaria ilegítima se implicasse a inviabilização dos julgamentos com exigências de ampla produção de prova.

Contexto em que a ideia de que o intervalo de 30 dias entre sessões constituiria uma suposta aquisição científica implica uma gnoseologia peculiar no sentido de que a partir do retomar da audiência a capacidade mnemónica holista ficava reactivada, podendo recuperar, para efeitos decisórios, prova produzida alguns anos antes (mesmo que se trate de «prova volátil») e articular a mesma com a prova posteriormente produzida. Tese sem alicerce em qualquer teoria epistemológica, internalista ou externalista, conhecida.

O núcleo da proibição de prova relativa às declarações processuais anteriores do julgamento é o contraditório, sendo admitida pela lei, em vários casos, prova processual pessoal produzida antes da audiência de julgamento em circunstâncias e contextos particularmente mitigadores da efectividade do contraditório na produção. Mesmo no quadro de *declarações para memória futura* se as mesmas foram produzidas antes da acusação ou pronúncia o contraditório na produção é mitigado ⁵⁸.

Em contraponto, a prova produzida em audiência de julgamento interrompida por mais de 30 dias ou anulada por motivo independente da admissão da prova não implica qualquer lesão do contraditório, tal como sucede com as declarações para a memória futura produzidas na fase de julgamento ⁵⁹.

⁵⁷ O Supremo Tribunal de Justiça considerou legitimado o esvaziamento do eventual sentido epistemológico da regra ao concluir que apenas opera ao nível dos intervalos entre os actos da audiência, não fixando nenhum comando, nem para o período temporal entre o primeiro acto e o último acto de produção de prova, nem entre a produção de prova e a sentença, nem sequer entre as alegações e a sentença (v. g. acs. do STJ de 25-1-2006, proc. n.º 3460/05; 30-3-2006, proc. 780/06; e de 13-12-2007, proc. n.º 4283/07).

⁵⁸ Acompanha-se a síntese lapidar de CRUZ BUCHO: «Entre esses desvios ou limitações conta-se a ausência de publicidade, a existência de um contraditório necessariamente incompleto ou mitigado, na medida em que só o Ministério Público conhece a totalidade dos actos de inquérito em segredo de justiça já realizados e em que a inquirição das testemunhas é sempre feita pelo juiz, com supressão da cross examination, e as severas restrições ao poder de investigação do juiz de instrução, no confronto com os do juiz de julgamento.» — «Declarações para memória futura (elementos de estudo)» (recuperado de http://www.trg.pt/ficheiros/estudos/declaracoes_para_memoria_futura.pdf), 2012, p. 178. Tais restrições associadas à falta de imediação também assinalada por aquele autor não obstam a que essas provas sejam admitidas e objecto de livre apreciação pelo tribunal de julgamento.

⁵⁹ Quanto a estas vd. no sentido de que apenas se atinge o princípio da concentração, DAMIÃO DA CUNHA «O regime processual de leitura de declarações na audiência de julgamento (arts. 356.º e 357.º do CPP) (Algumas reflexões à luz de uma recente evolução jurisprudencial)», *RPCC*, ano 7, fasc. 3, 1997, pp. 407-408; DÁ MESQUITA, *op. cit.* 2011, p. 610; CRUZ BUCHO *op. cit.* 2012, p. 11.

A utilizabilidade das provas produzidas contraditoriamente em audiência de julgamento quando o julgamento tenha sido anulado, sem que tenha sido referida qualquer patologia na produção dessas provas decorre de um princípio do direito à prova ⁶⁰.

Ideia que integra o núcleo das prescrições sobre o programa do código relativo à contraditoriedade da prova que se encontra nos artigos 355.º a 357.º do CPP. As regras previstas nos artigos 355.º a 357.º, do CPP devem ser classificadas como regras probatórias que não constituem uma protecção epistemológica do julgador relativamente a contaminações involuntárias, já que o sistema processual pressupõe que o tribunal possa conhecer o teor das declarações (pelo menos de uma parte significativa) e esse conhecimento associa-se às responsabilidades instrutórias do tribunal (por exemplo a possibilidade de confronto com anteriores declarações contraditórias depende, no plano lógico, do conhecimento prévio do conteúdo).

Relativamente às fontes de provas indisponíveis o artigo 356.º, n.º 4, sempre admitiu a reprodução e valoração das declarações processuais prestadas em julgamento anulado quando as mesmas foram documentadas através de gravação magnetofónica ou audiovisual ou de outros meios técnicos idóneos à reprodução integral nos casos em que o acto em causa não foi prejudicado por nenhum vício específico e esgotadas as diligências para apurar o paradeiro da testemunha, não tiver sido possível a sua notificação para comparecimento.

Razão que reforça o motivo para considerar que os depoimentos de fontes de prova disponíveis não apresentam nenhuma menor valia relativamente aos das testemunhas indisponíveis. Apresentar-se-ia, aliás, paradoxal que não podendo a fonte de prova ser reinquirida para eventuais novos esclarecimentos a anterior declaração possa ser reproduzida e valorada, mas sendo possível a inquirição da testemunha (ainda que sob pesados custos) as anteriores declarações apenas possam servir por via de pontuais necessidades derivadas do novo depoimento que tem de ser obrigatoriamente prestado.

O direito à prova compreende comandos imperativos sobre a admissão abertamente produzidas em audiência de julgamento contraditória quando a prestação de declarações não se encontra afectada por nenhuma nulidade específica. Política positiva sobre a admissão que obriga o tribunal a integrar esse material nos elementos probatórios objecto de apreciação.

Nesse sentido, a sanção processual prevista no artigo 328.º, n.º 6, do CPP não se aplica, não se pode aplicar à prova produzida em julgamento anulado pelo tribunal de segunda instância, já que não foi violada a regra ordenadora que impende sobre o juiz de primeira instância no sentido de que não deve haver interrupções superiores a 30 dias entre sessões. Pelo que o

⁶⁰ Sem prejuízo de nova apresentação a julgamento da fonte de prova disponível para eventuais esclarecimentos suplementares.

prazo de 30 dias não se aplica no caso de sentença que sobe em recurso e é anulada ⁶¹.

O principal dado introduzido pela proposta de lei n.º 263/XII com a revogação do actual n.º 6 do artigo 328.º reporta-se às interrupções de audiência durante o julgamento em primeira instância, no sentido de eliminar a anterior obrigação do tribunal diligenciar para nova inquirição cujo depoimento foi produzido contraditoriamente antes de a sequência de actos do julgamento ter compreendido um intervalo entre sessões seguidas superior a 30 dias. Solução fundamentada e que supera uma perda de prova incompatível com o princípio da descoberta da verdade e o direito à prova.

Sublinhe-se que a presente análise reconhece que a imposição legislativa de cânones ordenadores sobre o julgamento visando a concentração e a continuidade é ajustada, apenas se colocando em causa uma via utilizada dirigida a uma proibição de prova. Correspondendo a revogação do artigo 328.º, n.º 6, do CPP à linha jurisprudencial que antes do acórdão uniformizador n.º 11/2008 adoptava uma interpretação actualista e criativa que obstava, mesmo no caso de interrupção do julgamento por período superior a 30 dias, à exclusão de prova registada que fora produzida sem qualquer patologia intrínseca que afectasse o acto originário colide, no fundo uma interpretação sensível ao direito à prova afectado por vias literalistas ⁶².

Como se destacou acima, a verdade factual no julgamento criminal é um valor comum aos direitos europeu continental e anglo-americano. Em sintonia, a restrição do recurso a proibições de prova integra as axiologias dos referentes germânico e norte-americano.

Como destaca THOMAS WEIGEND, «o modelo continental de investigação insiste que a verdade material pode ser encontrada se for desenvolvido um esforço suficiente e o processo penal é, em princípio, a descoberta da verdade material. Este pressuposto é contrário a qualquer proibição “artificial” de prova com informação relevante. Proibições de prova contrariam os fins e o espírito do modelo de investigação; elas são, consequentemente, usadas apenas como último recurso para a salvaguarda de valores processuais fundamentais, como a ausência de coerção física nos interrogatórios ou o respeito pela privacidade conjugal» ⁶³.

⁶¹ Assim também PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *Comentário do Código de Processo Penal*, Lisboa, Universidade Católica, 2011, p. 852. Vd. ainda *supra* nota 50. A sanção do artigo 328.º, n.º 6 do CPP não se aplica ao julgamento anulado pela segunda instância de uma forma geral, e, mesmo nos casos em que o reenvio do processo para a primeira instância foi acompanhado de um comando directo do tribunal superior para se proceder a nova inquirição de testemunha ouvida na primeira audiência, o anterior depoimento pode ser utilizado: (a) ao abrigo do artigo 356.º, n.º 4, do CPP quando a testemunha não tiver podido comparecer por um dos motivos indicados nesse preceito, e (b) caso a testemunha seja novamente ouvida na nova inquirição pode ser confrontada com o anterior depoimento ao abrigo do artigo 356.º, n.º 3, do CPP.

⁶² Vd. a nota 65 do presente texto com a referência à declaração de voto do Conselheiro Carmona da Mota aposta no acórdão n.º 11/2008.

⁶³ «Is the Criminal Process about Truth?: A German Perspective», *Harvard Journal of Law and Policy*, v. 26, 2003, p. 168.

Ideia de que as proibições apenas devem funcionar como *ultima ratio*, sujeitas a um escrutínio rigoroso da sua necessidade e dos seus efeitos, também dominante na jurisprudência constitucional norte-americana, matriz metodológica partilhada entre partidários de visões antagónicas quanto à consagração de específicas proibições, tendo sempre presente o princípio de que tem de se ponderar «os custos de afastar informação relevante do processo de descoberta da verdade», na fórmula do acórdão *Illinois v. Krull* de 1987⁶⁴.

A proibição de prova não pode ser banalizada para sanção do incumprimento judicial de celeridade ou desafecção generalizada de elementos objecto de eventual menor confiança epistémica (sob pena de se revelar então, e afinal, uma genérica desconfiança epistémica relativamente aos julgadores incompatível com a livre apreciação), domínio em que os tribunais não podem estar cingidos a leituras literais de formulações legais carecidas de interpretações actualistas por força da alteração de circunstâncias, nomeadamente, dos artefactos de comunicação e registo de dados⁶⁵.

⁶⁴ 480 U.S. 340 (1987), 347. Perspectiva presente mesmo em acórdãos fundamentais da *revo-lução processual* dos anos sessenta do século XX (incluindo *Miranda*), ressaltando nos últimos anos várias decisões na linha de balanceamento dos efeitos, revelando-se com um impacto para além das situações específicas na ideia de ponderação dos custos [de forma particular *Hudson v. Michigan* 547 U.S. 586 (2006), não só na opinião da maioria, da fundamentação concorrente de KENNEDY e da posição vencida, cf. de uma forma crítica sobre o impacto de âmbito mais geral da doutrina de ponderação *case-by-case*, cf. DAVID ALAN SKLANSKY «Is the Exclusionary Rule Obsolete?», *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 5, 2008, pp. 568-574, 583-584; SHARON L. DAVIES / ANNA B. SCANLON «Katz in the Age of *Hudson v. Michigan*: Some Thoughts on “Suppression as a Last Resort”», *Univ. of California Davis L. Rev.*, v. 41, 2008, pp. 1079-1080. Mesmo entre os que recusam a ponderação dos custos da proibição, no caso da violação de valores nucleares persiste uma exigente reflexão sobre a gravidade da ofensa ao direito e da consequente necessidade da proibição. Paradigmática, a declaração concorrente de BLACKMUN, então já um dos juízes liberais, em *United States v. Leon*, no sentido de que as proibições «estão sujeitas a alterarem-se à luz da alteração do conhecimento judicial sobre os efeitos da proibição fora do tribunal» [468 U.S. 897, 928 (1984)]. Mesmo quanto às proibições de prova constitucionais existe uma ideia generalizada de que devem constituir um instrumento de *last resource* — v. g. AKHILL REED AMAR «Against Exclusion (Except to Protect Truth or Prevent Privacy Violations)», *Harvard Journal of Law and Public Policy*, v. 20, 1997, pp. 457-466; MIRJAN DAMAŠKA, «Free Proof and its Detractors», *The American Journal of Comparative Law*, v. 43, n. 3, 1995, p. 352; ROBERTS / ZUCKERMAN, *op. cit.* 2004, pp. 97-98; ANTONY DUFF / LINDSAY FARMER / SANDRA MARSHAL / VICTOR TRADOS (eds.) *The Trial on Trial*, Oxford / Portland (OR), Hart Pub., v. 3, 2007, pp. 106-107. De uma forma geral sobre o princípio da última *ratio*, que desde a releitura de BENTHAM na transição dos séculos XIX para XX e da obra de THAYER, domina a doutrina anglo-americana cf. DÁ MESQUITA, *op. cit.* 2011, pp. 186-197, 208-235.

⁶⁵ As proibições de prova devem ser submetidas a um teste sistemático-teleológico, nomeadamente, por confronto com elementos de prova admitidos e regulados. No caso ressaltam as declarações para memória futura e outros depoimentos pretéritos admitidos por indisponibilidade da testemunha. Por outro lado, a proibição estabelecida num determinado quadro fenomenológico, produção de prova em julgamento sem registo digital, mesmo sem alteração da lei que previa a sanção, devia ser objecto de uma releitura actualista num novo contexto. Em qualquer caso a jurisdição sempre que decida correr os trilhos da epistemologia está sujeita a um particular rigor. Paradigmática de uma fundamentação judicial, em que a criação judicial passa pela ultrapassagem do literalismo com passos seguros sustentados na herme-

Centrando-se a imediação na relação bipolar do juiz com as provas, conformado por uma compreensão do mundo anterior à revolução tecnológica, existe uma exigência renovada de adaptação dos respectivos parâmetros e códigos compreensivos à heterogeneidade que domina a sociedade multicultural e à própria evolução da representação social sobre a autoridade judicial e saberes epistemológicos. Aspectos aprofundados, jurídica e politicamente, pela tensão dos olhares em torno de institutos probatórios perspectivados à luz da imediação mas reconstruídos a partir de um paradigma adversarial (como a antecipação do contraditório) ⁶⁶.

Em jeito de encerramento, podemos retornar a uma frase com que se iniciou o presente texto, em matéria de interpretação e aplicação de regras probatórias deve subsistir presente «a análise das provas na perspectiva da sua capacidade para funcionarem como instrumentos dirigidos à descoberta da verdade».

nêutica jurídica e na epistemologia, apresenta-se a declaração de voto do Conselheiro Carmona da Mota ao acórdão uniformizador n.º 11/2008:

«Com efeito, tal norma [artigo 328.º, n.º 6] visará [...] remediar a dissipação na memória dos julgadores, após o decurso de um determinado período (que fixou, algo arbitrariamente, em 30 dias), da chamada “prova volátil”: a sua suposta “volatilização” com a passagem do tempo obrigá-la-ia, para refrescamento da memória dos julgadores, a repetir -se.

«Porém, não se poderá falar em “prova volátil” quando tenha havido “documentação das declarações prestadas oralmente em audiência, através de gravação magnetofónica ou áudio -visual ou de outros meios técnicos idóneos à reprodução integral daquelas”.

«Aliás, a “documentação” da “prova volátil” destina-se, justamente, a evitar a sua dissipação. [...]

«Assim, devendo limitar -se a “perda de eficácia” decretada pela segunda parte do artigo 328.º, n.º 6, do CPP — como todos estarão de acordo — à chamada “prova volátil” (“prova [oral] produzida com sujeição ao princípio da imediação”), a respectiva “documentação”, garantindo a sua perenidade, deixará de justificar tão drástica cominação.»

⁶⁶ Sem esquecer que, como referimos acima, a defesa da imediação como forma de cognição, no plano empiricista, não tem suporte claro na suposta supremacia do controlo dos focos de percepção pelo observador, existindo estudos empíricos que apontam para a mais-valia no plano da capacidade analítica da experiência de audição de um testemunho vídeo por comparação com o testemunho ao vivo — cf. JESSICA SILBEY *op. cit.* 2004, pp. 540-542; *op. cit.* 2007, p. 194. À luz de um conceito amplo de imediação, no plano do contacto directo com os sinais emitidos pela fonte de prova, a teleconferência, com observação contemporânea do emissor não se apresenta estruturalmente distinta do registo vídeo de um depoimento passado sem edição. As diferenças operam então ao nível da interacção comunicacional, dos sujeitos processuais com a fonte de prova, tutelados pelos princípios da investigação, no caso do tribunal, e do contraditório, no caso das partes, problema político também suscitado no direito norte-americano (MATHEW TOKSON, «Virtual Confrontation: Is Videoconference Testimony by an Unavailable Witness Constitutional?», *The Univ. of Chicago L. Rev.*, v. 74, 2007, pp. 1581-1614).