

DA SENTENÇA PENAL — FUNDAMENTAÇÃO DE FACTO

SÉRGIO POÇAS

No que considera ser a questão essencial do processo penal, ou seja a proferição da sentença, aqui se elabora uma profunda análise do que consubstancia uma legitimação da função de julgar, ou seja a fundamentação da decisão. Restringindo o autor a sua análise à **fundamentação de facto**, nomeadamente a enumeração dos factos provados e não provados e a motivação da decisão da matéria de facto propõe-se um incisivo discurso do como fazer e não fazer uma motivação da sentença penal.

“Mostra-me por que me julgas assim”¹

I — INTRODUÇÃO²

1.1. Perdoe-se-nos o excesso: a **sentença** é *tudo* no processo. De facto, é na sentença — e só na sentença — que *tudo* se decide.

Se todas as fases anteriores ao julgamento são teleologicamente justificadas, é o seu carácter precário que fundamentalmente as caracteriza. Na verdade, suficientemente indiciada a prática da infracção, *tudo* se encaminha para a audiência de julgamento, com a conseqüente sentença.

Mas se é na sentença que *tudo* se decide, então devem ser **claras** as razões da decisão.

Assim, se o que está em causa é uma **sentença condenatória**, não devem restar quaisquer dúvidas sobre as **razões** de facto e de direito **por que** se condena e em que se condena: se é de uma **sentença absolutória** que se trata, igualmente devem ser claras as **razões por que** se absolve³.

¹ Citação do Livro de Job, pelo Padre António Vieira, na Petição ao Conselho Geral da Inquirição in *Os Autos do Processo de Vieira na Inquirição*, Edição, Transcrição, Glossário e Notas de Adma Muhana, Editora UNESP, 1995, pág. 128.

² Este texto, a que foram introduzidos alguns aditamentos, serviu de suporte a uma intervenção oral na Associação Jurídica de Braga, em 29 de Janeiro de 2004. Pese embora os acrescentos efectuados, mantêm-se os traços da oralidade.

³ Sobre a **sentença absolutória** não deixaremos de citar o Acórdão da RE de 13-12-2000, Proc. n.º 1091/00 de que fomos relator:
«Mesmo quando o tribunal **absolve** por **dúvida** na verificação dos factos, esta dúvida tem de ser «*insanável, razoável, objectivável*» e tais características têm de ser evidentes na funda-

Dito claramente: da **leitura** da sentença não devem restar quaisquer dúvidas aos sujeitos processuais e à comunidade sobre o que se decidiu e **por que** desse modo se decidiu.

No que já dissemos, está *tudo* o que queríamos dizer e *nada* haveria a acrescentar. Mas se nos propomos tratar do dever de *dizer* o **porquê** das decisões, constituiria intolerável desonestidade intelectual e contradição grosseira produzir, neste quadro, duas ou três afirmações sem apresentar justificação. De facto, é nossa obrigação explicitar razões, aduzir argumentos, de modo a convencer o auditório da correcção do que afirmámos. É isso que vamos tentar fazer, se para tal formos capazes.

1.2. Como é evidente, do que estamos a falar é da **fundamentação**, palavra ainda não dita, da sentença — fundamentação que é uma **exigência constitucional**.

De facto, dispõe o artigo 205.º da Constituição da República Portuguesa: «*As decisões dos tribunais que não sejam de mero expediente são fundamentadas na forma prevista na lei*».

Com naturalidade, a importância da fundamentação das decisões judiciais no Estado de Direito Democrático é reconhecida pela generalidade da doutrina e jurisprudência.

Assim, Michell Taruffo, em «*Note sulla garanzia costituzionale della motivazione*», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LV, 1979, págs. 34 e 35, citado no Acórdão n.º 680/98 de 2-12-98 do TC, publicado no *DR*, II Série, de 5-3-99, escreve: «a garantia constitucional do dever de fundamentação ocupa um lugar central no sistema de valores nos quais se deve inspirar administração da justiça no Estado democrático moderno».

No mesmo sentido, Gomes Canotilho e Vital Moreira: «... o dever de fundamentação é uma garantia integrante do próprio conceito de *Estado direito democrático*, ao menos quanto às decisões judiciais que tenham por objecto a solução da causa em juízo, como instrumento de ponderação e **legitimação** da própria decisão judicial e de garantia do direito ao recurso...» (*Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1993, págs. 798 e 799).

Germano Marques da Silva, sublinhando de igual modo a importância da fundamentação, na análise das suas finalidades, escreve: «A fundamentação dos actos é imposta pelos sistemas democráticos com finalidades várias. Permite o controlo da legalidade do acto, por uma parte, e serve para convencer os interessados e os cidadãos em geral acerca da sua correcção e justiça, por outra parte, mas é ainda um importante meio para obrigar a autori-

mentação. Isto é, por um lado, deve ser claro que o tribunal investigou e se pronunciou sobre todos os factos que podia e devia; por outro, devem ser claras as razões por que persiste a dúvida. Em suma: a dúvida tem de ser sempre devidamente fundamentada pelo tribunal que julga».

dade decisora a ponderar os motivos de facto e de direito da sua decisão, actuando como meio de auto controlo» (*Curso de Processo Penal*, III, 1994, pág. 290).

Finalmente, a fundamentação enquanto factor de **legitimação** do poder judicial, é igualmente afirmada pela Juíza Fátima Mata-Mouros na Comunicação que apresentou no VI Congresso dos Juizes Portugueses, publicada na Edição Especial do Boletim da Associação Sindical dos Juizes Portugueses. Escreve na pág. 177: «É a motivação que confere um fundamento e uma justificação específica à legitimidade do poder judicial e à validade das suas decisões, a qual não reside nem no valor político do órgão judicial nem no valor intrínseco da justiça das suas decisões, mas na verdade que se contém na decisão».

De modo pacífico na doutrina e na jurisprudência, entende-se (por todos, Acórdão n.º 55/85 do TC, *in* B.M.J. n.º 360, Suplemento, pág. 195) que a fundamentação das decisões jurisdicionais cumpre duas funções:

- «a) Uma, de ordem **endoprocessual**, afirmada nas leis adjectivas, e que visa essencialmente: **impor ao juiz um momento de verificação e controlo crítico da lógica da decisão; permitir às partes o recurso da decisão com perfeito conhecimento da situação; colocar o tribunal de recurso em posição de exprimir, em termos mais seguros, um juízo concordante ou divergente com o decidido;**
- b) E outra, de ordem **extraprocessual**, que apenas ganha evidência com referência, a nível constitucional, ao dever de motivação e que procura acima de tudo tornar possível o controlo **externo e geral sobre a fundamentação factual, lógica e jurídica da decisão**»⁴.

Estando de acordo com a doutrina e a jurisprudência citadas, acrescentaria ainda: o dever de fundamentar é também uma questão que releva no domínio da ética. De facto, quando alguém é condenado tem o direito a saber das razões, sem subterfúgios, da condenação. Dito com palavras simples: o juiz não procederá *bem*, não respeitará o outro, como deve, se de uma forma clara não disser o *porquê* da decisão.

E concluía deste modo: a fundamentação é um verdadeiro acto de transparência, de verdade. Ao fundamentar, o juiz, após séria e serena reflexão, elabora um **texto** — a decisão é também um texto — claro, enxuto, conciso e completo (um texto simultaneamente conciso e completo, e nisto não há qualquer contradição) onde, em discurso argumentado — para ser convincente — **expondo-se**, expõe a decisão e as suas razões⁵.

⁴ O Tribunal Constitucional, ao longo dos anos, vem mantendo esta posição, como bem ilustra o recente Acórdão n.º 408/2007 de 11-07-2007, acessível *in* www.tribunalconstitucional.pt/tc. No mesmo sentido, Tolda Pinto, *Tramitação Processual Penal*, 2.ª ed., pág. 951.

⁵ Como é evidente do acabado de expor, a fundamentação é a parte da sentença que maiores exigências coloca ao tribunal. Na verdade, exige-se ao juiz que num discurso verdadeiro

1.3. No artigo 374.º, n.º 2, do CPP, aliás em consonância com o disposto no artigo 97.º, n.º 4, do mesmo diploma e com a norma constitucional acima identificada (artigo 205.º), estão previstos os requisitos a que deve obedecer a **fundamentação** da sentença.

Dentro da fundamentação, apenas iremos tratar da **fundamentação de facto**, aqui se compreendendo a enumeração dos factos provados e não provados e a motivação da decisão da matéria de facto.

(Um parêntesis necessário:

Penso que vai ficando cada vez mais longínquo o entendimento *arcaico* de que o *bom juiz* era aquele que fazia de cada sentença o *poiso* para uma longa dissertação jurídica, a propósito ou não, *legitimada* por uma fundamentação de facto, mesmo que pobre e apressada. Hoje é para todos claro que uma boa, **justa**, decisão exige, antes do mais, uma audiência de julgamento onde seja feita uma **exaustiva** e serena **indagação** da matéria de facto relevante; uma decisão da matéria de facto fiel à prova produzida e uma clara e **convincente motivação** da decisão sobre a matéria de facto — *os factos é que decidem*.)

II — DA ENUMERAÇÃO DOS FACTOS PROVADOS E NÃO PROVADOS

2.1. O tribunal, como resulta nomeadamente do disposto nos artigos 339.º, n.º 4, 368.º, n.º 2, e 374.º, n.º 2, do CPP, deve **indagar e pronunciar-se** sobre **todos os factos** que tenham sido alegados pela acusação, pela contestação ou que resultem da discussão da causa e se mostrem relevantes para a decisão. Ou seja, ainda que para a solução de direito que o tribunal tem como adequada para o caso, se afigure irrelevante a prova de determinado facto, o tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre a sua verificação/ não verificação — o que pressupõe a sua indagação —, se tal facto se mostrar relevante num outro entendimento jurídico plausível⁶. É que em

e claro, **simultaneamente** completo e conciso, de modo **convincente** exponha as razões da decisão.

⁶ 1. Em nossa opinião, como resulta do acima exposto, relativamente aos factos que resultarem da discussão da causa **relevantes** para a decisão, o tribunal também se deve pronunciar expressamente sobre eles quando resultam não provados e como tal devem ser enumerados. Outro entendimento não permite, salvo melhor entendimento, o disposto nos artigos 339.º, n.º 4, e 368.º, n.º 2, do CPP. Se o presidente submete a deliberação e votação os factos que resultarem da discussão da causa relevantes para a decisão, é obvio que nesse momento — antes da deliberação e votação — não se pode falar em factos provados e não provados; se depois, alguns daqueles factos, sujeitos a deliberação e votação, resultam não provados, é evidente que devem ser declarados não provados e como tal enumerados na matéria de facto.

Vejamos este caso: o arguido está acusado da prática de um crime contra a integridade física e não apresenta contestação. No entanto, em audiência de julgamento invoca factos

impugnação por via de **recurso** pode vir a ser considerado pelo tribunal *ad quem* que o facto sobre o qual o tribunal *a quo* especificadamente não se pronunciou por entender ser irrelevante, é afinal relevante para a decisão, o que determinará a necessidade de novo julgamento, ainda que parcial, com todas as maléficas consequências consabidas.

Sejamos claros: indagam-se os factos que são interessantes de acordo com o direito plausível aplicável ao **caso**; dão-se como provados ou não provados os factos conforme a prova produzida.

A pronúncia deve ser inequívoca: em caso algum pode ficar a dúvida sobre qual a posição **real** do tribunal sobre determinado facto.

Na verdade, se sobre determinado facto não há pronúncia expressa (o tribunal nada diz), pergunta-se: o tribunal não se pronunciou, por mero lapso? Não se pronunciou porque não indagou o facto? Não se pronunciou porque considerou o facto irrelevante? Não se pronunciou porque o facto não se provou?

Face ao silêncio do tribunal todas as interrogações são legítimas.

Das duas, uma: ou o facto é **inócuo** para a decisão e o tribunal, com fundamentação sintética, di-lo expressamente e não tem que se pronunciar sobre a sua verificação/não verificação, ou, segundo um entendimento jurídico plausível, é relevante e nesse caso deve pronunciar-se de acordo com a prova produzida.

2.2. Do que se vem expondo — atente-se o disposto no artigo 368.º, n.º 2, do CPP, acima referido —, é para nós claro que o tribunal deve pronunciar-se sobre os factos **alegados** na **contestação** com interesse para a decisão, ainda que não resultem provados os factos da acusação. Isto é, não é lícito ao tribunal, porque não resultaram provados os factos da acusação, não

concretos integradores de uma causa **justificativa** da conduta, no que é acompanhado por uma testemunha.

O tribunal na sentença não enumera tais factos, seja na matéria de facto provada, seja na matéria de facto não provada.

Como nos parece claro, trata-se de um procedimento ilegal.

Se aqueles factos resultaram provados, ainda que de acordo com o princípio do ***in dubio pro reo***, o tribunal estava obrigado a enumerá-los na matéria de facto provada; se não resultaram provados, **necessariamente**, tinham de ser enumerados na matéria de facto não provada. Sendo, como são, tais factos inquestionavelmente relevantes para a decisão, o tribunal tinha de expressamente pronunciar-se sobre eles, **e não é pelo facto de não terem sido expressamente alegados na contestação que altera a substância das coisas.**

Como é **óbvio**, o tribunal não tem que se pronunciar sobre *uma qualquer alegação, uma qualquer expressão, uma qualquer verbalização de inconformismo* proferidas pelo arguido (ou por uma testemunha, adiante-se) em audiência de julgamento, mas tem de se pronunciar quando o que é invocado constitui matéria relevante para a decisão.

2. **Importa deixar claramente dito:** quando se defende que o tribunal se deve pronunciar (positiva ou negativamente) sobre os factos que resultarem da discussão da causa relevantes (verdadeiramente relevantes, note-se) para a decisão, nos termos acima expostos, **como é óbvio**, esta pronúncia é feita no respeito do princípio da **vinculação temática** do tribunal e sem prejuízo do regime aplicável à alteração dos factos.

(Se é verdade que o tribunal deve pronunciar-se sobre **tudo** o que pode, **só** deve pronunciar-se sobre o que pode.)

se pronunciar sobre os factos da contestação com o argumento de que não interessam à decisão: as coisas não são assim.

Exemplo: o arguido está acusado de ter praticado um crime de furto de veículo às 20 horas do dia 1 de Janeiro de 2002, no Campo Grande, em Lisboa.

Na contestação o arguido **alega** que nessa data e hora se encontrava no Porto.

Em audiência de julgamento são ouvidas testemunhas sobre os factos da acusação e sobre os factos da **contestação**.

O tribunal dá como **não** provado que tenha sido o arguido o autor de furto, mas não se pronuncia expressamente sobre o facto de o arguido ter estado ou não no Porto.

Diz-se: é irrelevante que o arguido tenha estado naquela data no Porto ou não, uma vez que se não provaram os factos da acusação.

A questão não pode ser assim colocada: saber se um facto interessa à decisão é uma questão anterior ao momento da decisão.

No caso, é manifesto que a alegação do arguido de que se encontrava a 300 kms do local dos factos que lhe eram imputados tinha interesse para a decisão. Como é evidente, o arguido não podia estar ao mesmo tempo no Porto e em Lisboa. Tendo aquele facto sido expressamente alegado, tendo sobre ele sido produzida prova e tendo óbvio interesse para a decisão, o tribunal, tem de expressamente (conforme a prova, como é óbvio) declarar se aquele facto está ou não provado, independentemente de dar como não provados os factos da acusação.

Importa dizer com palavras claras: provavelmente não resultaram provados os factos da acusação porque resultaram provados os factos da contestação que punham em causa a tese da acusação.

Não raras vezes, porque se indagaram, porque se produziu prova dos factos da contestação, porque se teve, como se deve, em igual conta a argumentação da defesa, é que determinados factos da acusação se não provam.

Como é consabido, na produção e depois na valoração da prova do que se trata é de um **confronto** de provas e não uma **hierarquia ou de precedência** de provas. Um depoimento merece **credibilidade**, não por se tratar de uma prova indicada pela acusação ou pela defesa, mas porque pelas suas **características** convence o tribunal que o que narra corresponde à realidade dos factos, «*ao realmente acontecido*».

(É claro que, não raras vezes, na **contestação**, são alegados factos **inócuos** para a decisão. Neste caso, como acima se disse, o tribunal não tem que se pronunciar sobre a sua verificação/não verificação, mas deve declarar expressamente, fundamentando sucintamente, a manifesta irrelevância daquela matéria para a decisão.)

2.3. Para além dos factos integradores do tipo **objectivo** do ilícito, o tribunal deve de igual modo pronunciar-se sobre os factos integradores do tipo **subjectivo** de ilícito.

É que o tribunal não pode declarar a culpabilidade do arguido sem a prova destes factos. E se estes factos constituem, como constituem, matéria de facto, então têm de ser objecto de alegação e prova e devem ser descritos na matéria de facto em conformidade com a prova produzida.

Sejamos claros: a **especificidade** da prova destes factos não altera a natureza das coisas.

(Como se sabe, os factos internos, *v. g.* relativos à intenção criminosa, na normalidade das situações, não resultam provados através de **prova directa**, mas de **prova indiciária**⁷. É da **prova** de factos materiais e objectivos (**factos indiciários**) que não fazendo parte dos concretos factos integradores do tipo de ilícito que o tribunal, por **inferência**, no respeito das regras da lógica e da experiência comum, dará ou não como provados os factos integradores do tipo **subjectivo** de ilícito.)

2.4. É nosso entendimento, como já se insinuou no ponto anterior, que para além dos factos essenciais, **também** os factos **circunstanciais** ou **instrumentais** — **inequivocamente** relevantes para a prova dos factos *probandos* — devem ser objecto de **pronúncia** por parte do tribunal⁸.

Assim, se *v. g.* o tribunal dá como provados os factos *probandos* integradores do tipo subjectivo recorrendo à prova indiciária nos termos acima expostos, parece claro que devem ser dados como **provados** — e como **tal enumerados** — os **factos indiciários** dos quais resultou, por inferência, a prova daqueles factos⁹.

Do mesmo modo relativamente a **factos indiciários** para a prova dos factos integradores do **tipo objectivo** de ilícito.

Como se sabe, em determinados tipos de criminalidade, designadamente a criminalidade económica e a criminalidade sexual, na normalidade das situações, a prova dos factos integradores do tipo objectivo de ilícito não é feita de modo directo. É da **prova** de factos que não fazendo parte dos concretos factos integradores do tipo objectivo de ilícito que o tribunal, por **inferência**, no

⁷ Quando neste trabalho nos referimos a factos indiciários, à prova indiciária, não é de *meros indícios* (expressão utilizada normalmente na fase de inquérito) que cuidamos mas da **prova indirecta** produzida ou examinada em audiência de julgamento — que é coisa **substancialmente** diferente, como se sabe.

⁸ Não *uns quaisquer* factos, mas **só** os (factos) inequivocamente relevantes para a prova dos factos *probandos*.

⁹ Por exemplo, estando em causa a prática de um crime de homicídio doloso (morte causada por disparo de pistola), se o arguido não presta declarações ou nega a prática dos factos, será da prova de factos contemporâneos ou próximos do *facto-delito* que resultará ou não a prova dos factos integradores do tipo de culpa.

Assim terão importância, entre outros, factos como o número de disparos efectuados, a distância a que o arguido se encontrava da vítima quando disparou, a região atingida, a existência ou não de ameaças anteriores, a existência ou não de conflito(s) do arguido como a vítima ou familiares desta. Será da **prova** destes factos que devidamente analisados e conjugados de acordo com as regras da experiência e de conhecimentos científicos e técnicos que resultará ou não prova dos factos integradores do tipo de culpa.

respeito das regras da lógica e da experiência, dará ou não como provados os factos integradores do tipo objectivo de ilícito em questão¹⁰.

Ora se foi porque se provaram determinados factos indiciários — necessariamente uma **pluralidade** — que por **inferência** resultaram provados os factos *probandos* integradores do tipo objectivo, é para nós claro que aqueles **decisivos** factos indiciários devem ser **enumerados** na matéria de facto provada¹¹.

De facto, não nos parece procedimento legal e salvo o devido respeito por opinião contrária, apenas identificar os factos indiciários, que se têm como provados, na motivação da decisão da matéria de facto.

Sendo a motivação um discurso argumentativo no sentido de justificar por que é que determinados factos resultaram provados e outros não, não parece que se possam *misturar* realidades **substancialmente** diferentes: factos e provas. Parece lógico e de inequívoca clareza que o tribunal primeiro identifique, *enumere*, os factos que deu como provados e depois, com aquela matéria claramente autonomizada, parta para o exame crítico das provas. Mas há ainda um aspecto que não deve ser desprezado: se os factos indiciários não estão enumerados na matéria de facto e apenas são invocados no discurso argumentativo da motivação, há sério risco de **incerteza** sobre quais os

¹⁰ Por exemplo, na prática de um crime de corrupção (activa ou passiva) a prova directa é bem rara, como é consabido. Na maior parte dos casos, será por meio da prova indiciária que resultará ou não a prova dos factos delituosos.

(A *venda*, aparentemente *inocente*, de um prédio urbano pelo corruptor a um familiar próximo do funcionário pode vir a revelar-se, na conjugação com outros factos indiciários — *v. g.* ausência de documentos relativos ao *pagamento*, posterior doação do imóvel ao funcionário, gastos mensais deste muito acima do seu vencimento —, de acordo com as regras da experiência, como *fazendo parte do processo de corrupção*.)

¹¹ Assim, Cavaleiro Ferreira, *Curso de Processo Penal*, I, 1986, pág. 206, citado por Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, II, 1993, pág. 86. Escreve: «O tema da prova não consiste exclusivamente, ou pelo menos directamente nos factos que formam o objecto do processo, mas são também tema da prova os factos com base nos quais se pode inferir a existência dos factos que constituem objecto do processo...» (sublinhado nosso).

No mesmo sentido, escreve Germano Marques da Silva, *Curso de Processo Penal*, III, 1994, pág. 288: «Na enumeração dos factos provados e não provados, não se suscitam dificuldades: eles são todos os constantes da acusação e da contestação, quer sejam substanciais quer instrumentais ou acidentais que resultarem da discussão da causa e que sejam relevantes para a decisão e também os substanciais que resultarem da discussão da causa, quando aceites nos termos do art. 359.º, n.º 2» (sublinhado nosso).

Ainda no mesmo sentido o Juiz Jorge Baptista Gonçalves, Cadernos do CEJ, *Do Julgamento*, 2006, pág. 124: «Os factos provados e não provados são todos os constantes da acusação e da contestação quer sejam substanciais quer instrumentais, e ainda os que resultarem da discussão da causa e que sejam relevantes para a decisão» (sublinhado nosso). Se bem vemos, no mesmo sentido, Juan Igartua Salaverria, *Valoración de la Prueba, Motivación y Controle en el Proceso Penal*, pág. 197, e M. Miranda Estrampes, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, págs. 245 e 247.

2. A posição defendida — inclusão na matéria de facto provada dos factos indiciários provados — tem em conta apenas os factos efectivamente relevantes (*sem os quais não*) para a prova dos factos *probandos* e não *quaisquer insignificantes indícios*.

Por outro lado, como já decorre do que se vem expondo, a inclusão daqueles factos é feita no respeito do princípio da **vinculação temática** do tribunal e sem prejuízo do regime aplicável à alteração dos factos.

factos indiciários que efectivamente o tribunal deu como provados, inquinando-se deste modo todo o processo de justificação.

Como se sabe, pressuposto do juízo inferencial é que os factos indícios estejam provados. De facto, não se constrói nenhum processo dedutivo sobre a incerteza dos factos de que se parte.

Mas perguntamos:

Se devem ser enumerados os factos relevantes para a decisão, como podem deixar de ser enumerados aqueles factos que possibilitaram a decisão, sem desrespeitar o disposto no n.º 2 do artigo 374.º do CPP?

Como poderá o tribunal na motivação justificar a prova dos factos fundamentais ou essenciais que resultaram provados através da **prova indiciária**, se não tiver enumerado os concretos factos indiciários relevantes na matéria de facto provada?

Como poderá o recorrente impugnar a matéria de facto (atente-se nos requisitos do n.º 3, al. a), do artigo 412.º do CPP), se o facto que considera incorrectamente julgado não está expressamente enumerado na matéria de facto?

Note-se que a razão da **discordância** muitas das vezes consiste precisamente em ter-se dado como provado determinados factos indiciários dos quais, por inferência, se deram como provados factos essenciais — os factos integradores do tipo de ilícito.

(A questão de saber como é que o tribunal procede para da prova dos factos instrumentais/indiciários dar como provados os factos integradores do tipo, é outra questão e que será tratada mais à frente no âmbito da motivação da decisão de matéria de facto.)

2.5. A enumeração dos factos provados — e não juízos de valor e/ou conceitos de direito — deve ser **clara**, isto é, não pode deixar dúvidas a ninguém de que aqueles factos **estão provados** e que **só** aqueles factos estão provados.

Dito de outro modo: na matéria de facto **provada** não podem constar factos que do próprio texto da decisão não resulta, inequivocamente, que estão provados.

É assim evidente que não cabem na enumeração dos factos provados formulações alternativas ou dubitativas: as coisas têm de ser claras.

Por exemplo, formulações como: a) «o arguido **sabia** que o produto que tinha em seu poder era heroína ou pelo menos admitiu que o pudesse ser, conformando-se com tal resultado»; b) «o arguido declarou que auferia mensalmente € 500,00»; c) «o arguido declarou-se arrependido», **não constituem** factos **provados** relevantes para a decisão.

No que diz respeito ao caso da alínea a), o tribunal não pode, ao mesmo tempo, dar como provado que o arguido **sabia** que o produto era heroína ou pelo menos **admitiu** que o fosse. A prova de uma realidade **exclui** a outra: se sabia, não admitia apenas; se apenas admitia, não sabia.

O tribunal, alicerçado na **prova produzida** — sempre — deve formar a sua convicção positiva ou negativa sobre a verificação dos factos e de forma

clara decidir. No caso, verdadeiramente, o tribunal não formou uma convicção. Pese embora a formulação *positiva*, o **tribunal** tem dúvidas sobre o que realmente se passou.

Mas vejamos mais em pormenor as situações que em concreto, de acordo com a prova, se poderiam verificar, no caso em análise.

A primeira: se, tendo em atenção designadamente a prova indiciária, resultasse provado, *para além de qualquer dúvida razoável*, que o arguido *sabia* que produto era heroína, o tribunal dava esse facto como provado e a questão ficava encerrada. A segunda: se ficasse provado que o arguido não sabia, o facto era dado como não provado. A terceira: se, de acordo com a prova, fosse **fundada a dúvida** — com as características descritas na *nota 2* — que o arguido *soubesse* que o produto fosse heroína, o facto, no respeito do princípio do *in dubio pro reo*, era dado como não provado.

Mas, como é consabido, a resposta **negativa** à pergunta *se sabia*, impõe a indagação e a apreciação de factos tendentes a apurar-se — trata-se de um crime doloso — se o arguido *admitiu* que o produto fosse heroína e apesar disso se tenha *conformado* com tal resultado. Desta indagação e apreciação uma de cinco situações poderia ocorrer. Primeira: se, tendo em atenção designadamente a prova indiciária, resultasse provado que o arguido *admitiu* que o produto fosse heroína e apesar disso se *tenha conformado* com o resultado, o tribunal dava esses factos como provados. Segunda: se ficasse provado que o arguido *admitiu* que o produto fosse heroína, mas **não** resultasse provado que se *tenha conformado* com o resultado, o tribunal dava o primeiro facto como provado e o segundo como não provado. A terceira: se resultasse provado que o arguido *admitiu* que o produto fosse heroína, mas subsistisse a dúvida sobre se *tenha conformado* com o resultado, dava o primeiro facto como provado e o segundo, em obediência ao princípio *in dubio pro reo*, como não provado. A quarta: se ficasse provado que o arguido *não admitiu* sequer que o produto fosse heroína, dava os factos como não provados. A quinta: se ficasse a dúvida se o arguido *admitiu* que o produto fosse heroína de acordo com o princípio *in dubio pro reo* dava os factos como não provados.

Não pode, e repetindo, é dar-se como provado ao mesmo tempo duas realidades distintas.

Sobre os casos das alíneas *b)* e *c)*, dir-se-á:

As **declarações do arguido** enquanto meio de prova — como se sabe, tais declarações são fundamentalmente um meio de defesa — se devem ser indicadas e analisadas criticamente na motivação, não devem fazer parte da matéria de facto provada. As declarações (e os depoimentos, acrescente-se) constituem prova de factos com interesse para a decisão, mas não são os factos que interessam à decisão. No caso da alínea *b)*, os factos com interesse para a decisão são factos materiais, objectivos e simples em face dos quais, de acordo com as regras da experiência comum, se possa concluir pela real situação económica do arguido. No caso da alínea *c)*, são os factos em face dos quais, no respeito das regras da lógica e da experiência comum, resulta provado o arrependimento.

Ora se no caso da alínea *b*), não se sabe o que se provou a respeito da situação económica do arguido, no caso da alínea *c*), não se sabe se houve arrependimento ou não.

Dito claramente: em ambos os casos, está **provado** que o arguido fez uma determinada **declaração**, mas daqui não resulta logo provado que os factos objecto da declaração correspondam à realidade dos factos. Como é consabido, nuns casos as declarações do arguido merecem crédito, noutros não.

Sobre o caso da alínea *c*) ainda se dirá:

O arrependimento, facto do foro interno, há-de resultar da prova de condutas concretas materiais e objectivas do arguido posteriores ao facto que, por inferência, num raciocínio lógico, no respeito das regras da experiência, permitam concluir ou não por aquele arrependimento. É verdade que as declarações do arguido constituem uma prova a ter em conta na prova daquele facto, mas não é pelo facto de o arguido se declarar arrependido que este facto, só com aquela prova, **necessariamente**, deve ser dado como provado.

Pode acontecer, e muitas vezes acontece, que as declarações do arguido são consideradas suficientes para dar como provado o seu arrependimento. Em tais casos, este facto é dado como provado e como tal deve constar na matéria de facto provada, impondo-se consequentemente que tais declarações sejam indicadas e analisadas criticamente na motivação.

2.6. Como já se disse, a decisão não pode deixar na matéria de facto **provada**, note-se, a **dúvida** do que se provou, ainda que o que se deu como provado tenha sido em obediência ao princípio do *in dubio pro reo*. Se o facto é dado como provado de acordo com este princípio, isso deve ser claramente explicitado na **motivação**. Mas matéria de facto dada como provada de acordo com o princípio do *in dubio pro reo* é matéria de facto provada.

2.7. Na **enumeração dos factos provados** — é de factos que tratamos — é **inócua**, e geradora de indesejáveis **confusões** a identificação de meios de prova, de meios de obtenção de prova ou de provas.

Assim é errado num crime de tráfico de estupefacientes mencionar-se na matéria de facto provada, *v. g.*: «Foi apreendida uma substância de cor acastanhada que submetida a exame laboratorial revelou tratar-se de heroína».

O **facto** relevante, tendo em atenção o objecto do processo, é tratar-se de heroína — produto de transacção ilícita. O modo como o facto resultou provado já nada tem a ver com os factos relevantes para a decisão, mas com as provas que devem ser indicadas e criticadas na motivação, como adiante se verá.

É com base nas provas (sempre) que se faz prova dos factos relevantes, mas os meios de prova ou de obtenção de prova ou as provas não são os factos *probandos* ou indiciários relevantes para a decisão.

Por vezes, em recurso é alegado que o tribunal *a quo* não deu como provado — e consequentemente não **enumerou** na matéria de facto dada como provada — o que determinada testemunha afirmou em audiência de julga-

mento. Ou seja, é censurado o facto de na matéria de facto provada não constar o conteúdo ou parte do depoimento.

De facto não deve constar e pelo seguinte:

Primeiro, o que a testemunha diz pode ou não merecer crédito ao tribunal —o depoimento é **valorado**. Como se sabe, não é pelo facto da testemunha dar uma determinada *versão dos factos* que o tribunal forma a convicção de que aquela versão corresponde à realidade dos factos.

Depois, uma coisa, como se disse acima, são os factos relevantes para a decisão — os factos integrantes do *assunto* da discussão —, outra são os meios de prova e as provas para a prova daqueles factos — o depoimento é uma prova de factos, não é um facto. Assim do *tudo* o que a testemunha disse, o tribunal **extrai a prova** para se **pronunciar** sobre os factos relevantes para a decisão. De facto, é sobre estes que o tribunal se tem de pronunciar e não sobre quaisquer outros.

Ou seja, ainda que o depoimento mereça crédito ao tribunal — questão que deverá ser clara, porque fundamentada, na motivação — o seu conteúdo (eventualmente prenhe de pormenores e *saltando as fronteiras* do objecto da discussão) não deve, enquanto tal, constar na matéria de facto provada.

Mas importa clarificar:

Por vezes, quando se trata de prova directa e a testemunha tem conhecimento preciso de determinado facto, a matéria de facto provada pode, naquele ponto, *praticamente reproduzir* o conteúdo do depoimento. Mas isto ocorre por força daquela particularidade e não porque o tribunal tenha a preocupação de dar como provado o conteúdo do depoimento.

Por exemplo: é alegado na acusação que o arguido *efectuou três disparos* e uma testemunha diz que *viu o arguido fazer três disparos*. Se vier a provar-se que o *arguido efectuou três disparos*, tal facto é enumerado na matéria de facto provada, como é evidente. Ora, embora haja *coincidência* com o depoimento, o facto é dado como provado e como tal é enumerado, não porque o tribunal se tenha de pronunciar sobre o que a testemunha disse, mas porque aquele facto faz parte do acervo factual da acusação sobre o qual o tribunal se tem de pronunciar, como é óbvio.

2.8. Se o arguido **confessou** os factos e se esta confissão foi considerada livre e sem reservas, este facto deve ser dado como provado e como tal enumerado na matéria de facto.

Como se sabe, a **confissão**, para além de constituir uma prova, a indicar e a analisar na motivação, é também um facto relevante para a decisão, designadamente para a medida abstracta e concreta da pena a aplicar.

Se arguido apenas confessou parcialmente os factos (situação bem comum), em obediência aos princípios de verdade, transparência e de lealdade deve ser claro na matéria de facto (e depois na motivação) que foi de uma confissão parcial que se tratou.

Pelo contrário, não deve constar na matéria de facto **provada** que «o arguido **não confessou** os factos» ou que «o arguido não prestou declarações».

Uma vez que o arguido não é obrigado sequer a declarar, que não é obrigado a declarar com verdade, que não é obrigado a auto-incriminar-se, que não é obrigado a colaborar na descoberta da verdade e que o seu silêncio em nada o pode desfavorecer (artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e artigos 61.º, n.º 1, alínea *d*), e 343.º, n.º 1, do CPP), aqueles factos não são relevantes para a decisão, designadamente para a medida concreta da pena. De facto, ou o tribunal não considera aqueles factos, como não deve, e então não há quaisquer razões para a sua enumeração na matéria de facto, por óbvia inutilidade, ou o tribunal, porque considera relevantes tais factos, nomeadamente para a medida da pena, procede à sua enumeração e então comete uma ilegalidade.

Dar relevância agravativa para a medida da pena ao silêncio ou à negação dos factos — que vieram a resultar provados — era reconhecer que o arguido estava não só obrigado a prestar declarações como a dizer a verdade em tais declarações — tudo contrário às normas legais acima indicadas. Ao fim e ao cabo era punir *mais* o arguido pelo exercício de um direito.

E conclua: o que é relevante para a medida da pena é a colaboração do arguido na descoberta da verdade. A ausência desta colaboração é a ausência de uma circunstância de carácter atenuativo. Só¹².

2.9. Como é evidente, a decisão condenatória deve conter sempre a enumeração de factos relativos à situação económica e financeira, familiar e profissional do arguido. Designadamente, o tribunal só pode aplicar uma pena de multa **justa** se aqueles factos constarem da matéria de facto. Atente-se no disposto nos artigos 71.º, n.º 2, alínea *d*), e 47.º, n.º 2, do CP.

É claro que estes factos, na normalidade dos casos, quando não constam na decisão da matéria de facto é porque não foram **indagados**. Mas então estar-se-á em presença do **vício**, de conhecimento **oficioso**, previsto na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 410.º do CPP, o que determinará, em caso de **recurso**, ainda que só em matéria de direito, o **reenvio** do processo para novo julgamento **limitado** a essa questão.

Dir-se-á: tais factos não constam na matéria de facto porque não foram alegados nem sobre eles oferecidas quaisquer provas, como acontece frequentemente.

Como se sabe, o tribunal de acordo com o princípio de **investigação** e no respeito do princípio da **acusação** deve, ainda que **subsidiariamente**, fazer a indagação **plausível** de fazer de todos os factos necessários à decisão justa da causa, nomeadamente os factos tendentes ao conhecimento da **personalidade** e capacidade económica do arguido.

Como é evidente, da indagação que foi possível fazer pode não resultar a caracterização adequada da situação económica do arguido, mas então há-de resultar claro na descrição e na motivação da matéria de facto que o

¹² Neste sentido, Figueiredo Dias, *Direito Penal Português — As Consequências Jurídicas do Crime*, pág. 255.

tribunal, ainda que sem resultados positivos, fez as diligências de prova que podia e devia fazer¹³. O que não pode, salvo melhor opinião, é aparecer na decisão da matéria de facto pura e simplesmente: «*que nada se apurou sobre a situação económica ou profissional do arguido*», sem mais, *maxime* quando não há o mínimo vestígio de investigação levada a cabo pelo tribunal para a prova daquele facto.

É claro que tendo o tribunal feito a investigação plausível de fazer e nada tendo apurado de relevante sobre a situação económica do arguido, em termos de decisão de **direito**, designadamente na fixação do montante diário da multa conforme o disposto no artigo 47.º, n.º 2, do CP, tirará as devidas consequências.

2.10. Relativamente à enumeração da matéria de facto não provada, cumpre ainda dizer:

Como é sabido, a questão não tem tido tratamento uniforme na jurisprudência, mas face nomeadamente ao disposto nos artigos 368.º e 374.º, n.º 2, do CPP parece que tal como são enumerados os factos provados, do mesmo modo devem ser enumerados os factos não provados **relevantes** para a decisão.

Importa é que **realmente sejam** factos e que sejam factos **relevantes** para a decisão.

(Como acima se disse, o tribunal não tem que se **pronunciar**, se bem que fundamentando de modo sucinto, sobre factos **inócuos** para a decisão, inequívocos conceitos de **direito** e claros juízos de **valor**.)

Nos Dicionários de Português como sinónimo de enumerar vem designadamente: «enunciar um a um, especificar, narrar minuciosamente».

Por outro lado, nos trabalhos da Comissão de Revisão de que vieram a resultar as alterações introduzidas pela Lei n.º 59/98, de 15 de Agosto, chegou a estar proposta a seguinte redacção: «A enumeração e narração dos factos provados e a indicação dos não provados, que pode ser feita por remissão para as peças processuais em que tenham sido invocados».

Assim, se outra formulação foi equacionada e acabou por ser abandonada, é porque o legislador quis o que claramente a norma diz: **especificar** também os factos não provados.

(Note-se que a revisão do CPP operada pela recente Lei n.º 48/2007, de 29 de Agosto, manteve inalterada a redacção do artigo 374.º, n.º 2, o que não deixa de ser significativo.)

Ou seja, e repetindo, no respeito da norma, não devem restar quaisquer **dúvidas** que o tribunal **indagou** e se **pronunciou** sobre todos os factos **relevantes** para a decisão, designadamente os **alegados** pela **defesa**.

Assim as expressões: «*não resultaram não provados quaisquer factos*»

¹³ Assim, Figueiredo Dias, *ob. cit.*, pág. 133.

ou: «*factos não provados: nenhuns*», só dão cumprimento ao normativo se resultaram provados **todos** os factos constantes da acusação, da contestação e os que resultaram da discussão da causa; porque, se, *v. g.*, alguns dos factos alegados na contestação — factos relevantes, como é óbvio — não constarem na enumeração dos factos provados, o tribunal, com aquelas formulações, não dá cumprimento à norma do n.º 2 do artigo 374.º do CPP.

Igualmente não nos parece correcta a formulação: «*não resultaram provados todos os factos contrários aos dados como provados*». Esta formulação, que **nada especifica**, não dá a garantia que o tribunal indagou e se pronunciou sobre **cada um** dos factos relevantes em discussão.

Sejamos claros: uma coisa é dizer que «*se não provaram quaisquer outros factos*», outra é **especificar** os concretos factos que se não provaram.

Quando o tribunal diz que se não se provou o facto A, há a certeza que se debruçou especificadamente sobre as provas produzidas sobre ele — há uma inequívoca reflexão/decisão sobre a questão — certeza que não é tão **nítida**, como se reconhecerá, numa mera declaração genérica¹⁴.

A questão da exigência de enumeração dos factos provados e não provados não pode ser vista como uma mera formalidade *formal*. De facto, trata-se de uma **garantia**, designadamente para os sujeitos processuais, de que o tribunal, num processo **equitativo**, teve em atenção de **igual** modo, os factos, as provas e os argumentos da acusação e da defesa, e **indagou** e **apreciou** todos os factos — da **acusação** e da **defesa** — que podia e devia.

III — DA MOTIVAÇÃO DA DECISÃO DA MATÉRIA DE FACTO

3.1. Trata-se de uma questão de crucial importância na sentença.

Ao fim e ao cabo, é aqui que o tribunal **justifica**, *presta contas*, de forma clara e **convicente**, por que é que determinados factos foram dados como **provados** e outros **não**.

Este cumprimento do dever de **motivação** — é do **exame** crítico das **provas** que falamos agora — visa, e correndo o risco de *repetir* parte do que dissemos no início, diferentes finalidades:

Em primeiro lugar, o juiz assegura-se da legalidade e da justiça da apreciação da prova que faz — um salutar auto controlo.

Em segundo lugar, só com a motivação os destinatários poderão saber se o Tribunal apreciou as **provas** que **podia** e **devia** apreciar e se essa apreciação foi efectuada de modo **objectivo**, de acordo com as regras da ciência, da lógica e da experiência. Realce-se que o conhecimento pelo destinatário das razões **reais** da decisão é fundamental para o exercício **efectivo** do direito ao recurso, isto por um lado; pelo outro, tal conhecimento possibilita uma melhor ponderação sobre a intenção de impugnar aquela decisão. À incom-

¹⁴ Neste sentido, Tolda Pinto, *ob. cit.*, págs. 953 e 954.

preensão e inconformismo imediatos da condenação, uma vez analisadas as razões, poder-se-á seguir a aceitação da decisão.

Em terceiro lugar, em sede de recurso, o tribunal superior para apreciar *bem* as razões da discordância da decisão sobre a matéria de facto necessita de conhecer *bem* as razões desta decisão.

Em quarto lugar, a comunidade tem o direito de saber as razões que sustentam uma decisão judicial, concretamente saber do modo como foi **apreciada a prova** — questão essencial para a realização da justiça.

Por último, mas não o menos importante, e como já afirmámos, o juiz deve proceder sempre no respeito pelo outro, e isto materializa-se também quando com a **verdade toda fala** das **provas**, das que lhe mereceram crédito e porquê, das que lhe não mereceram e porquê.

3.2. Em nossa opinião, como já escrevemos noutra local¹⁵ «a **exigência de motivação da decisão da matéria de facto, não se traduz em qualquer limitação ao princípio da livre apreciação da prova, tal como está consagrado no artigo 127.º do CPP. Ao motivar, o tribunal apenas dá a conhecer as razões — necessariamente racionais e objectivas — da decisão».**

E acrescentaria agora: o dever de motivação só constituiria um **travão** a uma apreciação caprichosa, arbitrária da prova; não à apreciação que está consagrada no artigo 127.º do CPP — uma apreciação objectiva, de acordo com as regras da experiência¹⁶.

Diremos mais: a livre apreciação da prova como está prevista na norma, só é pensável com o dever de motivação consagrado na lei. Na verdade, num Estado de Direito Democrático, é porque o tribunal aprecia livremente a prova que existe a obrigação de motivar.

¹⁵ Sérgio Gonçalves Poças, *Da Prova*, pág. 45, texto inserido na publicação da Associação Forense de Santarém que reuniu os trabalhos apresentados no Seminário levado a cabo aquando do seu primeiro aniversário, em 1 de Junho de 2002.

¹⁶ Embora não estando no âmbito (imediato) deste trabalho o tratamento da questão do princípio da livre apreciação da prova, porque se analisa o dever de motivar a decisão sobre a matéria de facto, importa ter presente os traços fundamentais daquele princípio, como aliás resulta do que acima se expôs.

Assim passaremos a citar parte do que escrevemos sobre o princípio da livre apreciação da prova na *ob. cit.*, págs. 41 a 43:

«Como se sabe, a livre apreciação da prova não se confunde com o *sistema de prova legal* — sistema caracterizado pela existência de critérios **legais** de valoração dos diferentes meios de prova que o tribunal **obrigatoriamente** observa, independentemente da **convicção** que tenha formado — nem com um sistema de “*íntima convicção*”, *subjectivista, imotivável e incontróvel*. Pelo contrário, a **livre apreciação da prova** caracteriza-se pela análise **racional e objectiva da prova**, também da **prova indiciária**, levada a cabo pelo tribunal de acordo com as regras da experiência, da lógica, da razão e dos conhecimentos científicos e técnicos **necessários ao caso**, sem subordinação a critérios legais prefixados.

Finalmente sobre o **princípio da livre apreciação da prova**, deve dizer-se que não existe qualquer «**aritmética**» das provas e que não há violação do princípio quando o tribunal não dá a **mesma** credibilidade a **todos** os meios de prova. Designadamente, não há violação do princípio quando o tribunal dá credibilidade a um depoimento e não dá a outro: importa é que seja uma **apreciação racional, objectiva, motivada**».

É assim errado, a nosso ver, defender-se que a obrigação de motivar a decisão da matéria de facto é incompatível com o princípio da livre apreciação da prova, com a independência do juiz.

De facto, se **a prova é apreciada segundo as regras da experiência** (artigo 127.º do CCP) — existe norma legal a respeitar — é evidente que o tribunal, num Estado de Direito Democrático, num processo equitativo, tem de **mostrar** de forma clara e objectiva, se bem que de modo **conciso**, que assim procedeu — que actuou de acordo com aquele normativo.

3.3. A questão agora é: quando a lei (artigo 374.º, n.º 2, do CPP) fala em **exame crítico das provas** quer dizer o quê?

Quando é que o tribunal efectivamente cumpre este dever de motivar?

Em nosso entendimento, o tribunal dará cumprimento à norma e tendo presente o disposto no artigo 205.º da CRP, ao **identificar** as **provas** que foram produzidas ou examinadas em audiência de julgamento e ao expor as **razões**, de forma objectiva e precisa porque é que determinadas **provas** serviram para alicerçar a convicção e por que é que **outras** não serviram.

Ou seja, a motivação deve ser feita de modo a permitir ao destinatário analisar, por um lado, se foram apreciadas todas as provas que podiam sê-lo e que só foram apreciadas as provas que podiam sê-lo; por outro, possibilitar o exame do processo lógico ou racional subjacente à formação da convicção do juiz¹⁷.

Resulta do exposto que é nosso entendimento, na linha defendida por Teixeira de Sousa¹⁸, que *a motivação não se destina a obter a exteriorização das razões psicológicas da convicção do juiz* — aliás não se vê como é que de

¹⁷ Neste sentido, entre outros, Acórdão do STJ de 15-3-2000, CJ, Ac. STJ, I, pág. 226. Sobre a exigência legal da fundamentação, escreve-se nesta decisão: «A exigência legal visa **permitir o exame** do processo lógico ou racional subjacente à formação da convicção do juiz e permitir bem assim averiguar se foi ou não violada norma sobre a proibição de provas». Por sua vez no Acórdão do STJ de 16 de Março de 2005, in www.dgsi.pt, processo n.º 05P662, com o n.º convencional JSTJ000, quando se decide «O **exame crítico** consiste na **enumeração das razões de ciência reveladas ou extraídas das provas administradas, a razão de determinada opção relevante por um ou outro dos meios de prova, os motivos de credibilidade dos depoimentos, o valor de documentos e exames que o tribunal privilegiou na formação da convicção, em ordem a que os destinatários (e um homem médio suposto pela ordem jurídica exterior ao processo com a experiência razoável da vida e das coisas) fiquem cientes da lógica do raciocínio seguido pelo tribunal e das razões da sua convicção**».

¹⁸ Escreve este autor in *Estudos*, pág. 348, citado por António Abrantes Geraldês, in *Temas da Reforma do Processo Civil*, II vol., 1999, pág. 256, «o tribunal deve indicar os fundamentos suficientes para que através das regras da ciência, da lógica e da experiência, se possa controlar a razoabilidade daquela convicção sobre o julgamento do facto provado ou não provado. A exigência de motivação decisão não se destina a obter a exteriorização das razões psicológicas da convicção do juiz mas a permitir que o juiz convença os terceiros da correcção da sua decisão. Através da fundamentação, o juiz passa de convencido a convincente».

Igualmente no sentido de que na motivação não está em causa a *descrição* do processo psicológico que levou à formação da convicção do juiz, Juan Igartua Salaverria, *ob. cit.*, págs. 144 a 145.

modo seguro e objectivo se poderia proceder a tal *exteriorização* —, mas a **justificar**, necessariamente de forma racional e objectiva, a convicção formada.

Sejamos claros:

São as **razões** — objectivas, necessariamente — que na apreciação da prova, de acordo com as regras da experiência, levaram o tribunal a dar relevância a determinadas provas e irrelevância a outras¹⁹ que devem ser expostas na **motivação**. De facto, é a exposição clara destas razões que *permite o exame do processo lógico-mental subjacente à formação da convicção do juiz*.

Como **fazer**?

(Na verdade, é isto que fundamentalmente está em causa).

Em cada caso, o tribunal, de acordo com os conhecimentos científicos e técnicos convocados pelo caso e na observância das regras da lógica e da experiência, **apreciará** cada prova na sua **singularidade** e no **conjunto** da(s) prova(s) produzida(s)²⁰.

Desta **apreciação** conjunta da prova (nos termos desenvolvidos na *nota* anterior), o tribunal formará a **convicção** que **determinará a decisão** sobre a matéria de facto²¹. Ora se esta decisão é, como realmente é, consequência da convicção formada sobre a(s) prova(s) produzida(s), impõe-se que o tri-

¹⁹ Em nosso entendimento, as normas dos artigos 205.º da CRP e 374.º, n.º 2, do CPP só estarão cumpridas quando o tribunal, de acordo com a valoração efectuada, se pronuncia sobre **todas** as provas que foram produzidas ou examinadas em audiência.

Se o tribunal, apreciando **todas** as provas, como deve, conclui que um depoimento é **irrelevante** para a decisão, deve **dizê-lo** expressamente e as razões **sucintas** desse entendimento; porque se na motivação deixa aquele depoimento sem qualquer referência, sempre se colocará a dúvida sobre se o tribunal se debruçou ou não sobre aquela prova.

De facto, o tribunal não pode **esquecer nenhuma** prova produzida em audiência, ainda que tal prova *nenhuma prova faça*.

²⁰ Sobre a apreciação da prova importa precisar:

Se cada prova, de acordo com as regras da experiência, deve ser apreciada na sua individualidade, importa ter presente que a prova *final* resulta da apreciação conjunta, de acordo com as regras da experiência, de todas as provas produzidas. Ou seja, não raras vezes, um depoimento analisado singularmente mostra um *pedaço* de realidade incompleto, quiçá ininteligível. Porém, um outro depoimento também incompleto, singularmente analisado, agora apreciado em **conjunto** com o outro, de acordo com as regras da experiência, evidencia uma complementaridade que torna as coisas nítidas. Outras vezes, um documento isoladamente não prova *nada*, mas na discussão franca da causa é *iluminado* por um depoimento que *desfaz* a sua aparente inutilidade.

Ora se as provas credíveis se *ajudam* umas às outras — mutuamente se **fortalecendo nesta comunicação** — a prova resultado, por força deste factor de **comunicação**, é necessariamente *maior* de que a mera junção daquelas provas.

Concluindo: se a prova é o **produto** resultante da análise **conjugada**, de acordo com as regras da experiência, de toda a prova produzida e não a **mera soma** das provas produzidas, não dispensa, melhor, exige, uma **análise** rigorosa de cada uma das provas.

A expressão *apreciação conjunta da prova* não pode servir para *esconder* a ausência de uma verdadeira análise das diferentes provas — de cada uma delas.

²¹ Nunca será mais de repetir que esta decisão — decisão sobre a matéria de facto — é consequência necessária da convicção que o tribunal formou com base na prova produzida — **e só nesta** — apreciada de acordo com as regras da experiência.

bunal explicita as **razões** pelas quais deu **credibilidade** a umas provas e não deu a outras; **porque** decidiu de um modo e não de outro. Ou seja, o tribunal (ao motivar) está obrigado a explicitar as razões concretas por que deu credibilidade a determinados depoimentos e não deu a outros; por que lhe mereceram crédito ou não as declarações do arguido; por que entendeu ser (ir)relevante para a decisão o documento junto ao autos (no caso de serem apenas estas as provas em análise, como é óbvio).

No que diz respeito às declarações do arguido, se não tiverem merecido crédito, o tribunal — conforme o caso, como é evidente — eventualmente referirá a inverosimilhança e contradições do relato — inverosimilhança e contradições que embora de modo sucinto deve **fundamentar** — e o facto da versão dos factos que apresentou estar em oposição à dada pelas testemunhas que o tribunal considerou creíveis — credibilidade que fundamentará no lugar próprio²².

Quanto à prova documental, se estiver em causa um documento autêntico que o tribunal julgou relevante para a decisão, eventualmente referirá que tanto a autenticidade como a veracidade do conteúdo de nenhum modo foram postas em causa pelos sujeitos processuais, e que o conteúdo é inequívoco e pertinente para a decisão — pertinência esta que a não ser *evidente*, deve sucintamente fundamentada.

Relativamente à prova testemunhal — cuja importância é desnecessário vincar —, pela sua especificidade e complexidade, impõe-se um tratamento mais alongado.

Em nosso entendimento, na generalidade dos casos, é fundamental que o tribunal **expressamente indique**:

a) A concreta actividade profissional da testemunha.

Com efeito, o tipo de trabalho que a testemunha desenvolve e as habilitações que possua podem ter sido no caso, e depende do caso, elementos relevantes para o tribunal dar ou não credibilidade ao seu depoimento. Ora, sendo assim, o tribunal deve **explicitar** como e em que medida aquelas qualificações contribuíram para dar ou não crédito ao depoimento.

Por exemplo, na **explicação** da derrocada de um viaduto será **intrigante** (logo gerador de fundadas interrogações) um discurso errático e sincopado de um engenheiro civil, o que já não sucederá se depoimento semelhante for produzido por uma florista apenas com a instrução primária. Na verdade, não conflua com a normalidade das coisas, ao contrário do que acontece com a

²² Como é evidente, o tribunal para formar a convicção sobre o conteúdo das declarações do arguido necessariamente tem de ter em conta, como já dissemos acima (II. 2.8), que ele não é obrigado sequer a declarar, que não é obrigado a declarar com verdade, que não é obrigado a auto-incriminar-se, que não é obrigado a colaborar na descoberta da verdade e que o seu silêncio em nada o pode desfavorecer (artigo 32.º, n.ºs 1 e 2, da CRP e artigos 61.º, n.º 1, al. d), e 343.º, n.º 1, do CPP) isto por um lado; pelo outro, deve ser ponderado que o arguido não presta juramento e que tem interesse directo nos factos. Sobre este ponto, cfr. Sérgio Poças, *ob. cit.*, págs. 42 e 43.

primeira, que esta última testemunha ainda que queira dizer verdade, não seja capaz de dar uma explicação técnica escurra para o referida derrocada.

b) Eventuais ligações da testemunha aos restantes intervenientes processuais, designadamente ao arguido ou ao ofendido (relações de parentesco, de amizade, de inimizade, de trabalho...).

Com efeito, se o que está em causa é a explicitação das razões por que se acreditou ou não numa determinada testemunha, será relevante, na normalidade dos casos, referir, de modo inequívoco, que tipo de relacionamento a testemunha tem com os sujeitos processuais.

Na verdade, as relações da testemunha com o sujeito processual, *v. g.* o arguido, podem ter contribuído decisivamente para o tribunal dar ou não credibilidade ao seu depoimento. Ora sendo assim, tal facto (o mencionado relacionamento) deve ser explicitado na motivação.

(Um parêntesis:

Importa ter presente na apreciação da prova que das **relações** da testemunha com os directamente interessados na decisão não se podem tirar conclusões definitivas. Por exemplo: 1) o assalariado tanto pode dizer a verdade como não relativamente a facto imputado à entidade patronal —muito dependerá do relacionamento que existir entre eles e do próprio carácter e personalidade da testemunha; 2) o facto da testemunha ser amiga do ofendido não implica necessariamente que faça um depoimento parcial, contrário à verdade dos factos, isto, nomeadamente, por força da sua integridade de carácter.

Com efeito, importa que o tribunal tenha presente estas circunstâncias, mas será sempre na análise de **todo** o depoimento (nos seus vários aspectos), e depois na **apreciação conjugada**, de acordo com as regras da experiência, de todas as provas produzida que umas vezes concluirá que o facto da testemunha ter sido despedida a levou a fazer um depoimento parcial, arredado da verdade, outras vezes, pese embora esse facto, a testemunha depôs com verdade.)

c) A razão de ciência da testemunha.

Como todos estaremos de acordo, esta é uma questão **nuclear** para a questão da credibilidade do depoimento (a testemunha **pode** saber aquilo que diz saber?).

Na verdade, a apreciação de um depoimento pressupõe antes do mais que quando a testemunha diz que sabe como os factos ocorreram, seja seguro para o tribunal que a testemunha podia, nas circunstâncias concretas, saber o que diz saber.

Assim se a testemunha afirma que viu o arguido efectuar três disparos, em primeiro lugar, importa saber se a testemunha do lugar onde se encontrava **podia** ver o arguido a disparar.

É que se a testemunha, nomeadamente pelas leis da física ou manifesta ausência de conhecimentos científicos ou técnicos, não pode saber aquilo que diz saber, a sua credibilidade fica desde logo afastada. Mas atenção: o facto da testemunha poder saber o que diz saber não quer dizer, necessariamente, que relate a verdade dos factos. Com efeito, a testemunha

pode saber o que verdadeiramente se passou, mas, *v. g.*, por razões de amizade ou medo pode não dizer a verdade.

Se é verdade, como se disse, que a falta de razão de ciência arreda a credibilidade da testemunha, o facto de a ter não é por **si só** suficiente, de modo nenhum, para o depoimento merecer credibilidade.

Será sempre, pela **análise** de **todo** o depoimento — designadamente a sua espontaneidade, coerência e verosimilhança — e depois na apreciação conjugada, de acordo com as regras da experiência, de toda a prova produzida que o tribunal concluirá, conforme os casos, que a testemunha não sabe porque não pode saber (*v. g.*, por falta de conhecimentos científicos, por óbvia violação das regras da física); que apesar de, *em princípio*, poder saber, não sabe (*v. g.*, por desatenção); que sabe, mas não diz o que sabe (*v. g.*, por razões de amizade ou medo); que sabe e com verdade diz o que sabe.

Sendo verdade que a questão nem sempre tem o tratamento adequado, importa ter presente que o facto de que resulta a razão de ciência da testemunha deve ser comprovado. Não basta a testemunha dizer que estava no local do acidente; é necessário que aquele facto — ter estado no local — não levante dúvidas que se verificou.

Normalmente o facto é *aceite* quando nenhum dos sujeitos processuais põe em causa a declaração, mas será fundamentalmente pelo conteúdo de depoimento — a sua espontaneidade, coerência e verosimilhança — que a razão de ciência resultará líquida.

d) Do conteúdo do depoimento.

Como é evidente, a credibilidade que o tribunal dá ou não a determinado depoimento depende desde logo do seu conteúdo — é sobre o depoimento prestado, sobre o seu **conteúdo**, que o tribunal se debruça.

Porque assim é, na **motivação**, o tribunal, de modo **expresso**, deve **pronunciar-se** nomeadamente, sobre a espontaneidade, coerência e verosimilhança do depoimento.

Como é evidente, estas características hão-de resultar da apreciação da prova feita nos termos acima expostos, apreciação esta que compreende naturalmente a **comparação** e o **confronto** do depoimento com outras provas, designadamente outros depoimentos prestados²³.

Finalmente, na motivação deve ser referido, de modo **preciso, enxuto** e claro, tanto quanto é possível, o modo como o depoimento foi prestado.

Se a *atitude* (*v. g.*, segurança no discurso, nervosismo, silêncio(s), gestos...) da testemunha contribuiu, como normalmente contribui, para o tribunal dar ou não credibilidade ao seu depoimento, tal circunstância deve ser **explicitada** na motivação²⁴.

²³ Sobre este ponto, cfr. Sérgio Poças, *ob. cit.*, pág. 42.

²⁴ Como todos estaremos de acordo, na apreciação da *atitude* da testemunha, o tribunal deve actuar com redobrada prudência.

Em nosso entendimento, serão temerárias quaisquer conclusões tiradas com base num

3.4. Em nosso entendimento, na motivação **não** têm que ser **reproduzidos** os depoimentos das testemunhas.

Se, por um lado, a reprodução dos depoimentos, por si só, **não** cumpre a norma do artigo 374.º, n.º 2, do CPP; pelo outro, **não** é necessária àquele cumprimento.

De facto, quando o juiz apenas *diz* o que testemunha disse, ainda *pouco* diz sobre a credibilidade do depoimento. Ao reproduzir **acriticamente** o depoimento, o juiz não está a fazer nenhum **juízo** sobre o depoimento — está apenas a dizer o que a testemunha disse. Mas a questão é outra: o juiz acreditou ou não no que a testemunha disse?

Conforme for o caso, o tribunal está obrigado a explicitar as **razões** pelas quais o depoimento lhe mereceu credibilidade ou não, nos termos que temos vindo a expor.

É este **juízo crítico** objectivado que a lei exige ao juiz.

Na verdade, com a simples reprodução dos depoimentos fica-se sem saber qual a convicção do tribunal, mas ainda que se pudesse *deduzir* qual fosse, o que seguramente não se fica a saber são as razões da referida convicção.

Concluindo: com a simples reprodução dos depoimentos o tribunal não faz o exame crítico das provas que está previsto no artigo 374.º, n.º 2, do CPP.

Pese embora o acabado de expor, entendemos que não é correcto afirmar que o juiz não tem que dizer *nada* do que a testemunha disse. As coisas não são assim ou pelo menos não são sempre assim. Por vezes, a explicitação das razões pelas quais se dá ou não credibilidade a um depoimento impõe que o juiz diga algo do que a testemunha disse. Não pode esquecer-se que quando juiz motiva — é de um **discurso argumentativo** que se trata — pretende convencer com razões objectivas as razões do seu convencimento. Ora, neste discurso muitas das vezes a citação de uma expressão utilizada pela testemunha constitui matéria fundamental para o convencimento do *auditorio*. Em alguns casos, pelas regras da experiência, só uma pessoa que esteve presente podia ter proferido aquela expressão.

3.5. Como resulta do que temos vindo a afirmar, cremos, a motivação deve abranger quer a prova directa quer a prova indiciária.

Se quisermos, a motivação é *mais* necessária na prova indiciária do que na prova directa, uma vez que naquela **não** há uma ligação **imediate** ao facto.

Na verdade, se o facto não resulta de prova directa, o tribunal, num exercício democrático do poder jurisdicional, está *mais* obrigado a esclarecer as **razões** da decisão.

daqueles comportamentos. Como se disse o depoimento deve ser analisado no seu **todo**. Sempre.

Como todos estaremos de acordo, não estamos aqui no domínio da **evidência** das coisas.

Assim o tribunal está obrigado a expor de forma clara as **razões objectivas** pelas quais da **prova** de determinados factos indiciários **inferiu** a prova do determinado facto *probando*, naturalmente apelando para as regras da experiência.

Com efeito, a análise destas **razões** permitirá ao destinatário concluir se se tratou de uma inferência de acordo com as regras da lógica, da razão, da experiência, dos conhecimentos científicos ou técnicos ou, se pelo contrário, se se tratou de uma inferência ilógica, com vícios de raciocínio, resultante de mero preconceito e no desrespeito das regras da experiência.

Assim o tribunal deve proceder do modo seguinte: em primeiro lugar, identifica os factos indiciários provados pertinentes (já enumerados na matéria de facto), indicando e fazendo o exame crítico da respectiva prova; depois, deve explicitar as **razões** objectivas por que é que daqueles factos indiciários inferiu a prova do facto *probando*. Só²⁵.

3.6. O tribunal ao motivar está obrigado a identificar e a analisar as provas que — verdadeiramente — serviram para formar a sua convicção.

Assim se da prova de determinados factos (instrumentais), por **inferência**, de acordo com as regras da experiência, foi dado como provado determinado facto *probando*, deve ser claramente explicitado na motivação que foi através dessa prova indiciária — devidamente identificada e criticamente examinada — que aquele facto (*probando*) resultou provado.

De facto, não é lícito *acoitar* a prova deste segundo facto na prova dos primeiros, sem mais.

Por exemplo, se num crime de tráfico de estupefaciente, o tribunal da prova de determinados factos indiciários — quantidade e qualidade da substância detida, 50 gramas de heroína; posse de *caderneta* com diversos nomes e montantes em dívida; utilização pelo arguido de veículo de preço elevado; ausência de qualquer actividade profissional por parte daquele — inferiu, que o arguido destinava o produto a venda a terceiros, na **motivação** tem de ser claro que tal facto resultou provado por meio daquela prova indiciária e não de outra.

Na hipótese colocada, se o arguido nada tivesse declarado aos agentes policiais e em julgamento tivesse afirmado que a heroína que detinha se destinava exclusivamente a seu consumo, o tribunal praticaria grave ilegalidade se, na motivação, relativamente a todos os factos, logo também quanto ao **destino** do produto, apenas afirmasse que a convicção se tinha formado *com base nos depoimentos dos agentes policiais que mostraram isenção e conhecer os factos, nas declarações do arguido e exame laboratorial à substância apreendida*.

²⁵ Neste sentido, Germano Marques da Silva, *ob. cit.*, II, págs. 83, 113 e 114.

3.7. Detenhamo-nos em duas situações da vida judiciária:

a) Parece claro que se sobre determinado facto houve depoimentos contraditórios e apesar disso tal facto foi dado como provado, o tribunal **tem de explicitar as razões objectivas** — de modo preciso, claro e substancial — por que lhe mereceram crédito uns depoimentos e não mereceram outros.

b) No que diz respeito aos factos não provados não parece correcto referir, sem mais, na motivação: « *não se fez prova convincente* » ou outra semelhante.

Das duas, uma: se não foi produzida **nenhum** prova, bastará a afirmá-lo; se, pelo contrário, foi produzida prova, não basta dizer que a *prova não foi convincente*. A pergunta que se coloca a seguir, é: a prova não foi convincente, porquê?

As testemunhas não mereceram crédito, porquê? Não tinham razão de ciência? Foram contraditórios os seus depoimentos? Foram os depoimentos contrários às regras da experiência?)

Ora estas interrogações devem ser afrontadas. Só assim é possível saber se os depoimentos foram convincentes ou não. Competirá ao tribunal **justificar, explicitando de** forma clara, **enxuta**, as **razões objectivas** por que é que aqueles depoimentos **não** lhe mereceram crédito.

IV — NOTA FINAL

Se este modesto trabalho de algum modo puder *ajudar* o juiz a *dizer* o porquê da decisão, então um dos seus principais objectivos foi conseguido.

Santarém, 30 de Setembro de 2007