

STANDARDS DE PROVA E GRAU DE CONVICÇÃO DO JULGADOR¹

Mafalda Melim

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyse the standard of proof used in criminal proceedings, by comparing the common law systems with the civil law systems – namely in the Portuguese criminal procedure. The paper suggests a dynamic perspective, emphasizing the different standards used on the various stages of the proceedings (e.g. public prosecutors accusations and Court judgments).

SUMÁRIO: Introdução. 1. O conceito de standards de prova e o direito processual penal português. 1.1. Os standards de prova no sistema anglo-saxónico. 1.2. Figuras conexas. 1.2.1. Ónus da prova. 1.2.2. Modelos de prova. 2. Graus de convicção no processo penal português. 3. Standards de prova e princípios do processo penal. 3.1. O princípio da livre apreciação. 3.1.1. O sistema da prova livre. 3.1.2. A formação da convicção do julgador. 3.1.3. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação. 3.1.4. Standards de prova e princípio da livre apreciação. 3.2. O princípio da investigação e o sistema acusatório. 3.2.1. A estrutura do processo penal português. 3.2.2. O princípio da investigação. 4. A relação entre os standards e os modelos de prova. 4.1. Modelos argumentativos. 4.1.1. A proposta de John Henry Wigmore. 4.1.2. New Evidence Theory (NET). 4.2. Modelos narrativos. 4.3. Modelos híbridos. 5. Método probabilístico. 5.1. Probabilidade objetiva. 5.2. Probabilidade subjetiva ou Bayesiana. 6. As consequências da adoção de um modelo híbrido na valoração da prova. 6.1. A necessidade de utilização de um modelo híbrido. 6.2. Standards de prova e modelo híbrido. 6.3. As narrativas como objeto típico dos standards de prova. 7. Uma abordagem dinâmica: os standards de prova ao longo do processo. 7.1. No inquérito e na instrução. 7.2. No julgamento. 7.3. Na fundamentação da sentença. II. Conclusões.

I. INTRODUÇÃO

O tema dos standards de prova não se inclui no núcleo de tópicos preferenciais da doutrina processual penal portuguesa. Provavelmente por ser encarado como um problema típico dos sistemas anglo-saxónicos. Contudo, cremos existirem motivos para um jurista português abordar esta questão. Com efeito,

¹ O trabalho que ora se apresenta corresponde ao relatório de mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, apresentado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo de 2012/2013, no âmbito da disciplina de Direito Processual Penal, sob a regência do Senhor Professor Doutor Paulo de Sousa Mendes.

a construção da convicção do julgador, nas diferentes fases do processo, carece de um tratamento mais profundo do que aquele que lhe é dado a partir do princípio da livre apreciação da prova. Nesse sentido, propomo-nos tratar neste trabalho a problemática dos *Standards de prova e grau de convicção do julgador*.

A necessidade de fundamentação encontra-se subjacente a qualquer decisão judicial. Para que tal dever de fundamentação seja devidamente cumprido, é imperativo que o julgador consiga transmitir o percurso de formação da sua convicção. De facto, a posição tomada deve ser apreensível por todos os intervenientes, através das razões aduzidas pelo decisor. Deste modo, consideramos pertinente tratar o problema dos diferentes graus de convicção exigidos para a tomada de decisões ao longo do processo. Por esse motivo, centraremos a nossa análise na indagação da possibilidade de transpor o conceito anglo-saxónico de standards de prova para o sistema português. Para isso, debruçar-nos-emos sobre alguns princípios do sistema processual penal nacional, articulando-os com as (possíveis) funções desempenhadas pelos standards de prova. Posteriormente, apresentaremos uma visão dinâmica da problemática, focada na evolução do processo.

A escolha deste tópico de reflexão prende-se com uma preocupação de determinação das condições de valoração da prova. Efetivamente, afigura-se-nos relevante compreender os critérios que permitem considerar provada uma dada realidade. Do mesmo modo, parece-nos indispensável assimilar o raciocínio que leva a infirmar a verificação de um concreto evento. Com esse propósito, encararemos os standards de prova como um instrumento pertinente ao serviço do julgador, que o auxiliará não só na formação da sua convicção, mas também na fundamentação das suas decisões.

1. O conceito de standards de prova e o direito processual penal português

1.1. Os standards de prova no sistema anglo-saxónico

A evolução das diferentes tradições jurídicas corresponde a uma necessidade de adequação do direito às realidades sociais de cada momento histórico. Partindo de paradigmas distintos, o conjunto de soluções encontrado pelos diversos modelos articula-se necessariamente com uma herança pretérita. A emergência do conceito de standards de prova no sistema anglo-saxónico e a sua (aparente?) ausência no sistema português comprova esta situação.

O standard de prova pode ser definido como o grau de convicção mínimo exigido para considerar provado um determinado evento, *i.e.* o nível a partir do qual se entenderá suficientemente demonstrada a ocorrência de uma qualquer

circunstância². Trata-se de uma figura que pretende auxiliar o julgador no processo de valoração da prova³, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido.

Como referem os inúmeros estudos⁴ dedicados ao tema, esta problemática relaciona-se com a necessidade de concretização dos critérios de apreciação da prova. É neste contexto que surgem interessantes propostas⁵ de articulação entre as ferramentas da Inteligência Artificial e a argumentação jurídica. O objetivo destes projetos consiste em traduzir, através de modelos formais, os requisitos para o preenchimento dos diversos standards de prova.

O sistema anglo-saxónico elenca tradicionalmente⁶ três standards de prova: *preponderance of evidence*⁷ – exige que seja mais provável a verificação de um determinado evento do que a sua não ocorrência (*more likely than not*); *clear and convincing evidence* – requer uma prova clara e convincente, demandando que a hipótese apresentada seja muito mais provável do que a sua negação (*much more likely than not*); *beyond reasonable doubt* – representa o standard mais exigente, impondo que não se verifique uma dúvida razoável quanto à responsabilidade penal do arguido. Na sequência dos estudos anteriormente referidos, alguns autores⁸ sugeriram uma quantificação para cada um destes standards. Assim, *grasso modo* entende-se que a prova preponderante equivaleria a uma probabilidade superior a 50%, a prova clara e convincente corresponderia a uma probabilidade superior a 75%, enquanto o standard mais exigente reclamaria uma probabilidade superior a 90%.

Ainda que o processo de formação da convicção do julgador represente uma questão comum a todas as áreas do direito, haverá sempre que distinguir

2 Haack, 2013: 67; Lopes, 2011: 235; Sousa, 2013: 373.

3 Neste contexto utilizaremos o conceito de prova sobretudo em dois sentidos: enquanto método ou caminho trilhado para a verificação da existência histórica de um determinado facto; e enquanto sinónimo de meios de prova, *i.e.*, fonte de convencimento utilizada pelas entidades decisoras, a cada passo, acerca da veracidade dos *facta probanda* – Matta, 2004: 226; Mendes, 2013: 173; Silva, 2011: 140.

4 Entre muitos outros, Atkinson & Bench-Capon, 2007; Bex & Walton, 2012; Gordon & Walton, 2009; Prakken & Sartor, 2011; Tillers & Gottfried, 2006.

5 Bex, Prakken & Verheij, 2007; Gordon, 2007; Keppens & Schafer, 2006; Prakken & Sartor, 2011; .

6 Autores como Atkinson & Bench-Capon, 2007; Gordon & Walton, 2009 referem ainda standards como *Scintilla of evidence*, *Dialectical Validity*, utilizados em alguns dos modelos que propõem o recurso à Inteligência Artificial.

7 Ou *balance of probabilities* no Reino Unido, segundo Sousa, 2013: 377.

8 Pardo, 2013; Prakken & Sartor, 2011; Tillers & Gottfried, 2006.

os propósitos da tutela penal dos fins do direito civil. A esse pormenor foram sensíveis os juristas anglo-saxónicos, consagrando como standard base no direito penal o da prova para além de qualquer dúvida razoável, ao contrário do que acontece no direito civil, em que normalmente bastará uma prova preponderante⁹.

Mesmo desempenhando um indispensável papel em matéria de direito probatório, estes standards, tal como apresentados, não deixam de nos causar algumas inquietações. Com efeito, das explicações anteriormente aduzidas parece resultar que enquanto os dois primeiros standards se caracterizam necessariamente com recurso a noções probabilísticas, o último não só dispensa tais referências como é definido negativamente. Ora, se o recurso aos standards se justifica por um imperativo de concretização do processo de valoração da prova, não deveriam estes traduzir uma noção clara e exata do grau de convicção a atingir pelo julgador? Para além disso, relevaria esclarecer qual o objeto destes standards, *i.e.*, determinar se o julgador os aplicará separadamente a cada um dos *facta probanda*¹⁰ ou se, pelo contrário, deverá utilizá-los como instrumento de avaliação das diferentes hipóteses apresentadas.

Indagar se estes problemas justificam a recusa da figura dos standards da prova no sistema português constituirá a preocupação cimeira do nosso trabalho.

1.2. Figuras conexas

1.2.1. Ónus da prova

Antes de procedermos à análise dos standards de prova à luz do sistema jurídico português, importa relacionar esta figura com outros conceitos característicos do direito processual.

Num primeiro momento, importa sublinhar que os standards não se confundem com o ónus da prova¹¹. Distingue-se comumente em processo civil ónus da prova objetivo e subjetivo¹². De acordo com Pedro Múrias¹³, as posições tradicionais entendem o primeiro como “*o instituto que determina*

9 Sublinhando este ponto Lopes, 2011: 236.

10 Noção utilizada por Matta, 2004, para se referir aos factos que devem ser provados, *i.e.*, aos factos a demonstrar; no singular, *factum probandum*.

11 Relacionando estas duas figuras, Keane, Griffiths & McKeown, 2010; Taruffo, 2003: 672-673.

12 Outras distinções recorrentes referem o ónus de produção, de alegação e de impugnação.

13 Múrias, 2000: 21; Rego, 2013: 131.

segundo qual das versões disputadas deve decidir-se quando é incerta a verificação de algum facto pertinente”; e o segundo como o instituto que “*prescreve a qual das partes processuais incumbe alguma atividade probatória*”. Admitindo-se a distinção entre as vertentes objetiva e subjetiva¹⁴ do ónus da prova, cumpre desde já referir que a função desempenhada pelos standards seria a de auxiliar o julgador no momento da decisão, não se relacionando com a vertente subjetiva. De facto, se o ónus subjetivo se reporta à própria atividade probatória das partes, os standards constituem um instrumento de valoração da prova a aplicar pelo julgador. No que concerne ao ónus da prova objetivo, a relação estabelecida será mais imediata, tendo em conta que ambas as figuras se reportam ao processo de decisão do aplicador de direito. Neste contexto, diremos que a intervenção dos standards de prova é anterior à das regras sobre o ónus objetivo. Efetivamente, os standards de prova esclarecerão o julgador acerca do grau de convicção mínimo a atingir para considerar que um determinado evento ocorreu. Apenas a partir desse momento poderá o juiz socorrer-se dos ditames do ónus da prova para aferir do sentido da sua decisão¹⁵.

Concentrando-nos por ora na nossa disciplina, importa relembrar que a maioria da doutrina¹⁶ se pronuncia pela inexistência de ónus da prova no processo penal. As razões apresentadas para sustentar este entendimento poderão ser reconduzidas a três pontos principais: *i)* a consagração de um princípio de investigação (art. 340.º do Código de Processo Penal – CPP) no sistema processual penal português; *ii)* a posição e atribuições do Ministério Público (MP) no processo (art. 53.º CPP); *iii)* o princípio *in dubio pro reo*. Segundo esta conceção, a circunstância de o juiz deter poderes de investigação implica que possa suprir a passividade das partes. Assim, não faria sentido impor aos sujeitos processuais tal ónus, visto que ao tribunal caberia colmatar uma qualquer insuficiência que se revelasse determinante para a descoberta da verdade material. Paralelamente, a circunstância de o MP se achar vinculado ao cumprimento da legalidade objetiva obrigaria a infirmar a convicção de que lhe caberia sustentar a acusação a todo o custo, sob pena de ver a sua “pretensão” negada. Finalmente, a invocação do princípio *in dubio pro reo* permitiria sobretudo libertar o arguido da obrigação de provar a sua inocência.

14 Considerando que não existe no direito português um verdadeiro ónus da prova subjetivo Múrias, 2000: 23.

15 Keane *et al.*, 2010: 101; Prakken & Renooij, 2011: 132.

16 Como referem Dias, 1973: 128; Mesquita, 2011: 325; Silva, 2011: 154.

Ainda que não se defenda, em processo penal, a vigência das regras do ónus da prova nos mesmos termos do processo civil, não nos parece inviável aplicar aqui este conceito com algumas adaptações. Desde logo porque a previsão do princípio da investigação não significa que os sujeitos processuais se devam abster de apresentar provas que sustentem a respetiva posição. De facto, deste princípio não decorre de forma alguma que caiba ao tribunal toda a iniciativa probatória, sendo tal cenário claramente irrealista. Neste sentido, poderemos falar num *ónus de produção* enquanto ónus de investigar e apresentar em juízo elementos de prova que corroborem a matéria de facto controvertida constante das alegações de cada um dos sujeitos¹⁷. Concomitantemente, não será despidiendo atentar ao chamado *ónus de persuasão*, que traduz o objetivo da atividade probatória. Referindo-se ao momento da produção de prova, consiste na necessidade de afirmar um ponto de vista e contrariar as demais provas. Finalmente, afigura-se-nos relevante a noção de *ónus tático* que considera uma visão dinâmica do processo. Sugere-se, desta forma, que ao longo do julgamento se antecipe o sentido da decisão do tribunal, permitindo uma constante reavaliação da estratégia de cada um dos intervenientes¹⁸.

Estas três classificações foram desenvolvidas pela doutrina anglo-saxónica com o intuito de auxiliar os vários sujeitos no cumprimento do ónus subjetivo. Assim, distanciam-se dos standards de prova visto que se acham pensadas especificamente para orientar a atividade probatória da acusação e da defesa. Diferentemente, os standards de prova, ainda que possam desempenhar subsidiariamente essa função, surgem como um instrumento de valoração da prova, utilizado sobretudo pelo julgador. Desse modo, os ónus de produção e persuasão apenas indiretamente reclamam uma articulação com o standard aplicável, representando concretizações ou manifestações do dito ónus subjetivo. Como vimos, o ónus de produção refere-se à necessidade de apresentar em juízo elementos de prova que sustentem as alegações de cada sujeito, o que significa que o seu cumprimento dependerá de uma prévia atuação do interveniente em causa. Assim, este ónus relaciona-se sobretudo com a matéria de facto anteriormente alegada. O ónus de persuasão alude à própria conduta em juízo, referindo a necessidade de afirmar os seus pontos de vista e contrariar as restantes provas. Num certo sentido, cumprir o ónus de persuasão equivalerá a

17 Atkinson & Bench-Capon, 2007: 108; Gordon & Walton, 2009: 242; Gordon, Prakken & Walton, 2007: 285; Prakken & Sartor, 2011: 83.

18 Keane et al., 2010: 78, 80.

atingir o standard imposto. Contudo, não nos parece possível identificar estas duas figuras. Se bem virmos, situações haverá em que o defensor pretenderá apenas contradizer as provas da acusação, não almejando alcançar qualquer grau de convicção. O ónus tático, ao invés, pressuporá o recurso ao standard de prova, de maneira a antecipar o sentido da decisão do tribunal. Dessa forma, embora distintos, o ónus tático e os standards de prova encontram-se intrinsecamente relacionados¹⁹.

1.2.2. Modelos de prova

Outra categoria frequentemente associada aos standards de prova é a dos modelos de prova. Consequentemente, estes conceitos devem ser articulados atendendo às distintas tarefas que desempenham no processo. Ainda que de forma não suficientemente rigorosa²⁰ poderemos reconduzir os modelos de prova à perspectiva ou método de análise assumido pelo julgador aquando da valoração das provas carreadas para o processo *i.e.*, a forma como o aplicador de direito vai observar e articular os elementos de prova constantes do processo.

Por ora²¹ importa apenas sublinhar que se os modelos de prova representam a própria metodologia seguida pelo julgador no processo de valoração, os standards de prova têm como função fornecer o nível de convencimento mínimo que deverá ser alcançado numa determinada situação. Deste modo, diremos que os standards de prova regulamentam a final a atividade do juiz, enquanto os modelos integram a própria formação da convicção do julgador. Neste contexto, distinguem-se sobretudo três tipos de modelos de prova: *i)* modelos argumentativos; *ii)* modelos narrativos; *iii)* modelos híbridos.

2. Graus de convicção no processo penal português

Apesar de não recorrer à noção de standards de prova nos termos anteriormente expostos, o legislador português emprega diferentes expressões para representar os graus de convicção ao longo do processo. Sem qualquer preocupação de exaustividade, cumpre referir o recurso às noções de *suspeitas fundadas* – arts. 58.º/1 alínea *a)*, 250.º, 272.º/1 CPP; *fundado receio* – arts. 142.º/1,

19 Keane et al., 2010: 101,102.

20 Não nos foi possível encontrar, em toda a bibliografia consultada, uma definição genérica do conceito de modelos de prova.

21 Nos capítulos 4 e 6 abordaremos com maior profundidade a relação entre os standards e os modelos de prova sublinhando as especificidades de cada uma das figuras.

227.º/1, 228.º/1, 257.º/2 alínea b) CPP; *suposição* – art.210.º CPP; *indícios* – arts. 171.º/1, 174.º/1 e 2, 246.º/5 alínea a) CPP; *prova bastante* – art. 277.º/1 CPP; *indícios suficientes* – arts. 277.º/2, 283.º/1, 285.º/2, 298.º, 302.º/4, 308.º/1 CPP; *indícios fortes* – arts. 200.º/1, 201.º/1, 202.º/1 alíneas a) a e) CPP.

A utilização desta multiplicidade de expressões poderá relacionar-se, por um lado, com a fase em que o processo se encontra e, por outro, com as consequências da decisão a tomar. Assim, compreende-se a exigência de *suspeitas fundadas* para a constituição de arguido (art. 58.º/1 a) CPP) enquanto o decretamento de uma prisão preventiva impõe a observância de *fortes indícios* (art. 202.º/1 a) CPP). De acordo com Albuquerque (2011: 110) haveria que distinguir apenas quatro níveis de convicção no direito português. Deste modo, diferenciariamos entre *indícios para além da presunção de inocência*; *indícios fortes* ou *sinais claros*; *indícios suficientes* ou *prova bastante*; e ainda *indícios*, *indícios fundados*, *suspeitas*, *suspeitas fundadas*, *fundado receio*. Independentemente da bondade da sistematização proposta, importa sublinhar que o recurso à ideia de um grau de convencimento mínimo para proferir certas decisões encontra consagração no sistema português.

Com efeito, estas expressões traduzem o resultado que o julgador tem que atingir ao valorar os elementos de prova disponíveis em cada momento processual. Concomitantemente, o dever de fundamentação dos atos decisórios (art. 205.º/1 da Constituição da República Portuguesa – CRP; art. 97.º/5 CPP) impõe que o aplicador do direito transmita o percurso que lhe permitiu decidir naquele sentido. Desta forma, diremos que o proferimento de qualquer decisão – e a consequente fundamentação – serão influenciados pelo concreto nível de convicção demandado.

Não quisemos afirmar que o grau de convencimento exigido será mais intenso à medida que o processo avança²², pretendendo tão só constatar a permanente estipulação de um objetivo a atingir em cada ato decisório. Consequentemente, afigura-se-nos possível atestar que a função desempenhada pelos standards de prova no sistema anglo-saxónico será reconduzível aos propósitos da imposição de graus de convicção ao longo do processo. Resumidamente, enquanto o julgador americano sustenta a sua posição afirmando que o standard de prova aplicável se acha preenchido, o decisor português fundamenta a sua postura explanando por que se encontram reunidos elementos de prova que legitimem tal valoração.

22 Nesse sentido, Albuquerque 2011: 346.

No entanto, importa não desconsiderar algumas dificuldades apresentadas por esta eventual aproximação. Desde logo, a proposta dos sistemas de *common law* distingue os standards de prova aplicáveis ao direito civil – *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence* – daquele que seria o standard típico do direito penal – *beyond reasonable doubt*. Ora, o elenco anterior resulta apenas da análise do CPP, sugerindo a existência de diferentes standards dentro do próprio processo penal. Para além disso, ressurge a discussão acerca da determinação do objeto dos standards – relacionada, como vimos, com a problemática dos modelos de prova. Disporá já o decisor de uma narrativa no momento da constituição de arguido a que possa aplicar os standards de prova?

3. Standards de prova e princípios do processo penal

3.1. O princípio da livre apreciação

3.1.1. O sistema da prova livre

Os sistemas de valoração de prova consagrados nas diferentes épocas históricas refletem as preocupações típicas de cada sociedade. Assim, enquanto nos tempos do *Ius Romanum* se reconheciam as virtudes do princípio da prova moral, as exigências de segurança jurídica durante a Idade Média impuseram o sistema da prova legal ou tarifada²³. Os ideais revolucionários e o Iluminismo do século XVIII encarregaram-se de efetivar o corte com o *Ancien Régime*, repescando o critério da livre convicção. Como refere Figueiredo Dias (1974: 200) é também nesse contexto que surge a instituição do júri como entidade competente para a apreciação da prova em processo penal. Desse modo, exige-se que o método²⁴ de valoração da prova se adeque a indivíduos sem qualquer formação jurídica.

O modelo da prova livre emerge como contraponto da prova legal, que se caracteriza por fornecer *a priori* o valor de cada meio de prova carreado para o processo, procurando desta forma garantir a igualdade e a segurança jurídica²⁵. Equivale isto a afirmar, num primeiro momento, que a livre apreciação da prova determina que o juiz não se encontra sujeito a normas jurídicas abstratas que

23 Dando conta da evolução histórica desta problemática Correia, 1967: 7-8; Dias, 2004: 198-202; Matta, 2004: 234-238; Mendes, 2010: 1000; Rainho, 2006: 147-148; Silva, 2011: 182-184.

24 Referindo o princípio da livre apreciação da prova como um princípio metodológico Beltrán, 2013: 22; Matta, 2004: 226; Silva, 2006: 47.

25 Matta, 2004: 234; Neves, 2011: 56.

predeterminem o resultado do processo de valoração, e que haverá que atender às concretas circunstâncias do caso²⁶.

No entanto, uma formulação nestes termos não nos permite compreender nem as implicações deste princípio nem os critérios a observar no momento de valoração da prova. Estes aspetos carecem de uma efetiva concretização, já que se reconduzem a exigências de certeza jurídica, podendo inclusive interferir com a garantia de um duplo grau de jurisdição (art. 410.º/2 CPP)²⁷.

Nesse sentido, procuraremos analisar o processo de formação da convicção do julgador, tendo desde já em conta que a íntima convicção não se poderá confundir, em momento algum, com a arbitrariedade.

3.1.2. A formação da convicção do julgador

O princípio da livre apreciação da prova, previsto no art.127.º CPP, consagra a vigência do sistema de prova livre no processo penal português. Paralelamente, o art.125.º CPP possibilita a existência de meios de prova atípicos, vedando apenas provas proibidas por lei.

Segundo o disposto na referida norma, a apreciação da prova será realizada “segundo as regras da experiência e a livre convicção” do julgador. Assim, poderemos considerar que a metodologia proposta integra dois critérios distintos: i) *as regras da experiência*; ii) *a livre convicção do julgador*. Diremos então que os instrumentos de que o aplicador do direito dispõe no momento de valoração da prova correspondem a estes dois elementos²⁸.

No que concerne ao carácter livre da convicção, sublinha a doutrina²⁹ que não se trata da consagração de um mero convencimento emocional imotivado. Com efeito, o emprego da expressão “livre” visa sobretudo reforçar a ideia de que estaremos perante uma convicção pessoal do julgador independente de qualquer tabelamento pré-definido. O resultado alcançado no final do processo de valoração da prova será a conclusão *daquele* juiz para *aquele* diferendo.

Significa esta asserção que o entendimento do julgador se apresentará como um instrumento de “*valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns*

26 Beltrán, 2013: 23, 26; Dias, 2004: 200; Sousa, 203: 324.

27 Matta, 2004: 252.

28 Apresentando as máximas da experiência, o dever de fundamentação e o direito de recurso como elementos que impedem a arbitrariedade, Silva, 2011: 557.

29 Correia, 1967: 29; Correia, 1961: 182; Dias, 1974: 202; Matta, 2004: 256; Neves, 2011: 90; Rainho, 2006: 153; Sousa, 2013: 325.

da lógica, da razão”³⁰, traduzindo uma apreciação objetivável e intersubjetiva. Trata-se de uma liberdade de acordo com um dever³¹ que impõe uma decisão motivada assente em raciocínios válidos e coerentes, aferíveis com recurso às regras da lógica e da racionalidade³².

Neste aspeto cumpre garantir que os destinatários da decisão e a própria sociedade compreendem a motivação do julgador³³. Deste modo, os parâmetros de valoração *daquele* juiz devem transmitir uma posição racionalmente válida no contexto em causa.

Considerando por ora as regras da experiência, importa refletir sobre o papel que desempenham na valoração da prova. Para isso, releva esclarecer a própria noção de regras ou máximas da experiência. Segundo a formulação de Stein (Sousa, 2013: 330) trata-se de “*definições ou juízos hipotéticos de conteúdo geral, desligados dos factos concretos que se julgam no processo, procedentes da experiência, mas independentes dos casos particulares de cuja observação foram induzidos e que, além destes casos, pretendem assumir validade para outros novos*”. Em jeito de síntese escreve Taruffo (2001: 186) que “*a máxima da experiência é uma regra geral construída indutivamente com base na experiência relativa a determinados estados de coisas*”. Funcionam como leis gerais que indicam ao homem médio o habitual estado das coisas, a sequência normal de certos eventos. Neste contexto, é habitual distinguir entre as generalizações de senso comum e as máximas da experiência que traduzem um conhecimento técnico, mencionando-se a este propósito a necessidade de recurso à prova pericial³⁴.

Impera por ora ater à função probatória destas regras da experiência³⁵. Desde logo, desempenham um papel essencial na construção de presunções judiciais. De facto, são estas máximas que permitem ao julgador inferir um facto desconhecido a partir de um outro de que tem conhecimento.

30 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 165/96 (Monteiro Diniz).

31 Dias, 1974: 202.

32 Beltrán, 2013: 26; Silva, 2011: 185.

33 Bex & Verheij, 2012: 327; Correia, 1967: 29; Correia, 1961: 184; Dias, 1974: 204.

34 Lopes, 2011: 238; Silva, 2011: 188. Distinguindo estas regras consoante a sua fonte em máximas da experiência comum, máximas da experiência técnica e máximas da experiência axiológica, Sousa, 2013: 334-337.

35 Em especial sobre a função das regras da experiência, Mendes, 2010: 1004-1007; Neves, 2011: 28; Silva, 2011: 187.

Para além disso, estes conhecimentos empiricamente corroborados facultam ao aplicador do direito uma panóplia de critérios de valoração, especialmente relevantes nos casos em que se verificam as chamadas *evidential gaps*³⁶, *i.e.*, quando não é possível reunir prova acerca de um determinado facto. Se for possível inferir esse *factum probandum* a partir de um outro, através de uma destas máximas, teremos uma manifestação da função probatória destas regras. Da mesma maneira, e como refere Matta (2004: 231) os estados de alma presupostos por alguns tipos de crime, sendo insuscetíveis de qualquer demonstração, só poderão ser associados aos comportamentos penalmente relevantes através de regras da experiência.

Ao mesmo tempo que o acompanham no processo de valoração da prova, estas leis gerais constituem um importante fator de sustentação das conclusões do juiz. Como sabemos, a decisão do julgador deve espelhar uma convicção objetivável e motivável, apreensível pelos destinatários³⁷, reproduzida na fundamentação.

3.1.3. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação

O dever de fundamentação das decisões dos tribunais encontra consagração constitucional no art. 205.º/1, remetendo para a lei a concretização desta obrigação. De acordo com o preceituado no art. 97.º/5 CPP os atos decisórios proferidos no processo são sempre fundamentados, exigindo-se referência expressa aos motivos de facto e de direito que conduziram àquela conclusão. No mesmo sentido, o art. 365.º/3 CPP prevê que cada juiz e jurado enuncie as razões da sua opinião. Paralelamente, o art. 374.º/2 CPP elenca a fundamentação como requisito da sentença, sendo a sua omissão causa de nulidade (art. 379.º/1 *a*) CPP).

A vigência no sistema processual penal português do princípio da livre apreciação da prova em nada afeta os corolários do dever de fundamentação³⁸. Se relembrarmos que a livre convicção do julgador deve conduzir a uma conclusão sólida e sustentada por raciocínios válidos para qualquer destinatário do direito, compreendemos que estes dois elementos estabelecem entre si uma relação simbiótica.

36 Utilizam este conceito vários autores de entre os quais Bex, van Koppen, Prakken & Verheij, 2010: 155.

37 Dias, 1974: 205; Neves, 1968: 509.

38 Relacionando estes dois tópicos, Lopes, 2011: 235; Mendes, 2010: 1001; Neves, 2011.

De facto, a necessidade de fundamentar as opções tomadas acompanha o juiz ao longo de todo o processo. Esta permanente exigência de justificação obriga a um grau superior de ponderação na formação da convicção do julgador, impondo-lhe que a cada momento clarifique as razões que o permitiram alcançar uma determinada decisão³⁹. Da mesma forma, entendemos que o princípio da livre apreciação da prova só poderá subsistir num sistema que requeira a explanação do processo de decisão do juiz, que demande uma concatenação racional e lógica entre provas relevantes e os factos investigados e que reclame uma apreciação dos factos provados à luz do direito vigente⁴⁰. Nas palavras de Matta (2004: 255) “*o dever de fundamentação das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do princípio da livre apreciação da prova*”.

3.1.4. Standards de prova e princípio da livre apreciação

Das observações anteriormente aduzidas concluímos que o princípio da livre apreciação da prova não admite o arbítrio do julgador, articulando-se com uma constante exigência de fundamentação. Na mesma altura referimos que a convicção do decisor deveria resultar de uma ponderação de diferentes critérios, de entre os quais destacámos as regras da experiência.

Definimos os standards de prova como o grau de convicção exigido para considerar provado um determinado evento, indicando o patamar mínimo de convencimento que deverá ser atingido. Nesse âmbito referimos ainda que os standards poderiam auxiliar o decisor no processo de valoração da prova, surgindo como metas a alcançar nos diversos casos.

Desse modo, estamos em crer que uma eventual transposição desta figura se encontra intrinsecamente relacionada com o princípio da livre apreciação. Do nosso ponto de vista, podemos encarar este princípio de duas perspetivas diferentes⁴¹: por um lado, trata-se de um mecanismo de valoração da prova, que permite ao juiz apreciar os elementos probatórios carreados para o processo que se afigurem relevantes para a decisão da causa – e que não constituam, naturalmente, prova proibida. Nesta vertente, a livre convicção desempenha uma função ordenadora, assumindo-se como uma consagração de que o peso a atribuir a cada prova apresentada será determinado pelo juiz. Numa outra

39 Neste sentido se pronuncia o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 27/2007 (Paulo Mota Pinto).

40 Silva, 2011: 559.

41 Referindo-se a esta possibilidade Lopes, 2011: 234.

aceção, consideramos que a livre apreciação se concretiza no dever de fundamentação. Como vimos, apenas através do adequado cumprimento deste dever teremos acesso ao efetivo processo de valoração levado a cabo pelo aplicador do direito. De certa forma, o dever de fundamentação constante do art. 97.º/5 CPP constitui um pilar da livre apreciação da prova⁴². De facto, mesmo que estejamos perante uma decisão resultante de uma adequada ponderação dos valores em discussão, a omissão da fundamentação determina a nulidade da sentença (379.º/1 a) CPP).

Assim, pretendemos nesta sede⁴³ realçar apenas a nossa intuição de que os standards de prova poderão integrar o sistema processual penal português assumindo-se como uma vertente relevante da livre convicção.

3.2. O princípio da investigação e o sistema acusatório

3.2.1. A estrutura do processo penal português

De acordo com o disposto no art. 32.º/5 CRP “*o processo criminal tem estrutura acusatória, estando a audiência de julgamento e os atos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*”. Dessa forma, encontra-se constitucionalmente previsto o modelo acusatório, que se caracteriza sobretudo por uma separação entre a entidade que acusa e a entidade julgadora, como forma de garantia da imparcialidade do juiz⁴⁴. Como manifestação dessa preocupação de imparcialidade atribui-se ao julgador, no modelo acusatório puro, uma posição *super partes*, vedando-lhe qualquer iniciativa probatória⁴⁵. Nesse sentido, a formação da convicção ocorre *secundum allegata et probata*⁴⁶ cabendo ao juiz apenas dirigir o julgamento. Por esse motivo, associa-se tradicionalmente o sistema acusatório à obtenção de uma verdade formal, previamente fixada pela atividade dos sujeitos. O julgamento é aqui encarado sobretudo como sede de garantia do contraditório, e não como um momento de procura da verdade material⁴⁷.

42 Nesse sentido, Neves, 2011: 145.

43 Trataremos em especial a relação entre os standards de prova e o dever de fundamentação no capítulo 7, *infra*.

44 Sobre os modelos acusatório e inquisitório Dias, 1974: 58; Ferreira, 1955: 41; Martins, 1999: 401; Neves, 2011: 63; Silva, 2010: 72.

45 Neves, 1968: 34; Silva, 2011: 158.

46 Silva, 2011: 158.

47 O modelo consagrado nos Estados Unidos da América e na Inglaterra é tradicionalmente reconduzido ao sistema acusatório puro, também chamado adversarial – Mendes, 2013: 32.

O preceituado no art.32.º/5 CRP deve ser interpretado tendo em conta o “*estabelecimento da máxima acusatoriedade do processo penal, temperada com um princípio da investigação judicial*”⁴⁸. Com efeito, a rígida separação entre os sistemas inquisitório e acusatório foi atenuada pela emergência de uma estrutura mista ou eclética. De acordo com Mendes (2013: 31) este modelo terá surgido com o *Code d’Instruction Criminelle* francês de 1808, almejando potenciar as vantagens das perspetivas até então conhecidas.

Em termos genéricos, diremos que esta proposta se reconduz ao modelo acusatório, mitigado por um princípio da investigação, que permitiria a obtenção da verdade material⁴⁹. Assim, o processo seria dividido em duas fases distintas: a instrução e o julgamento. Enquanto a primeira se destinaria à procura e recolha de provas, encontrando-se a cargo do MP, a segunda materializaria os corolários do sistema acusatório, assentando da realização do julgamento, norteado pelos princípios da publicidade, oralidade e contraditório⁵⁰. Para além disso, ao julgador seriam facultados mecanismos jurídicos que lhe permitiriam ultrapassar a atividade probatória dos sujeitos na procura da verdade material.

3.2.2. O princípio da investigação

O princípio da investigação conhece consagração legal no art.340.º CPP, que permite ao tribunal ordenar oficiosamente a produção de meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa. Segundo Figueiredo Dias (1974: 192) este princípio não contraria a estrutura acusatória do processo, já que não prejudica a atividade probatória desenvolvida pelo MP. Assim, a principal consequência da previsão do princípio da investigação prende-se com a circunstância de o tribunal não mais se achar limitado às provas carreadas para o processo pelos restantes intervenientes processuais⁵¹. Consequentemente, deverá o juiz “*investigar e esclarecer oficiosamente o facto submetido a julgamento, procurando a determinação da verdade material*”⁵².

48 Art. 2.º/2 alínea 4) da Lei n.º 43/86 de 26 de setembro (Lei de Autorização Legislativa em matéria de processo penal).

49 Dias, 1974: 193; Silva, 2010: 73.

50 Neves, 2011: 64.

51 Dias, 1974: 192.

52 Silva, 2010: 101; Silva, 2011: 157. Nos termos do art.327.º/2 CPP, os meios de prova oficiosamente produzidos pelo tribunal encontram-se igualmente sujeitos ao princípio do contraditório.

Com efeito, a legislação processual penal contém diversas concretizações do princípio da investigação, garantindo a sua vigência em diferentes momentos⁵³. Como sublinha Mesquita (2011: 258) o recurso a este princípio encontra-se limitado aos casos em que tais diligências probatórias se afigurem necessárias à descoberta da verdade e à boa decisão da causa⁵⁴.

O próprio Tribunal Constitucional, no acórdão n.º 137/02⁵⁵, considerou que “*não há dúvida de que o princípio da investigação ou da verdade material, sem prejuízo da estrutura acusatória do processo penal português, tem valor constitucional*”. Todavia, não significa isto que o juiz se deva substituir à acusação ou à defesa, havendo que considerar, desde logo, os limites relativos ao objeto do processo⁵⁶. Na nossa opinião, e como veremos adiante, o princípio da investigação revelar-se-á extremamente útil na resolução das dúvidas do tribunal, emergentes da atividade probatória dos sujeitos processuais.

4. A relação entre os standards e os modelos de prova

Durante a nossa exposição procurámos antever as diferentes tarefas atribuíveis aos standards e aos modelos de prova na formação da convicção do julgador. Nesse contexto, defendemos que os modelos de prova traduzem a própria metodologia adotada pelo aplicador do direito, enquanto os standards surgem como um critério avaliador do resultado obtido.

Relativamente a estes modelos, referimos ainda⁵⁷ que o principal contributo desta categoria para o presente estudo se prende com a problemática do objeto dos standards da prova. Com efeito, consideramos que o percurso escolhido pelo julgador aquando da apreciação da prova influirá no resultado alcançado. Concretizando: a adoção da perspetiva argumentativa originará tendencialmente uma fundamentação individualizada relativamente a cada um dos elementos de prova apresentados, enquanto a aplicação do modelo narrativo preocupar-se-á em apresentar uma hipótese explicativa da sequência de eventos que terá conduzido à situação *sub judice*.

53 Arts. 53.º/1, 158.º, 179.º/1, 181.º/1 e 299.º e 323.º/a) e b) CPP.

54 No mesmo sentido, o art.124.º/1 CPP esclarece que “*constituem objeto da prova todos os factos juridicamente relevantes para a existência ou inexistência do crime, a punibilidade ou não punibilidade do arguido e a determinação da pena ou da medida de segurança aplicáveis*”.

55 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 137/02 (Sousa Brito).

56 Silva, 2011: 160.

57 Ponto 1.2.2 *supra*.

Por esse motivo, a breve incursão que empreenderemos neste capítulo pretenderá analisar as propostas de cada modelo, de forma a discernir as principais implicações para a questão referida. No capítulo 6 conheceremos as razões e as consequências da adoção de um destes modelos.

4.1. Modelos argumentativos

A primeira proposta a considerar reconduz-se aos modelos argumentativos. Estes modelos propõem que o processo de valoração da prova se efetive com recurso ao confronto entre argumentos inferidos a partir das provas recolhidas. Esta perspetiva assume um carácter atomístico, impondo a análise individualizada de cada meio de prova carreado para o processo⁵⁸.

De forma a compreender a sugestão deste modelo, exemplifiquemos o raciocínio a empregar: 1.º) o julgador é confrontado com um determinado meio de prova, p.e., as declarações de uma testemunha que afirma ter visto A disparar sobre B; 2.º) o aplicador socorre-se de regras da experiência⁵⁹ relevantes para a situação, *in casu*, se uma pessoa observou o evento X, isso *normalmente* permite concluir que o evento X ocorreu; 3.º) aplicando a máxima da experiência ao caso, o julgador formula o argumento: A disparou sobre B.

Sumariamente, diremos que este percurso se traduz na aplicação do silogismo condicional *modus ponens*⁶⁰ aos elementos de prova disponíveis. Como explicámos, o aplicador do direito formulará este tipo de inferências relativamente a todas as provas apresentadas no processo. Assim, surgirão naturalmente contra-argumentos que pretenderão sustentar a posição de cada um dos intervenientes processuais. Nessa altura, importará comparar os diferentes argumentos aduzidos⁶¹ com o intuito de discernir que factos se poderão considerar demonstrados.

De entre as vantagens do modelo argumentativo contam-se sobretudo a possibilidade de análise cuidada, rigorosa e pormenorizada de todos os elementos de prova, bem como a suscetibilidade de compreensão do raciocínio

58 Bex, 2013; Bex & Verheij, 2012: 326 Bex et al., 2010: 129-131; Bex et al., 2007: 148; Gordon & Walton, 2009: 241; Gordon et al., 2007: 877; Prakken & Sartor, 2011: 84.

59 Em inglês, *generalisations* ou *evidential generalisations*, por se aplicarem às provas (*evidence*) constantes do processo – Bex et al., 2010: 129.

60 Na terminologia sugerida por Walton & Reed, 2002 trata-se de *defeasible modus ponens*. Com efeito, a premissa maior apresenta-se como condicional, o que significa que a verdade das premissas garante a validade da conclusão.

61 Gordon & Walton, 2009: 240; Prakken & Sartor, 2011: 84.

que leva à comprovação de cada *factum probandum*⁶². Concomitantemente, esta abordagem permite a formulação de contra-argumentos relevantes, que, se afastados, reforçam as conclusões anteriormente alcançadas. Além disso, trata-se de um modelo predominantemente normativo, visto que apresenta ao julgador o caminho a percorrer aquando da valoração da prova⁶³.

No entanto, esta conceção atomista não permite a obtenção de uma visão de conjunto acerca das circunstâncias do caso⁶⁴. Deste modo, obriga o aplicador do direito a construir múltiplos argumentos, exigindo que se certifique da correspondência das premissas com a situação concreta, afastando todo e qualquer contra-argumento que infirme tal conclusão.

Atendendo a esta solução, os standards de prova aplicar-se-iam individualmente a cada um dos *facta probanda*. Posteriormente ao raciocínio descrito, o julgador deveria certificar-se do cumprimento do grau de convicção mínimo exigido⁶⁵. Assim, os standards surgiriam como forma de avaliar a qualidade das provas⁶⁶, com o intuito de aferir se aquele facto se poderia considerar provado.

4.1.1. A proposta de John Henry Wigmore

No contexto destes modelos abordaremos brevemente alguns contributos individuais. O primeiro reconduz-se à sugestão de Wigmore, por vezes identificado como o fundador do modelo argumentativo⁶⁷. O principal legado deste autor reconduz-se à elaboração de um modelo de representação gráfica do raciocínio subjacente ao processo de valoração da prova, conhecido como *Wigmore's chart* (fig. 1). Assim, partindo da distinção entre *factum probandum* e *facto probans*⁶⁸ propõe-se esquematizar as inferências que permitem a obtenção das diferentes proposições e a relação entre os argumentos com recurso a um diagrama argumentativo. Através deste método, Wigmore pretendeu expor possíveis razões para duvidar das conclusões alcançadas, assumindo um propósito mais crítico que construtivo⁶⁹.

62 Bex et al., 2010: 134.

63 Bex & Verheij 2012: 328.

64 Bex, 2013; Bex et al., 2010: 134; Pereira, 2013: 231.

65 Questão distinta seria a determinação do standard exigido para cada um dos elementos de prova.

66 Neste sentido, Haack, 2013: 78.

67 Assim, Bex, 2013.

68 *Factum probandum* refere-se à proposição ou argumento a ser estabelecido; *facto probans* consiste no material fáctico que suporta esse argumento – Wigmore, 1931: 5.

69 Bex, Prakken, Reed & Walton, 2003: 128-133.

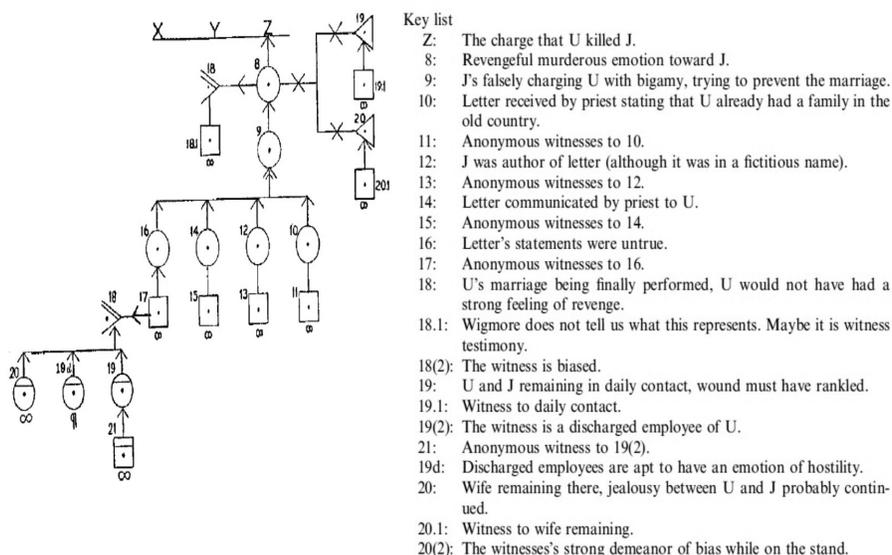


FIGURA 1 – Wigmore's chart para o caso Umilian⁷⁰

4.1.2. New Evidence Theory (NET)

Ainda no âmbito destes modelos, julgamos adequado olhar à conceção que consubstancia a evolução dos ditames do esquema argumentativo básico⁷¹. Esta proposta inspira-se na metodologia adotada por Wigmore, procurando esclarecer o papel das generalizações no processo de argumentação jurídica⁷². Neste sentido, pretende demonstrar que para além de graficamente representados, os argumentos podem sustentar diferentes hipóteses explicativas dos factos observados. Assim, a novidade introduzida por esta orientação reside na possibilidade de utilizar as máximas da experiência como elo de ligação

70 Este diagrama é apresentado e explicado em Wigmore, 1931: 62-66 e objeto de reflexão em Bex et al., 2003: 129-132. Por ora importa apenas dar conta que cada linha traduz uma inferência entre proposições; cada seta representa uma inferência dos factos para a proposição; cada quadrado corresponde a uma prova testemunhal; cada círculo a uma prova circunstancial; cada triângulo a uma prova que corrobora uma inferência; cada ângulo constitui uma prova "explicativa"; as duas barras na linha superior do ângulo indicam que a prova foi apresentada pelo arguido; o símbolo ∞ significa que a prova foi prestada perante autoridade judicial; a cruz em cima da linha dá conta de uma inferência "forte" e o ponto esclarece que aquele facto se considera demonstrado.

71 Apresentando a NET como um desenvolvimento da proposta de Wigmore Bex et al., 2003: 127; Bex et al., 2007: 147; Bex & Verheij, 2012: 328.

72 Bex et al., 2007: 147.

entre as provas constantes do processo e os argumentos que fundamentam as potenciais hipóteses explicativas. Concomitantemente, refere-se a necessidade de construir hipóteses a partir dos argumentos formulados. Fundamentalmente, a NET propõe a utilização destas generalizações na construção dos argumentos, a partir das provas disponíveis; posteriormente, tais argumentos poderão sustentar hipóteses explicativas. Contudo, esta perspectiva não poderá ainda ser encarada como um modelo híbrido uma vez que “*apesar de reconhecer a importância das narrativas na descoberta dos factos e na análise probatória, não as incorpora na Wigmore’s chart*” (Bex et al., 2007: 147), atribuindo-lhes um papel secundário.

4.2. Modelos narrativos

A emergência dos modelos narrativos explica-se, sobretudo, por uma constatação acerca da forma de assimilação da informação fornecida pelos elementos de prova. Efetivamente, os estudos de Pennington & Hastie (1986, 1988) demonstraram que os membros do júri se socorrem dos elementos de prova para construir narrativas ou histórias acerca do contexto em que o crime terá ocorrido. Seguidamente, comparam as narrativas elaboradas procurando determinar qual delas deverá ser aceite como a mais plausível⁷³.

Nesse sentido, segundo a perspectiva narrativa deverão integrar-se as diferentes provas recolhidas em “*sequências cronológicas e coerentes de eventos acerca do que poderá ter acontecido no caso*” (Bex & Verheij, 2010: 74). Desta forma, articulam-se os dados fornecidos pelos elementos de prova constantes do processo, construindo narrativas que deem conta das (possíveis) causas das observações verificadas⁷⁴. A determinação de tais causas será feita com recurso a um raciocínio abduutivo⁷⁵: admitindo que à causa *C* corresponde o efeito *E*, a verificação do efeito *E* permite inferir a ocorrência da causa *C*.

Transpondo esta estrutura para a realidade jurídica, o modelo narrativo impele o decisor a conceber diferentes hipóteses (causas) que possam explicar o crime (efeito/consequência). Em seguida, será necessário avaliar os diversos cenários construídos de modo a escolher uma única história. Por esse motivo,

73 A previsão de narrativas alternativas constitui uma concretização da proposta da *Inference to the Best Explanation* (IBE). Com efeito, um raciocínio puramente abduutivo admitiria a construção de apenas uma narrativa.

74 Nas palavras de Bex & Verheij, 2010: 74 “*in this approach, the evidential data in the case should be causally explained by such hypothetical stories through abductive inference*”.

75 Acerca do raciocínio abduutivo aplicado neste contexto Bex & Verheij, 2010: 75; Bex & Walton, 2010.

importa distinguir três momentos na aplicação deste modelo: *i*) o processo de construção das narrativas; *ii*) representação das possibilidades de decisão; *iii*) a análise das hipóteses apresentadas⁷⁶.

Como vimos, a elaboração de diferentes cenários consiste em olhar para as provas recolhidas e elencar possíveis hipóteses explicativas. Essas potenciais causas são-nos dadas, as mais das vezes, por regras da experiência comum. Por exemplo: no caso *Commonwealth of Massachusetts v. Johnson*⁷⁷ a constatação de que o arguido trazia consigo uma navalha no dia do crime poderia ser explicada considerando que esse era um hábito de Johnson ou admitindo que a teria ido buscar com o propósito de matar a vítima.

Raciocínio semelhante deve ser aplicado aos restantes elementos de prova constantes do processo, não se prevendo a construção de quaisquer argumentos. Sobretudo, importa lembrar que a narrativa deve conter uma ação principal – normalmente a prática do facto típico – que determina a relevância dos restantes elementos⁷⁸. Com efeito, na perspetiva narrativa as provas são conjugadas numa sequência de episódios⁷⁹ que origina uma história capaz de explicar os factos observados. As relações expressas em cada episódio incluem as situações que despoletam determinados estados psicológicos do arguido (*initiating events; psychological states*), e que se traduzem na formulação de certos objetivos (*goals*); esses propósitos impulsionam posteriores atitudes (*actions*), que explicam um determinado resultado (*consequences*)⁸⁰. Pennington & Hastie, (1986: 243) referem ainda os *physical states* que poderão relevar num momento inicial, permitindo a adoção de certos comportamentos; ou como resultado desse contexto prévio, dando origem a certos estados mentais ou intenções. Naturalmente que as concretas provas apresentadas delimitam as narrativas a construir, sendo inclusive possível (e desejável) que estabeleçam entre si uma relação causal ou temporal⁸¹.

O segundo momento referido, relativo à representação das possibilidades de decisão, encontra-se pensado sobretudo para o júri americano. Como sabemos,

76 Pennington & Hastie, 1986: 243.

77 Caso utilizado nas experiências realizadas por Pennington & Hastie, 1986 e 1988.

78 Verheij & Bex, 2009.

79 *Episode schema* na terminologia de Pennington & Hastie, 1986: 243 “describes a general knowledge structure representing a standard event sequence for events in both the real world and in stories”.

80 Bex & Verheij, 2010: 74; Pennington & Hastie, 1986: 243.

81 Pennington & Hastie, 1986: 254.

o júri recebe instruções do juiz acerca dos veredictos possíveis em cada caso. Nesse contexto, esta fase relaciona-se com a necessidade de compreender as características específicas de cada um dos tipos de crime potencialmente aplicáveis⁸². Na realidade processual penal portuguesa, em que a intervenção júri não será tão frequente, esta etapa não assumirá idêntica relevância. Contudo, parece-nos ainda assim importante, uma vez que permite chamar a atenção para os traços específicos de certos tipos de crime privilegiados e qualificados, bem como para os contornos das diferentes incriminações de perigo.

A avaliação das hipóteses consiste, *grosso modo*, na determinação da melhor narrativa apresentada⁸³. De acordo com Bex (2009) os critérios de análise das narrativas reconduzem-se à *abrangência*⁸⁴ e à *coerência*. A primeira refere-se à quantidade de provas apresentadas abrangidas pela hipótese; a coerência, por seu turno, divide-se em três subcritérios: *i) consistência* – reporta-se à inexistência de contradições internas entre as diferentes partes da narrativa; *ii) plausibilidade* – consiste na conformidade da história com o senso comum do decisor; *iii) completude*: exige que a narrativa global contenha todos os elementos referidos na estrutura do episódio (contexto inicial, estados psicológicos, objetivos ou intenções, ações, consequências e, eventualmente, estados físicos).

Assim, o modelo narrativo pode ser caracterizado como predominantemente descritivo, causal, dialético e holístico⁸⁵. Efetivamente, o propósito do modelo narrativo reconduz-se a reproduzir o cenário em que a comissão do facto típico ocorreu, propondo o estabelecimento de uma relação causal entre os diferentes meios de prova constantes do processo. No permanente processo de construção das narrativas, são relevantes as regras da experiência, que permitem conceber diferentes hipóteses explicativas, sugerindo cenários díspares. Como vimos, o modelo narrativo procura incluir as provas recolhidas numa história coerente, o que significa que as encara de uma forma global, como um todo, fornecendo assim uma visão de conjunto.

Não obstante, têm sido elencadas algumas desvantagens desta perspetiva, relacionadas sobretudo com a circunstância de as provas nem sempre se

82 Pennington & Hastie, 1986: 244 resumem estas características à identidade do agente, conduta típica, contexto e estado mentais (dolo e culpa), citando Kaplan.

83 Sobre este ponto Bex & Bench-Capon, 2013; Bex & Verheij, 2013: 257; Pereira, 2013: 232.

84 A doutrina norte-americana utiliza a expressão *coverage* (cobertura) para se referir a este critério. Todavia, atendendo ao sentido que lhe é atribuído, pareceu-nos mais adequado optar pelo termo *abrangência* para retratar a ideia subjacente.

85 Bex & Verheij, 2012: 328; Bex & Verheij, 2010: 75; Pereira, 2013: 232.

encaixarem bem na narrativa e da impossibilidade de determinação individual da relevância de cada prova⁸⁶. Para além disso, importa indagar da suscetibilidade de preencher as chamadas *evidential gaps*⁸⁷ através da inclusão dos *facta probanda* numa narrativa coerente.

4.3. Modelos híbridos

As desvantagens apontadas aos modelos argumentativo e narrativo justificaram o desenvolvimento de uma teoria híbrida, que procurou colmatar essas falhas. A proposta do modelo híbrido consiste em congregar as vantagens de cada uma das teorias, aplicando-as em momentos distintos do processo de valoração da prova.

Assim, referindo que a distinção entre a racionalidade narrativa e argumentativa surge como artificial, Bex & Verheij (2012: 328) apresentam uma teoria híbrida argumentativo-narrativa para a IBE (Inference to the Best Explanation). De acordo com esta perspetiva, os factos que carecem de demonstração serão explicados a partir da construção de diferentes hipóteses⁸⁸. Dessa forma, o primeiro passo sugerido pelo modelo híbrido identifica-se com a metodologia da teoria narrativa.

No entanto, a vertente argumentativa assume posteriormente uma função de indubitável relevância: a de testar as narrativas construídas⁸⁹. Esta função concretiza-se através do *evidential support* (suporte probatório) e da *evidential contradiction* (refutação probatória). O primeiro refere-se à correspondência entre as provas constantes do processo e a hipótese em causa: sinteticamente, volta-se à análise atomística de cada um dos elementos de prova para formular argumentos que sustentam uma determinada narrativa⁹⁰. Diferentemente, a *evidential contradiction* traduz a vertente dialética desta perspetiva híbrida prevendo que se procurem elementos de prova capazes de contrariar as histórias elaboradas: trata-se, de certo modo, de um critério de falsificabilidade, que se destina a comprovar a capacidade explicativa da narrativa⁹¹.

86 Bex & Verheij, 2010: 75.

87 Bex & Verheij, 2012: 341; Bex & Verheij, 2013: 267: Trata-se de lacunas probatórias, *i.e.*, situações em que um determinado facto não se encontra demonstrado por qualquer prova direta.

88 Bex & Verheij, 2013: 329; Bex, Prakken & Verheij, 2006.

89 Bex, 2009: 7; Lopes, 2011: 231 – aludindo à necessidade de se articular uma valoração individualizada com uma perspetiva global.

90 Bex & Verheij, 2012: 329.

91 Bex & Verheij, 2012: 331, 345.

Nas palavras dos precursores desta conceção, o modelo híbrido considera que “*stories can be used for constructing intelligible hypotheses about what happened in an intuitive way and arguments can be used to connect the evidence to these stories and to reason about the stories and the evidence in a greater detail*”⁹².

A fase seguinte consiste na escolha da narrativa que melhor explica os *facta probanda*. Neste ponto, sublinhe-se que as hipóteses potencialmente selecionáveis passaram já o crivo da refutação probatória – o que à partida sugere que nenhum elemento de prova relevante contraria as referidas narrativas a ponto de implicar a sua desconsideração⁹³. Aqui, retomamos a estrutura narrativa para aferir da coerência de cada uma das histórias, indagando da sua consistência, completude e plausibilidade⁹⁴.

Ponto igualmente interessante deste modelo proposto por Bex & Verheij refere-se às chamadas *critical questions* (perguntas/questões críticas). Num texto datado de 2012⁹⁵ os autores propõem um conjunto de seis questões⁹⁶ que poderiam ser colocadas em qualquer fase do processo, e que pretendiam avaliar permanentemente cada uma das narrativas construídas. Assim, não se trataria apenas de comparar as várias hipóteses apresentadas entre si.

Como vimos, a perspetiva híbrida atribui equivalente relevância às abordagens argumentativa e narrativa. Por esse motivo, têm recorrido alguns autores⁹⁷ à ideia de *communicating vessels* (vasos comunicantes) para traduzir a relação estabelecida neste contexto entre argumentos e narrativas. Com esta expressão pretende sublinhar-se que as alterações verificadas no contexto argumentativo se repercutem na vertente narrativa e *vice-versa*. Desta ideia decorre ainda a possibilidade de privilegiar uma das abordagens em diferentes casos, ou mesmo

92 Bex & Verheij, 2010: 77.

93 Bex & Verheij, 2012: 331.

94 Nos termos descritos em 4.2. *supra*.

95 Bex & Verheij, 2012: 339. Fazendo repercutir estes critérios no momento da avaliação da fundamentação da sentença Lopes, 2011: 216.

96 1 – *Are the facts of the case sufficiently explicit in a story?*; 2 – *Is the story sufficiently supported by evidence?*; 3 – *Is the support that the evidence gives to the story sufficiently relevant and strong?*; 4 – *Has the story itself been sufficiently critically assessed?*; 5 – *Have alternative stories been sufficiently taken into account?*; 6 – *Have all opposing reasons been weighed?*

97 Bex & Verheij, 2012: 334; Pereira, 2013: 232.

em aspetos diversos do mesmo caso. Significa isto que deveremos seleccionar a perspetiva adequada à resposta que pretendemos encontrar⁹⁸.

Independentemente da estrutura que se afigure mais adequada em cada contexto, importa compreender o papel atribuído pela teoria híbrida aos conhecimentos do senso comum, materializados nas regras da experiência. Segundo Pereira (2013: 232) este tipo de conhecimento releva de duas formas distintas: por um lado, exige-se um domínio das regras práticas da inferência, *i.e.*, a capacidade de proceder a generalizações através de máximas da experiência que permitam atingir conclusões; por outro, impõe-se o conhecimento dos cenários típicos de certos eventos, através da estrutura de episódios⁹⁹. De acordo com Bex & Verheij (2012: 336) os primeiros correspondem a *argumentation schemes* (esquemas argumentativos) e os segundos a *story schemes* (esquemas narrativos).

Como inicialmente referimos, a principal vantagem desta conceção reconduz-se à articulação proposta entre os contributos do modelo narrativo e argumentativo. De facto, a construção sugerida permite estabelecer uma relação entre os elementos de prova, os argumentos e as narrativas, desembocando numa visão global que não descarta a relevância de cada *factum probandum*¹⁰⁰. Paralelamente, fornece ao julgador instrumentos adequados às suas diferentes necessidades, possibilitando um tratamento dinâmico dos diversos elementos de prova.

No entanto, Aroso Linhares (2012) dirige algumas críticas a esta tão apelativa proposta. Assim, um primeiro comentário refere-se à pretensa indiscutível cisão, pressuposta por Bex e seus seguidores, entre aspectos normativos e não-normativos *i.e.*, ao critério a-problemático que permitiria distinguir entre raciocínio jurídico do não jurídico¹⁰¹. A partir daqui, a proposta de Bex assume que a atividade inerente à valoração da prova e à “descoberta” dos factos (*factual reasoning*) surge não como um raciocínio jurídico mas sim como um *commonsense reasoning* aplicado num contexto jurídico¹⁰². Desse modo, os

98 Bex & Verheij, 2012: 335 fornecem o seguinte exemplo: se a decisão da causa se acha dependente de um único facto – a localização do arguido, num determinado momento – a formulação de hipóteses alternativas não se afigura tão relevante como a análise e confronto de todos os argumentos relativos a este facto.

99 A este propósito ver ponto 4.2 *supra*.

100 Neste sentido, Pereira, 2013: 233.

101 Linhares, 2012: 74: “it also lies in the a-problematically optimistic (non-aporetic) version of the scission between normative and non-normative domains (*i.e.*, juridical and non-juridical reasoning).

102 Linhares, 2012: 75.

conceitos de narrativa e argumento apresentados por esta conceção afiguram-se demasiado limitados para traduzir os problemas subjacentes a esta temática¹⁰³. Todavia, o autor reconhece (2012: 77) que “*this narrow one-dimensional theoretical frame*” contém um importante contributo: a comparação dialética não só de diferentes hipóteses como também de histórias alternativas, em busca da melhor história.

5. Método probabilístico

Outro tipo de raciocínio empregue no processo de valoração da prova e na argumentação jurídica reconduz-se ao método probabilístico. Cumpre desde já sublinhar que esta perspetiva não pretende solucionar as mesmas questões que os modelos anteriormente referidos. Com efeito, o recurso a noções probabilísticas pode verificar-se tanto no âmbito de uma perspetiva estritamente argumentativa como no contexto de modelos narrativos. Por esse motivo, entendemos adequado abordar separadamente esta temática, surgindo aqui como capítulo autónomo.

Como mencionámos em momento anterior¹⁰⁴, a possibilidade de quantificar os standards de prova tem sido estudada por alguma doutrina, com o intuito de responder à necessidade de objetivação destes graus de convicção. Na mesma altura, sublinhámos que os standards de *preponderance of evidence* e *clear and convincing evidence* utilizavam conceitos probabilísticos na sua definição. Deste modo, diremos que as propostas agora analisadas se relacionam, em certa medida, com esta visão quantitativa dos standards da prova. Para quem assim entenda, o processo de valoração da prova consistirá na atribuição de valores correspondentes à probabilidade de verificação de um determinado evento ou à verosimilhança de cada hipótese apresentada. Por esse motivo, importa analisar o percurso que conduz à quantificação de tais realidades.

5.1. Probabilidade objetiva

O cálculo probabilístico surge-nos tradicionalmente como uma ferramenta de previsão, *i.e.*, como um meio de determinação da possibilidade de verificação um dado evento. Para este efeito, atribui-se um valor com base num conjunto de observações pretéritas¹⁰⁵ que permitem antecipar os possíveis desfechos.

103 Linhares, 2012: 75, 76; Pereira, 2013: 234.

104 *Supra*, 1.1.

105 Callen, 1981: 4; Rego, 2013: 121.

Como sabemos, a atividade probatória efetivada no tribunal reporta-se a eventos passados, visando demonstrar a comprovação de factos e a ocorrência de certas situações. Deste modo, o recurso nestes moldes à teoria das probabilidades em sede judicial só poderia ter lugar se nos socorrêssemos de estatísticas dos casos anteriormente decididos como base para a atribuição de um valor¹⁰⁶.

Naturalmente que a utilização destes mecanismos coloca inúmeros problemas como a má qualidade da amostra – claramente enviesada e sem garantia de correspondência com a realidade¹⁰⁷; a possível desconsideração dos casos excecionais e um aumento exponencial das hipóteses de verificação de falsos positivos.

Outro ponto igualmente relevante prende-se com as considerações apresentadas acerca do princípio da livre apreciação da prova. Como verificámos, a convicção do julgador será uma convicção objetivável e motivável, mas pessoal. Defender uma dependência de critérios de natureza probabilística não implica introduzir, na mente do aplicador, dados suscetíveis de influenciar o sentido da sua decisão¹⁰⁸?

Conscientes destas dificuldades, os adeptos de uma visão probabilística do processo de valoração da prova procuraram desenhar uma alternativa capaz de se adequar às especificidades da atividade probatória judicial.

5.2. Probabilidade subjectiva ou Bayesiana

A ideia de probabilidade subjetiva pode ser reconduzida, *grasso modo*, ao chamado teorema de Bayes¹⁰⁹. Neste contexto, o teorema pretende representar o efeito que a introdução de uma nova prova terá na probabilidade de verificação de um facto¹¹⁰. Num primeiro momento, importa estabelecer a probabilidade *a priori* – *i.e.*, o nível de confiança do observador quanto à verificação (pretérita) de um facto, com base nos dados de que dispõe nesse

106 Callen, 1981: 5 exemplifica com o seguinte enunciado: Todos os homicídios de mulheres casadas são cometidos pelo cônjuge; A vítima era uma mulher casada; O arguido é o seu cônjuge; Logo, o arguido cometeu o crime. O que equivale a afirmar que a probabilidade de o arguido ter cometido o crime seria de 100%.

107 Bex et al., 2003: 126-127.

108 Friedman, 2000: 887.

109 O Bayesianismo subjetivo implica uma interpretação específica da probabilidade (como graus de convicção) e um uso específico do teorema de Bayes, Haack, 2013: 83.

110 Allen, 2013: 48; Haack, 2013: 77; Friedman, 2000: 874.

momento; seguidamente, haverá que determinar a probabilidade *a posteriori* – que representa a probabilidade de verificação do facto tendo em conta a nova prova introduzida¹¹¹. Sem entrar aqui em grandes precisões técnicas, importa reter que o propósito deste teorema seria o de traduzir a variação dos graus de convicção perante a introdução de provas novas¹¹².

Aparentemente esta perspetiva não exigiria uma quantificação das probabilidades em causa, partindo apenas da convicção de que as pessoas agem de acordo com probabilidades implícitas¹¹³. No mesmo sentido se pronunciam Tillers & Gottfried (2006: 142) afirmando que apesar de não ser possível usar as estatísticas sem recorrer a probabilidades, poderemos usar as probabilidades sem recorrer às estatísticas. Equivale isto a encarar o raciocínio probabilístico como um conceito operativo que se encontraria subjacente ao processo de formação da convicção do julgador.

Neste sentido, não se imporá qualquer quantificação do grau de convicção do julgador – visto que os standards de prova apenas se refeririam à noção de probabilidade com o intuito de traduzir este mecanismo de avaliação próprio do esquema mental humano. Assim, as tentativas de recondução destes níveis de convencimento a um valor fixo e determinado revelar-se-iam despidiendas e infrutíferas.

6. As consequências da adoção de um modelo híbrido na valoração da prova

6.1. A necessidade de utilização de um modelo híbrido

Como vimos, a superação das dificuldades sentidas pelos modelos argumentativo e narrativo corresponde à afirmação de um modelo híbrido no processo de valoração da prova. No entanto, nem mesmo esta proposta escapa a algumas críticas, sobretudo dirigidas ao conceito de argumentos e narrativas empregues por Bex e seus seguidores. Ainda assim, mesmo a visão “corrigida” apresentada por Pereira (2013: 246) assume os pressupostos definidos pelos criadores desta teoria, reconduzindo-se igualmente a um modelo híbrido. Neste sentido, independentemente das críticas apresentadas, parece indubitável que apenas um modelo deste tipo fornecerá uma solução razoável para o processo de valoração

111 *Prior odds e posterior odds* de acordo com Friedman, 2000: 875.

112 Haack, 2013: 83.

113 Friedman, 2000: 874.

da prova. Desta forma, julgamos estabelecida a necessidade de utilização de um modelo híbrido no contexto que nos ocupa.

Neste ponto importa recordar que a análise empreendida a propósito dos diferentes modelos de prova surgiu como ponto prévio do nosso estudo. Efetivamente, a relevância deste tópico reconduz-se à determinação do objeto dos standards de prova, *i.e.*, à fixação da matéria a que estes standards se pretendem aplicar. Por esse motivo, importa agora analisar as consequências da adoção de um modelo híbrido na determinação do objeto dos standards de prova.

6.2. Standards de prova e modelo híbrido

Nas páginas precedentes concluídos que o modelo híbrido poderá ser resumido, *grosso modo*, em quatro momentos distintos: *i)* numa primeira fase, constroem-se as diferentes narrativas capazes de explicar as diferentes provas constantes do processo; *ii)* o segundo passo caracteriza-se pelo recurso ao esquema argumentativo com o intuito de confirmar ou infirmar os episódios das várias histórias elaboradas, constituindo assim um primeiro teste à estrutura dessas hipóteses; *iii)* numa terceira etapa, comparamos as narrativas testadas, procurando determinar qual a melhor narrativa (através dos critérios de coerência, consistência, plausibilidade e completude); *iv)* um eventual quarto passo consistirá numa posterior avaliação da melhor narrativa, recorrendo, *p.e.*, à técnica das *critical questions*¹¹⁴.

No início deste trabalho, verificámos que os standards de prova consistem num grau de convicção, *i.e.*, na medida de convencimento exigida para considerar demonstrado um determinado facto ou verificada uma certa hipótese. Ora, o que o modelo híbrido nos fornece, a partir do primeiro momento, são narrativas que pretendem ser avaliadas. Ou seja, nos diferentes passos do processo de valoração da prova, o julgador é confrontado com diferentes cenários que pretendem explicar o contexto em que o crime ocorreu. Mesmo no segundo momento, em que se recorre ao modelo argumentativo, pretende-se utilizá-lo num contexto narrativo, como forma de confirmação ou negação de uma determinada hipótese. Deste modo, traduzindo os standards um grau de convicção ou uma medida de convencimento, comportam-se como um critério de avaliação permanente dos resultados obtidos; se a maioria dos resultados fornecidos pelo modelo híbrido são narrativas, os standards serão aplicados, tendencialmente, às diferentes hipóteses formuladas.

114 Sobre este aspeto, em concreto, ponto 4.3 *supra*.

6.3. As narrativas como objeto típico dos standards de prova

Segundo Bex & Verheij (2012: 332) “*it can be argued that standards of proof, particularly that of beyond reasonable doubt are easier modelled using explanatory stories than arguments*”. Com efeito, os estudos de Pennington & Hastie (1986, 1988) demonstraram que a forma natural de tratamento dos dados probatórios se reconduz à construção de narrativas.

Uma primeira observação relevante neste contexto prende-se com o facto de apresentarmos as narrativas como o objeto *típico* dos standards de prova. Como referimos no ponto anterior, diremos que essa será a regra na maioria dos casos em que se aplique a proposta híbrida. No entanto, importa não negligenciar a ideia de “vasos comunicantes” já mencionada. Como sublinhámos em momento próprio, as relações estabelecidas entre os argumentos e as narrativas neste modelo permitem adaptar a abordagem em função da questão a responder. Isto significaria então que quando se privilegiasse substancialmente uma perspetiva argumentativa, a aplicação dos standards referir-se-ia a cada uma das provas a valorar. Todavia, atentas as dificuldades de tal aplicação – que seguidamente apresentaremos – parece-nos que a menos que se recorra apenas ao modelo argumentativo, os standards de prova aplicar-se-ão às narrativas construídas¹¹⁵.

Do nosso ponto de vista, a inviabilidade de aplicação dos standards a cada prova individualmente considerada ou aos argumentos formulados¹¹⁶ decorre sobretudo de três constatações:

1) Minoraria substancialmente uma das grandes vantagens do modelo híbrido – a perspetiva holística: um dos principais contributos do modelo híbrido consiste na suscetibilidade de articulação entre os diferentes elementos de prova constantes do processo, fornecendo assim uma visão de conjunto. Esta abordagem global permite colmatar as chamadas *evidential gaps*, procurando uma reprodução das circunstâncias em que ocorreu o crime. Assim, aplicar os standards individualmente, a cada prova constante do processo, equivaleria a sacrificar esta possibilidade de compreender a relação entre os diferentes factos, prejudicando uma perceção completa do contexto criminoso;

115 Nesse caso, a discussão não será feita nestes termos, visto que estaremos aí perante a relação entre os standards de prova e o modelo argumentativo, que não corresponde à nossa atual preocupação.

116 Neste ponto pretendemos apenas confrontar a possibilidade de aplicação dos standards às narrativas com a suscetibilidade de aplicação individual, a cada facto. Por isso, neste contexto distinguiremos somente entre a perspetiva holística (narrativas) e a atomística (provas e argumentos).

2) Replicaria inutilmente a função desempenhada pelas regras da experiência na vertente argumentativa do modelo híbrido: como vimos, os argumentos formulados a partir de cada elemento de prova baseiam-se em regras da experiência que nos indicam o que normalmente acontece (*id quod plerumque accidit*). Neste sentido, as máximas da experiência pretendem sustentar a própria conclusão, *i.e.*, à partida, cada argumento encontra-se suficientemente fundamentado por essa regra da experiência que nos conduz àquela conclusão. Concretizando um pouco mais, diremos que as máximas da experiência contêm um determinado grau de convicção associado. Se os standards de prova avaliam o grau de convicção necessário para considerar um determinado facto como provado, isso significa que, quando muito, aos standards caberia comprovar a concreta aplicabilidade da máxima à situação descrita¹¹⁷. Ora, essa função é desempenhada pela formulação de contra-argumentos.

3) Dificuldade de determinação do grau de convicção exigível para cada prova: poder-se-ia conceber a aplicação dos standards de prova como método de comparação entre os diversos argumentos elaborados. De acordo com esta visão, sujeitar-se-iam argumentos e contra-argumentos ao crivo dos standards com o intuito de averiguar qual prevaleceria. Todavia, importa equacionar a possibilidade de os standards concretamente aplicáveis serem distintos: como sabemos, um mesmo facto pode ser sustentado e infirmado por diferentes meios de prova; ou seja, o argumento a) pode basear-se numa prova testemunhal e corroborar a verificação do facto X enquanto o contra-argumento 1) pode ter resultado de uma escuta telefónica e infirmar a verificação do facto X. Os standards aplicáveis a cada uma das situações devem ser idênticos? Como é que se define o standard aplicável a cada meio de prova? Essa determinação não deveria variar em função das demais provas existentes no processo? Esta definição não contraria o princípio da livre apreciação, aproximando-se ao sistema de prova legal?

Tendo em conta estas interrogações, entendemos que os standards de prova devem funcionar, inicialmente, como critério de comparação de narrativas, desempenhando, numa fase final, uma função de avaliação da melhor narrativa elaborada.

117 No exemplo fornecido *supra* 4.1: a testemunha X afirmou ter visto A disparar sobre B; as testemunhas normalmente dizem a verdade; A disparou sobre B. Neste caso, a avaliação recairia sobre a aplicabilidade da segunda premissa *i.e.*, que grau de convicção se exigiria para que o julgador se achasse convicto de que aquela testemunha tinha dito a verdade.

Constatámos anteriormente que o modelo híbrido nos vai apresentando várias narrativas ao longo do processo. Assim, os standards de prova acompanham esse permanente desenvolver de hipóteses, assumindo-se como um critério de comparação entre elas. Com efeito, nas fases embrionárias do processo não dispomos de uma história suficientemente estruturada e por isso recorreremos ao confronto entre os possíveis cenários. Neste contexto, os standards de prova assumem uma função gradativa, em paralelo com o papel desempenhado pela coerência, consistência, completude e plausibilidade. A sua aplicação pretenderá apenas indicar quais das narrativas se encontram mais próximas de cumprir o standard aplicável, traduzindo assim um juízo relativo.

Posteriormente, verificaremos se a narrativa selecionada preenche o standard de prova concretamente aplicável. Trata-se aqui não de um juízo relativo mas absoluto, em que se pretende uma vez mais garantir o cumprimento dos princípios fundamentais do processo penal.

7. Uma abordagem dinâmica: os standards de prova ao longo do processo

Antes de passarmos à análise da função dos standards de prova ao longo do processo, importa delimitar com rigor a preocupação que nos ocupará nas próximas páginas. Desde logo, a reflexão anteriormente encetada permitiu-nos detetar uma multiplicidade de questões sugeridas pela temática dos standards de prova. Contudo, não poderíamos dedicar a todas um tratamento adequado nesta sede. Por esse motivo, este último capítulo debruçar-se-á apenas sobre a vertente pragmática dos standards nas diferentes fases do processo. Significa isto que não iremos determinar se os standards de prova variam ao longo do processo – *i.e.*, não procuraremos aprofundar se os diferentes graus de convicção apontados anteriormente¹¹⁸ se poderão reconduzir a diversos standards dentro do próprio processo penal; conseqüentemente, não abordaremos a relevância da existência de um único standard no sistema processual penal americano (*beyond reasonable doubt*); finalmente, não desenvolveremos os requisitos de preenchimento de cada standard para além do apresentado no contexto dos modelos de prova. Assim, o problema que por ora nos ocupa prende-se somente com a função processual dos standards e não com a análise do seu conteúdo.

Este capítulo inspira-se sobretudo na ideia expressa por Bex (2009) de que a utilização dos esquemas narrativos se acha influenciada pelos concretos propósitos de quem deles se serve. Assim, um jurado ou um juiz pode empregá-los

118 Capítulo 2, *supra*.

para analisar uma determinada narrativa, um advogado pode socorrer-se destes esquemas para construir uma hipótese persuasiva e o investigador pode a partir deles construir diferentes cenários que permitem orientar a sua atividade¹¹⁹. Estabelecida a relação entre os standards e os modelos de prova, partiremos desta convicção para ensaiar o contributo destes standards ao longo do processo.

7.1. No inquérito e na instrução

O art. 262.º/1 CPP apresenta-nos como propósito da fase de inquérito a decisão sobre a acusação, estabelecendo o art. 263.º/1 CPP que a direção do inquérito cabe ao MP, assistido pelos órgãos de polícia criminal (OPC). Neste sentido, a atuação do MP e dos OPC dirige-se a um fim comum: a dedução de uma acusação (art. 283.º CPP¹²⁰) ou o arquivamento do inquérito (art. 277.º/1 e 2 CPP). Apesar desse “objetivo comum” as tarefas desempenhadas por cada um dos intervenientes não são idênticas¹²¹, o que se repercutirá na concreta função atribuída aos standards de prova. Considerando o disposto nos arts. 277.º/1 e 2 e 283.º/1 e 2 CPP diremos que os desfechos possíveis do inquérito relevantes para o nosso estudo se reconduzem a três cenários típicos¹²²: *i) arquivamento* por existência de *prova bastante* da *não verificação* do crime (art. 277.º/1 CPP); *ii) arquivamento* por *não terem sido recolhidos indícios suficientes* da verificação do crime (art. 277.º/2 CPP); *iii) dedução da acusação* na sequência da recolha de *indícios suficientes* de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente (art. 283.º/1 e 2 CPP).

Assim, atendendo às finalidades atribuídas ao inquérito (art. 262.º/1 CPP) poderemos afirmar que tanto os OPC como MP se encontram vinculados ao mesmo standard de prova: a verificação da (in)existência de indícios suficientes¹²³. Contudo, se os OPC devem procurar tais indícios ao longo da investigação, o papel do MP será o de numa fase posterior avaliar a suficiência das provas recolhidas.

119 Sublinhando igualmente este ponto Taruffo, 2010: 57.

120 Nos casos de crimes particulares, o MP poderá acompanhar a acusação deduzida pelo assistente nos termos do art. 285.º/1, 2 e 4.º CPP. Também nessas situações se exige a existência de indícios suficientes da verificação do crime e de quem foram os seus agentes, pelo que trataremos as duas situações em simultâneo.

121 De acordo com o preceituado nos arts. 53.º, 55.º, 56.º, 263.º, 267.º CPP e da própria Lei de Organização da Investigação Criminal (Lei n.º 49/2008, de 27 de agosto).

122 Referindo-se a todos os possíveis conteúdos do despacho final do inquérito Albuquerque, 2011: 740.

123 Acerca da noção de indícios suficientes Neves, 2011: 39 e ss.; Palma, 2005; Silveira, 2004.

Neste ponto urge relembrar a importância dos modelos de prova enquanto objeto dos próprios standards. De acordo com Bex & Verheij (2012: 335) num momento inicial será útil considerar cenários e generalizações menos plausíveis de forma a não restringir demasiado a investigação. Nesse sentido, o modelo híbrido permitirá encaminhar o investigador na procura de novas provas capazes de corroborar ou infirmar os diferentes cenários previamente elaborados¹²⁴. Consequentemente, a função dos standards de prova reconduz-se aqui à constante avaliação das narrativas construídas, permitindo que os OPC verifiquem se uma determinada hipótese se encontra suficientemente demonstrada. Concomitantemente, a indagação acerca da existência de indícios suficientes possibilitará a identificação dos elementos de prova em falta numa determinada narrativa, direcionando a atuação dos OPC. De facto, este é o percurso intuitivamente seguido pelos investigadores.

Outra função relevante desempenhada pelos standards de prova no inquérito e na instrução é a de verdadeiro critério de decisão, *i.e.*, fundamento da opção tomada relativamente ao prosseguimento do processo.

No que concerne à atuação do MP, a intervenção mais relevante prende-se com a dedução da acusação ou arquivamento do processo¹²⁵. Como constatámos, haverá que ajuizar acerca da obtenção de indícios suficientes da verificação do crime e de quem foi o seu agente. Nesse sentido, a decisão de acusação ou arquivamento reconduz-se à confirmação ou negação do preenchimento de um standard de prova – o de indícios suficientes. O próprio art. 283.º/2 CPP procura concretizar o conteúdo deste grau de convicção, exigindo no n.º 3 *b*) que a acusação contenha uma narração sintética do contexto em que o crime terá ocorrido. Intuitivamente, esta exigência relembra-nos os elementos elencados por Pennington & Hastie (1986, 1988)¹²⁶ para a avaliação da completude de uma narrativa. Por esse motivo, parece-nos legítimo identificar a noção de “indícios suficientes” como standard de prova determinante na decisão de acusação ou arquivamento.

Igualmente relevante na fase de inquérito é o papel desempenhado pelo JIC (Juiz de Instrução Criminal). Desde logo, a aplicação de medidas de coação é

124 Bex & Verheij, 2013: 9; Bex, 2009.

125 Os modelos e standards de prova poderão revelar-se igualmente úteis quando o MP interrogue o arguido (art. 143.º e 144.º/1 CPP), *p.e.* identificando as questões mais prementes para efeitos de validação da sua detenção e libertação (art. 382.º/3 CPP).

126 *Initiating events; psychological states, goals, actions, consequences e physical states* referidos no ponto 4.2 *supra*.

um ato reservado a esse juiz (art. 268.º/1b) CPP). Como sabemos, a aplicação de tais medidas depende da verificação de requisitos gerais – constantes do art. 204.º CPP – e de requisitos específicos – elencados nos preceitos relativos a cada medida de coação. Assim, nos casos de proibição e imposição de condutas (art. 200.º CPP), de obrigação de permanência na habitação (art. 201.º CPP) e de prisão preventiva (art. 202.º CPP) exige-se a verificação de *fortes indícios* da prática de crime doloso punível com uma determinada pena¹²⁷.

Uma vez mais, pede-se ao julgador que avalie as provas constantes do processo com o intuito de proferir uma decisão. Nestes casos, solicita-se que o JIC encontre indícios fortes da prática do crime em causa, sendo que apenas nessa situação – admitindo que se acham preenchidos os demais requisitos – será legitimamente aplicada uma destas medidas de coação. Desse modo, a verificação de um grau mínimo de convicção – em concreto, a observância de indícios fortes da prática do crime – sustenta a decisão do JIC.

Considerando por ora a fase de instrução, importa assinalar o seu carácter facultativo (art. 286.º/2 CPP) visando a comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito (art. 286.º/1 CPP). Assim, caberá ao JIC proferir despacho de pronúncia ou de não pronúncia consoante tenham sido reunidos *indícios suficientes*¹²⁸ de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança (art. 307.º e 308.º CPP). Constatamos aqui novamente o recurso a uma medida de convicção como fator determinante da decisão de pronúncia ou não pronúncia.

De acordo com estas observações, poderemos concluir que o sistema processual penal português atribui uma função extremamente relevante aos standards de prova, apresentando-os como fronteira que permite o avanço do processo. Se bem pensarmos, a acusação só deverá ser deduzida quando existam *indícios suficientes* da prática do crime, certas medidas de coação só serão legitimamente aplicadas quando se verificarem *fortes indícios* da ocorrência de um determinado crime e o processo só atingirá a fase de julgamento quando, tendo sido requerida a instrução, se observem *indícios suficientes* de se terem verificado os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança. Todas estas noções são reconduzíveis ao conceito de standard de prova, enquanto grau de convicção mínimo legitimador de uma

127 Sobre o conceito de fortes indícios na aplicação da prisão preventiva, Sá, 1999.

128 Neves, 2011: 35.

determinada decisão. De facto, tais conceitos traduzem a meta que o julgador deve atingir quando avalia as provas constantes do processo. Aqui, a intervenção dos standards de prova surge apenas num momento final, como uma ferramenta que permitirá avaliar as provas recolhidas até então, com o intuito de fundamentar uma decisão.

Todavia, entendemos que os standards de prova, devidamente articulados com o modelo híbrido, poderão desempenhar outras funções relevantes, tanto na fase de julgamento como na própria fundamentação da sentença.

7.2. No julgamento

Em momento anterior do nosso estudo¹²⁹, procurámos relacionar os standards de prova com o princípio da livre apreciação (art. 127.º CPP). Nessa altura manifestámos a nossa intuição de que os standards poderiam desempenhar duas funções distintas: *i)* como norma de conduta que auxilia o julgador no processo de valoração da prova; *ii)* enquanto concretização do dever de fundamentação (art. 205.º/1 CRP e art. 97.º/5 CPP). Chegados a esta fase, importa confirmar a validade do nosso instinto. Deste modo, consideraremos por ora a fase de julgamento, norteadada pelos princípios da imediação, da oralidade e do contraditório¹³⁰ (art. 32.º/5 CRP e art. 327.º CPP), como momento destinado à produção da prova (art. 355.º CPP). Para isso, analisaremos neste ponto a primeira das funções assinaladas, distinguindo duas situações: *i)* a valoração as provas carreadas para o processo por iniciativa dos sujeitos processuais e *ii)* os casos em que o tribunal invoca o princípio da investigação (art. 340.º CPP) para ordenar oficiosamente a produção de meios de prova.

Segundo o art. 341.º/1 *a)* CPP a produção de prova tem início com a prestação de declarações do arguido, caso este se disponha a fazê-lo. Nessa eventualidade, o arguido pode pretender confessar os factos que lhe são imputados, pelo que haverá que atender ao disposto no art. 344.º CPP. Nestes termos, à confissão integral e sem reservas atribuem-se certas consequências: a renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados (art. 344.º/2 *a)* CPP). No entanto, não se verifica uma verdadeira exceção à livre apreciação¹³¹, tendo em conta que o tribunal

129 Ponto 3.1.4 *supra*.

130 Acerca destes princípios, entre muitos outros, Silva, 2011: 190.

131 Sobre as limitações ao princípio da livre apreciação Ferreira, 1955: 301; Neves, 2011: 92.

poderá impedir a produção de tais efeitos quando suspeitar do carácter livre da confissão (art. 344.º/3 *b*) CPP).

Do nosso ponto de vista, os standards de prova poderão auxiliar o julgador na formação da sua convicção acerca da veracidade dos factos confessados, permitindo a avaliação da narrativa apresentada¹³². Assim, o tribunal poderá acompanhar a exposição do arguido munido das ferramentas fornecidas pelos modelos e standards de prova, procurando incoerências e formulando hipóteses alternativas que permitam explicar os factos confessados. Como constatámos anteriormente¹³³, existe uma grande probabilidade de o arguido confessar os factos articulando uma narrativa que permita dar conta das circunstâncias em que o crime terá ocorrido. Neste âmbito, o julgador poderá proceder a uma avaliação da hipótese apresentada, submetendo-a ao standard de prova exigido.

Paralelamente, impera considerar o n.º 4 do referido art. 344.º CPP, que determina que o tribunal decida, em sua livre convicção, em que medida e se deve ter lugar a produção de prova quanto aos factos confessados. Deste modo, quando se identifique uma incoerência relevante na narrativa apresentada pelo arguido, que permita concluir pelo não preenchimento do standard de prova, o tribunal deve identificar as suas dúvidas exigindo uma ulterior atividade probatória. Afigura-se-nos possível retomar aqui a ideia das *evidential gaps*, que representariam as dúvidas expressas pelo tribunal, e que reclamariam um maior suporte probatório¹³⁴.

Para além disso, o art. 345.º/1 CPP prevê que os juízes e jurados possam questionar o arguido acerca dos factos que lhe são imputados e solicitar-lhe esclarecimentos sobre as declarações prestadas. Neste cenário, o tribunal poderá concretizar o *evidential support* ou a *evidencial contradiction*¹³⁵, dirigindo questões ao arguido que permitam corroborar ou infirmar a sua versão dos factos.

No mesmo sentido funcionariam os modelos e standards de prova no contexto da inquirição das testemunhas (art. 348.º CPP). Com efeito, o art. 348.º/5 CPP prevê a possibilidade de formulação de perguntas às testemunhas pelos juízes e pelos jurados. Como esclarece Thagard (2005: 306) estas

132 De acordo com Lopes, 2011: 167: “*todo o processo de construção da decisão, e, especificamente, da sentença penal, assenta na verificação de hipóteses sustentadas em meios de prova através de um processo intersubjetivo de natureza contraditória*”.

133 Ponto 4.2 *supra*.

134 Bex et al., 2010: 155.

135 Acerca destes conceitos, ponto 4.3 *supra*.

questões têm normalmente como objetivo avaliar a credibilidade da testemunha e repercutem-se no valor atribuído ao próprio depoimento¹³⁶.

Sintetizando, consideramos que os standards de prova poderiam funcionar aqui como norma de conduta, enquanto critério de valoração permanente das diferentes narrativas sustentadas pelas provas apresentadas. Assim, à medida que a atividade probatória fosse avançando, o tribunal formaria a sua convicção, identificaria as suas dúvidas, articulando os “contributos” dos diferentes intervenientes. Para isso, o julgador manteria no seu espírito ao longo do julgamento a seguinte questão: disponho já de uma narrativa que me permita concluir, para além de qualquer dúvida razoável, pela culpabilidade do arguido?

Nesta fase, ao contrário do que acontece no inquérito e na instrução, o juiz socorre-se dos standards não apenas para fundamentar uma decisão, mas para valorar, ao longo do julgamento, as provas que lhe são apresentadas. Trata-se, de certo modo, de uma função equivalente à desempenhada pelos standards de prova na atividade dos OPC. Como vimos, também nesse contexto se exige uma permanente avaliação das hipóteses elaboradas à medida que a investigação avança. Essa similitude ficará ainda mais patente quando explorarmos a relação entre o princípio da investigação (art. 340.º CPP) e os standards de prova.

A utilização dos standards durante a produção de prova permitiria ao julgador¹³⁷: *i*) avaliar as narrativas sugeridas; *ii*) construir novas hipóteses que contemplem as provas apresentadas; e *iii*) identificar as *evidential gaps*. Em qualquer destes casos o tribunal poderá querer esclarecer certas dúvidas, *p.e.*, para testar as diversas narrativas em discussão, para corroborar ou infirmar as novas hipóteses construídas ou para preencher as referidas lacunas probatórias. Para isso, poderá ordenar oficiosamente a produção de meios de prova cujo conhecimento se lhe afigure necessário à descoberta da verdade e à boa decisão da causa (art. 340.º/1 CPP). Neste caso, será extremamente útil que o julgador identifique as dúvidas subsistentes, com o intuito de recorrer aos meios de prova capazes de as suprir. Confrontando permanentemente as diferentes hipóteses apresentadas com o standard de prova exigido, o tribunal

136 O autor demonstra esta asserção (2005: 305) referindo-se ao caso *People vs. O. J. Simpson* em que a credibilidade do Detetive Mark Fuhrman foi posta em causa quando, depois de ter negado em tribunal o proferimento de comentários racistas, foram encontradas provas de utilização de expressões ofensivas (“*nigga*”) e de comportamentos racistas. Sobre a credibilidade da testemunha como possível objeto de prova, Silva, 2006: 49; Silva, 2011: 551.

137 No mesmo sentido, Lopes, 2011: 165.

assinalará as insuficiências de cada uma delas. A partir daí consciencializar-se-á dos elementos adicionais de que carece para aceitar integralmente essa explicação ou para a desconsiderar. Dessa forma, identificará mais facilmente os meios de prova a ordenar.

Trata-se de um processo dinâmico, em que o julgador adequa a sua atuação consoante o desenrolar da atividade probatória¹³⁸. Por esse motivo, consideramos que a função desempenhada pelos standards de prova em julgamento e no contexto da atividade de investigação dos OPC é semelhante. Concretamente, se os OPC constroem cenários hipotéticos que os orientam na procura de novos elementos de prova, o tribunal aprecia as provas constantes do processo, ordenando posteriormente a produção de todas as prova que se lhe afigurem necessárias. Em ambos os casos se prevê uma *intervenção ativa* no processo, que poderá ser orientada pelos standards de prova. Basicamente, nas duas situações permitem os standards discernir os elementos de prova em falta, esclarecendo os OPC sobre o rumo da investigação e o julgador sobre os meios de prova a ordenar.

Todavia, esta função não se concretizará exatamente nos mesmos termos, já que o tribunal dispõe de um acervo probatório anterior – e que lhe é exterior – que delimita com maior rigor os cenários admissíveis. De facto, aos OPC cabe não só construir e avaliar as narrativas, como fornecer, num primeiro momento, os elementos de prova que permitem sustentar as diversas hipóteses.

7.3. Na fundamentação da sentença

A vigência do princípio da livre apreciação da prova é sustentada pelo dever de fundamentação previsto constitucionalmente (art. 205.º/1 CRP) e concretizado na legislação processual penal (art. 95.º/7 CPP)¹³⁹. Nesse contexto surge a exigência de fundamentação da sentença constante do art. 374.º/2 CPP, que agora procuraremos relacionar com a função dos standards de prova.

Se atentarmos ao disposto no art. 374.º/2 CPP, verificamos que a fundamentação da sentença deve conter os elementos que permitiram ao tribunal formar a sua convicção¹⁴⁰. Assim, exige-se que o julgador descreva o processo

138 Neste sentido, a propósito do juízo de relevância da prova Silva, 2011: 553. *P.e.*, o depoimento de uma testemunha pode contribuir para esclarecer uma dúvida do tribunal, daí resultando que uma determinada versão dos factos se ache suficientemente fundamentada.

139 Ponto 3.1.3 *supra*.

140 Sublinhando este ponto Matta, 2004: 265; Neves, 2011: 139.

mental que o conduziu àquele resultado. Considerando que a culpabilidade do arguido deve ficar estabelecida para além de qualquer dúvida razoável (art. 6.º §2 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem – CEDH) estamos em crer que a fundamentação da sentença deve procurar demonstrar que essa dúvida (não) se verifica. Neste sentido, o recurso ao standard de prova surge aqui como um mecanismo de garantia do cumprimento do dever de fundamentação da sentença. Se bem pensarmos, o julgador tem na fundamentação da sentença a oportunidade de explicar todo o processo de valoração da prova levado a cabo durante a audiência, de modo a sustentar a sua convicção. Esse exercício permitir-lhe-á confrontar-se com todos os dados relevantes, possibilitando uma análise mais rigorosa das conclusões alcançadas, podendo eventualmente contribuir para a modificação do sentido da decisão. Do mesmo modo, facilita a compreensão da decisão, dando a conhecer o raciocínio empregue aos destinatários da sentença, assumindo uma natureza comunicacional¹⁴¹.

Sinteticamente, diremos que os standards de prova surgem como um mecanismo de garantia do cumprimento do dever de fundamentação da sentença uma vez que permitem avaliar da suficiência dessa fundamentação^{142 143}. Ao julgador caberá certificar-se de que o raciocínio apresentado satisfaz esse grau mínimo de convicção acerca da culpabilidade do arguido. Por isso, procuraremos na sentença condenatória¹⁴⁴ (art. 375.º/1 CPP) os argumentos que permitiram ultrapassar qualquer dúvida razoável e justificar aquela decisão¹⁴⁵. Efetivamente, se definirmos *a priori* o objetivo que o julgador deve atingir, mais facilmente compreenderemos se o caminho percorrido desemboca na meta pretendida.

141 Referindo-se a estes dois pontos, aludindo às dimensões endo e extraprocessual da fundamentação das sentenças Lopes, 2011: 136.

142 Importa aqui sublinhar que, como referimos antes, não nos preocupámos em determinar os requisitos de preenchimento do standard de prova. Assim, quando afirmamos que o recurso a esses standards permite avaliar da suficiência da fundamentação referimo-nos apenas aos argumentos apresentados pelo tribunal para apoiar a sua decisão.

143 Acerca dos requisitos de suficiência e completude da fundamentação Lopes, 2011: 97, 213. Sobre estes tópicos debruça-se também o Acórdão do Tribunal Constitucional de 17/4/1997.

144 Sobre o dever de fundamentação nas sentenças absolutórias Matta, 2004: 264, referindo a declaração de voto da Conselheira Maria Fernanda Palma no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 55/97 (Assunção Esteves) e Neves, 2011: 91.

145 É neste sentido que Lopes, 2011: 216 refere que a fundamentação deverá ser coerente e razoável.

Como acrescenta Beltrán (2013: 35), “*se não dispusermos de um standard de prova cognoscível a priori as decisões judiciais não serão previsíveis, o que impedirá a adaptação estratégica da conduta à decisão prevista*”.

II. CONCLUSÕES

Assumimos como propósito deste trabalho determinar a suscetibilidade e pertinência da transposição da figura dos standards de prova para o processo penal português. Para isso, considerámos necessário abordar, num primeiro momento, alguns traços típicos do sistema processual penal nacional, para posteriormente nos dedicarmos à função desempenhada pelos standards de prova neste contexto. Cumpre agora sistematizar a informação recolhida e apresentar algumas considerações finais acerca do tema tratado:

1. Os standards de prova constituem um instrumento de valoração da prova que determina o grau de convicção mínimo exigido para considerar demonstrada uma dada hipótese;
2. Atendendo aos diferentes propósitos prosseguidos através da justiça civil e penal, a doutrina anglo-saxónica estabeleceu diferentes standards de prova, capazes de cumprir tais desideratos:
 - 2.1. O direito civil recorre a dois standards típicos: *preponderance of evidence* – exige que seja mais provável a verificação de um determinado evento do que a sua não ocorrência (*more likely than not*); *clear and convincing evidence* – requer uma prova clara e convincente, demandando que a hipótese apresentada seja muito mais provável do que a sua negação (*much more likely than not*);
 - 2.2. O standard de prova característico do direito penal reconduz-se à fórmula *beyond reasonable doubt* e é tradicionalmente definido negativamente, exigindo que não se verifique qualquer dúvida razoável quanto à culpabilidade do arguido;
3. Enquanto instrumento de valoração da prova, os standards articulam-se com outras figuras do direito processual, entre as quais destacámos o ónus e os modelos de prova;
4. Ainda que oriunda do sistema anglo-saxónico, a preocupação subjacente à previsão destes standards é partilhada pelo ordenamento jurídico português, que exige a verificação de certos graus de convicção nas diferentes fases do processo;

5. O princípio da livre apreciação (art. 127.º CPP) e o princípio da investigação (art. 340.º CPP) não constituem obstáculos à transposição dos standards de prova para o direito processual penal português, já que estes standards não se pretendem substituir à livre convicção do julgador;
 - 5.1. Os arts. 124.º e 127.º CPP esclarecem que o processo penal português adota o sistema de prova livre, não se verificando nem um elenco taxativo dos meios de prova admissíveis, nem uma fixação prévia do valor atribuído a cada prova;
 - 5.1.1. Efetivamente, o princípio da livre apreciação impõe que a convicção do julgador se traduza numa “*avaliação racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão*”;
 - 5.1.2. A constitucionalidade do princípio da livre apreciação encontra-se sobretudo assegurada pela previsão do dever de fundamentação das decisões (art. 205.º/1 CRP; art.97.º/5 CPP), impondo ao julgador a comunicação do raciocínio empregue;
 - 5.2. O sistema processual penal português apresenta uma estrutura acusatória, mitigada por um princípio da investigação (art. 32.º/5 CRP):
 - 5.2.1. Nesse sentido, prevê-se uma separação entre a entidade que acusa (MP) e a entidade julgadora, como garantia da imparcialidade e da presunção de inocência do arguido;
 - 5.2.2. A consagração do princípio da investigação (art. 340.º CPP) implica que o juiz possa ordenar oficiosamente a produção de prova que considere relevante para a boa decisão da causa;
 - 5.2.3. Deste modo, o juiz não se encontra limitado à atividade probatória das partes, devendo procurar a descoberta da verdade material;
 - 5.3. Os standards de prova poderão integrar o sistema processual penal português assumindo-se como elemento do princípio da livre convicção e concretização do princípio da investigação;
6. Os modelos de prova traduzem a metodologia utilizada pelo julgador na articulação das diversas provas constantes do processo. Assim, determinam o próprio objeto dos standards de prova, *i.e.*, a matéria a que os standards se aplicarão. Neste contexto, destacámos três modelos de prova:
 - 6.1. *Modelo argumentativo*: propõe a comparação entre argumentos elaborados através das provas recolhidas; assume um carácter

atomístico, sugerindo a análise individualizada de prova constante do processo; a valoração da prova efetiva-se:

- 6.1.1. a) construindo argumentos a partir de cada prova constante do processo através da aplicação do silogismo condicional *modus ponens*; b) separando os argumentos que sustentam daqueles que contrariam a verificação de um determinado facto; c) comparando os argumentos e contra-argumentos com o intuito de determinar a verificação de cada facto;
- 6.1.2. Principal vantagem: análise individualizada, cuidada e rigorosa de cada elemento de prova;
- 6.1.3. Principal desvantagem: não fornece uma visão global;
- 6.1.4. Aplicação dos standards: individualmente a cada um dos *facta probanda*; critério avaliador da qualidade das provas;
- 6.2. *Modelo narrativo*: parte da constatação empírica de que a forma natural de raciocínio probatório corresponde à construção de narrativas capazes de explicar as circunstâncias em que o crime ocorreu; concretiza-se em três etapas:
 - 6.2.1. a) processo de construção das narrativas: integração das provas em “*sequências cronológicas e coerentes de eventos acerca do que poderá ter acontecido no caso*”; ii) representação das possibilidades de decisão; iii) comparação e análise das hipóteses apresentadas: critérios da *abrangência da coerência* (divide-se em *consistência, plausibilidade; completude*);
 - 6.2.2. Principal vantagem: holismo;
 - 6.2.3. Principal desvantagem: dificuldade na determinação da relevância de cada prova;
 - 6.2.4. Aplicação dos standards: diferentes narrativas construídas;
- 6.3. *Modelo híbrido*: procura colmatar as falhas apontadas a cada um dos modelos anteriores, propondo a articulação entre o esquema narrativo e argumentativo. O processo de valoração da prova consiste em:
 - 6.3.1. a) construir múltiplas narrativas sustentadas pelas provas constantes do processo; b) recorrer ao modelo argumentativo para corroborar ou infirmar as narrativas construídas; c) comparar as narrativas testadas, procurando a melhor narrativa (critérios de coerência, consistência, plausibilidade e completude); d) avaliar a melhor narrativa, utilizando, *p.e.*, a técnica das *critical questions*.

7. O método probabilístico poderá ser articulado com qualquer das propostas anteriores, pressupondo, na perspectiva objetiva, a quantificação do grau de convicção exigido e, na vertente subjetiva, o recurso ao teorema de Bayes.
8. Apenas o modelo híbrido é capaz de orientar o julgador no processo de valoração da prova (normativo), ao mesmo tempo que constitui um retrato fiel do processo cognitivo empregue neste contexto (descritivo);
 - 8.1. O modelo híbrido fornece-nos, ao longo do processo de valoração da prova, diferentes narrativas que pretendem ser testadas;
 - 8.2. Desse modo, entendemos que o objeto dos standards de prova deve ser constituído pelas diferentes hipóteses apresentadas;
 - 8.3. Não nos parece possível apresentar os argumentos como objeto dos standards de prova considerando a:
 - a) Consequente desconsideração da perspectiva global fornecida por este modelo;
 - b) Replicação supérflua da função desempenhada pelas máximas da experiência no contexto argumentativo;
 - c) Dificuldade de determinação do grau de convicção exigível para cada prova;
9. Os standards de prova assumirão uma função distinta consoante a fase do processo em que nos encontremos:
 - 9.1. Na fase de inquérito, permitirão aos OPC formular diversas hipóteses que expliquem as provas constantes do processo, ao mesmo tempo que os guiarão na procura de novos meios de prova;
 - 9.2. No que respeita à atividade do MP, a acusação deve ser sustentada pela existência de *indícios suficientes* de se ter verificado o crime e de quem foi o seu agente. Nesse contexto, a própria lei exige a observância de um grau de convicção mínimo que permita fundamentar a decisão, recorrendo a um standard de prova;
 - 9.3. No que concerne à aplicação de medidas de coação e à prolação do despacho de pronúncia ou não pronúncia (art. 307.º e 308.º CPP), uma vez mais o legislador apresenta os standards de prova como um critério de decisão que permite fundamentar a opção do JIC. Assim, o decretamento de uma prisão preventiva só será legítimo quando houver *fortes indícios* da prática de um dado crime (art. 202.º CPP), e o despacho de pronúncia pressupõe a recolha de *indícios suficientes* (art. 308.º CPP);

- 9.4. Em sede de audiência de julgamento, os standards de prova podem surgir como um critério de valoração da prova. Aqui, os standards permitiriam ao julgador avaliar permanentemente as provas carreadas para o processo pelos demais intervenientes. Articulando-os com o princípio da investigação (art. 340.º CPP) destacaremos apenas que os standards de prova auxiliariam o julgador na determinação dos meios de prova a ordenar, que surgissem como relevantes para a boa decisão da causa;
- 9.5. Na fundamentação da sentença o principal contributo dos standards prende-se com a garantia do cumprimento do dever de fundamentação (art. 374.º/2 CPP). Efetivamente, se o julgador conhecer à partida o grau de convicção que terá que alcançar poderá estruturar o seu raciocínio com vista a essa meta. Desse modo, mais facilmente controlará a sua própria decisão, garantindo igualmente a sua compreensão pelos destinatários da sentença.

BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, P.P.

2011 *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem* (4.^a ed. atualizada), Lisboa: Universidade Católica Editora.

ALLEN, R.

2013 “Los Estándares de Prueba y Los Limites del Análisis Jurídico”, in C. Vázquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Marcial Pons: Madrid, pp. 41-63.

ATKINSON, K. & BENCH-CAPON, T.

2007 “Argumentation and Standards of Proof”, *ICAIL '07: Proceedings of the 11th international conference on Artificial intelligence and law*, New York, pp. 107-116.

BELTRÁN, J. F.

2013 “La Prueba es Libertad, pero no tanto : una teoria de la prueba cuasibenthamiana”, in C. Vázquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica*, Marcial Pons: Madrid, pp. 21-39.

BEX, F. J. & BENCH-CAPON, T.

2013 Arguing with Stories. *CMNA 2013 – Workshop on Computational Models of Natural Argument – International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Rome.

BEX, F. J. & VERHEIJ, B.

2013 “Legal Stories and the Process of Proof”, *Artificial Intelligence and Law* 21:3, pp. 253-278.

BEX, F. J.

2013 “Abductive argumentation with stories”, *Workshop on Formal Aspects of Evidential Inference – International Conference on Artificial Intelligence and Law*, Rome.

BEX, F. J. & VERHEIJ, B.

2012 “Solving a Murder Case by Asking Critical Questions: An Approach to Fact-Finding in Terms of Argumentation and Story Schemes”, *Argumentation*, 26:3, pp. 325-353.

BEX, F. J. & WALTON, D.

2012 “Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation: Three Case Studies”, *Law, Probability and Risk* 11 (2-3), pp. 113-133.

BEX, F. J., VAN KOPPEN, P. J., PRAKKEN, H. & VERHEIJ, B.

2010 “A Hybrid Formal Theory of Arguments, Stories and Criminal Evidence”, *Artificial Intelligence and Law* 18:2, pp. 123-152.

- BEX, F. J. & VERHEIJ, B.
2010 “Arguments, stories and evidence: critical questions for fact-finding”, in F.H. Van Eemeren, et al. (eds.), *Proceedings of the 7th Conference of the International Society for the Study of Argumentation (ISSA)*, Amsterdam.
- BEX, F. J. & WALTON, D.
2010 “Burdens and Standards of Proof for Inference to the Best Explanation”, *Proceedings of the 2010 conference on Legal Knowledge and Information Systems: JURIX 2010: The Twenty-Third Annual Conference*, IOS Press: Amsterdam, pp. 37-46.
- BEX, F. J.
2009 « Analyzing Stories Using Schemes », in H. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (Eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot: Ashgate Publishing (Applied Legal Philosophy Series).
- BEX, F. J., VAN DEN BRAAK, S.W., VAN OOSTENDORP, H., PRAKKEN, H., VERHEIJ, H.B. & VREESWIJK, G.A.W.
2007 “Sense-making software for crime investigation: how to combine stories and arguments?”, *Law, Probability & Risk* 6, pp. 145-168.
- BEX, F. J., PRAKKEN, H. & B. VERHEIJ
2007 “Formalising argumentative story-based analysis of evidence”, *Proceedings of the 11th International Conference on Artificial Intelligence and Law*, New York: ACM Press, pp. 1-10.
- BEX, F. J., PRAKKEN, H. & VERHEIJ, B.
2006 “Anchored narratives in reasoning about evidence”, *Legal Knowledge and Information Systems, JURIX 2006: The Nineteenth Annual Conference*, Amsterdam: IOS Press.
- BEX, F. J., PRAKKEN, H., REED, C & WALTON, D.N.
2003 “Towards a formal account of reasoning about evidence: argumentation schemes and generalisations”, *Artificial Intelligence and Law* 11, pp. 125-165.
- CALLEN, C. R.
1981 Notes on a Grand Illusion: Some Limits on the Use of Bayesian Theory in Evidence Law. *Indiana Law Journal vol. 57, issue 1*. pp.1-45.
- CORREIA, E.
1961 “Parecer da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra sobre o Artigo 653.º do projecto, em 1.ª revisão ministerial, de alteração ao Código de Processo Civil”, *Boletim da Faculdade de Direito vol. 37*, Coimbra, pp. 181-186.
- CORREIA, E.
1967 “Les preuves en droit pénal portugais », *Revista de Direito e Estudos Sociais (RDES) 14*, pp. 1-52.

DIAS, J. F.

1974 *Direito Processual Penal vol. I*, Coimbra: Coimbra Editora.

FERREIRA, M. C.

1955 *Curso de Processo Penal vol. I*, Lisboa.

FRIEDMAN, R. D.

2000 “A Presumption of Innocence, Not of Event Odds”, *Stanford Law Review* 52, no 4, pp. 873-887.

GORDON, T. F. & WALTON, D.

2009 “Proof Burdens and Standards”, *Argumentation in Artificial Intelligence*, Berlin: Springer, pp. 239-258.

GORDON, T. F., PRAKKEN, H. & WALTON D.

2007 “The Carneades Model of Argument and Burden of Proof”, *Artificial Intelligence* 171 (10-11), pp. 875-896.

GORDON, T.F.

2007 “Visualizing Carneades argument graphs”, *Law, Probability and Risk* 6, pp.109-117

HAACK, S.

2013 “El Probabilismo Jurídico: Una Disensión Epistemológica”, in C. Vázquez (ed.), *Estándares de Prueba y Prueba Científica* (pp. 65-98), Marcial Pons: Madrid.

KEANE, A., GRIFFITHS, J. & MCKEOWN, P.

2010 “The burden and standard of proof”, in A. Keane, J. Griffiths & P. McKeown (eds.), *The Modern Law of Evidence*, 8.^a ed., Oxford: Oxford University Press, pp. 76-114.

KEPPENS, J. & SCHAFER, B.

2006 “Knowledge based crime scenario modelling”, *Expert Systems with Applications* 30, pp. 203 – 222.

LINHARES, J.A.

2012 “Evidence (or proof ?) as law’s gaping wound: a persistent false aporia?”, *Boletim da Faculdade de Direito vol. 88*, Coimbra, pp. 65-89.

LOPES, J. M.

2011 *A fundamentação da sentença no sistema penal português – Legitimar, Diferenciar, Simplificar*, Coimbra: Almedina.

MARTINS, A. G.

1999 “Poder judicial e magistratura de investigação”, *Boletim da Faculdade de Direito vol. 75*, Coimbra, pp. 389-431.

MATTA, P. S.

2004 “A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença”, in M. F. Palma (coord.), *Jornadas de processo penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 221-280.

MENDES, P. S.

2013 *Lições de direito processual penal*, Coimbra: Almedina.

MENDES, P. S.

2010 “A prova penal e as regras da experiência”, in Andrade, M. C., Antunes, M. J. & Sousa, S. A. (org.), *Estudos em Homenagem ao Professor Figueiredo Dias vol. III*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 997-1011.

MESQUITA, P. D.

2011 *A Prova do Crime e o que se disse antes do julgamento – estudo sobre a prova no processo penal português, à luz do sistema norte-americano*, Coimbra: Coimbra Editora.

MÚRIAS, P. F.

2000 *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa: Lex.

NEVES, A. C.

1968 *Sumários de Processo Criminal: 1967-1968*, João Abrantes, Coimbra.

NEVES, R. V.

2011 *Al Livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção (na decisão final penal)* (1.^a ed.), Coimbra: Coimbra Editora.

PALMA, M. F.

2005 Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva”, in M. Valente (coord.), *I Congresso de Processo Penal, Memórias* Coimbra: Almedina, pp. 113-129.

PENNINGTON, N. & HASTIE, R.

1988 “Explanation-Based Decision Making: Effects of Memory Structure on Judgment”, *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory and Cognition*, vol.14, no. 3, American Psychological Association, pp. 521-533.

PENNINGTON, N. & HASTIE, R.

1986 “Evidence Evaluation in Complex Decision Making”, *Journal of Personality and Social Psychology*” vol.51, no. 2, American Psychological Association, pp. 242-258.

PEREIRA, R.S.

2013 “Evidence models and proof of causation”, *Law, Probability and Risk* (September-December) 12 (3-4), pp. 229-257.

PRAKKEN, H. & SARTOR, G.

2011 “On modelling burdens and standards of proof in structured argumentation”, *Proceedings of JURIX 2011: The Twenty-fourth annual conference on legal knowledge and information systems*, Amsterdam: IOS Press, pp. 83-92.

RAINHO, J. M.

2006 “Decisão da matéria de facto – exame crítico das provas”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4, 1.º semestre, Coimbra: Almedina, pp. 145-173.

REGO, M.L.

2013 “Decisões em ambiente de incerteza: probabilidade e convicção na formação das decisões judiciais”, *Julgar* n.º 21, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 119-147.

SÁ, P. T.

1999 “Fortes indícios de ilegalidade da prisão preventiva”, *Scientia Iuridica tomo XLVIII, n.º 280/282*, Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 387-405.

SILVA, G. M.

2006 “Produção e valoração da prova em processo penal”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, n.º 4, 1.º semestre, Coimbra: Almedina, pp. 37-53.

2010 *Curso de Processo Penal, vol. I* (6.ª ed. revista e atualizada), Lisboa: Verbo.

2011 *Curso de Processo Penal vol. II* (5.ª ed. revista e atualizada), Lisboa: Verbo.

SILVA, S. O.

2011 “Legalidade da prova e provas proibidas”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 21, n.º 4 1.º semestre, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 545-591.

SILVEIRA, J. N.

2004 “O conceito de indícios suficientes no processo penal português”, in F. Palma (Coord.), *Jornadas de direito processual penal e direitos fundamentais*, Coimbra: Almedina, pp. 155-181.

SOUSA, L. P.

2013 *Prova Testemunhal*, Coimbra: Almedina.

TARUFFO, M.

2003 “Rethinking Standards of Proof”, *American Journal of Comparative Law* 51, pp. 659-678.

TARUFFO, M.

2010 *Simply the Truth, El Juez y La Construcción de los Hechos*, Madrid: Marcial Pons.

THAGARD, P.

2005 “Testimony, credibility and explanatory coherence”, *Erkenntnis* 63, pp. 295-316.

TILLERS, P. & GOTTFRIED, J.

2006 “Case comment – United States v. Copeland, 369 F. Supp. 2d 275 (E.D.N.Y. 2005): A Collateral Attack on the Legal Maxim That Proof Beyond a Reasonable Doubt is Unquantifiable?”, *Law, Probability and Risk* 5, pp. 135-157.

VERHEIJ, B. & BEX, F. J.

2009 “Accepting the truth of a story about the facts of a criminal case », in H. Kaptein, H. Prakken & B. Verheij (eds.), *Legal Evidence and Proof: Statistics, Stories, Logic*, Aldershot: Ashgate Publishing (Applied Legal Philosophy Series).

WALTON, D. & REED, C.

2002 “Argumentation Schemes and Defeasible Inferences”, *Workshop on Computational Models of Natural Argument 15th European Conference on AI, ECAI*.

WIGMORE, J. H.

1931 *The Principles of Judicial Proof or the Process of Proof as Given by Logic, Psychology, and General Experience, and Illustrated in Judicial Trials* (2.^a ed.), Boston: Little, Brown and Company.