

CONSIDERAÇÕES A PROPÓSITO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS¹

INÊS FERNANDES GODINHO

Professora Auxiliar da Faculdade de Direito e Ciência Política da ULP
Investigadora do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Considerações iniciais

Pretendendo o processo penal, no âmbito da prossecução das suas finalidades, resolver o conflito que opõe o arguido e o Estado, é notória a dimensão dual que o conflito assume, não apenas entre o arguido e o Estado, como também entre o arguido e a vítima².

A diferença entre o arguido e a vítima pode ser surpreendida na distinção entre justiça (*justice*) e “equidade” (*fairness*), na medida em que a vítima demanda justiça – ou seja, que o arguido seja punido – e o arguido demanda equidade, designadamente um julgamento equitativo, com as respectivas garantias processuais³.

O princípio do contraditório traduz a união destes dois vértices, na medida em que representa o direito que tanto a acusação como a defesa têm de oferecerem provas para sustentarem as suas teses processuais e se pronunciarem sobre as alegações ou iniciativas processuais ou os actos tanto de uma como de outra⁴, e a directriz de que tais contributos deverão integrar a ponderação do tribunal. Mas o princípio, enquanto princípio

¹ Este texto, que não adopta o novo Acordo Ortográfico, baseia-se na conferência que proferimos no âmbito do Seminário Luso-Brasileiro “Adjectivo *meets* substantivo: entrecruzamentos de direito processual, civil e penal”, realizado na Universidade Lusófona do Porto no dia 13 de Outubro de 2017, agradecendo à Senhora Prof.^a Doutora Alexandra Vilela a organização do referido seminário e o convite que nos endereçou para no mesmo participar.

² Veja-se SANTOS, Cláudia (2014), *A Justiça Restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal. Porquê, para quê e como?*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 183 e s.; *idem*, “Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do «roubo do conflito» pelo Estado)”, *RPCC* 17, pp. 459-474, p. 470 e s.

³ FLETCHER, George P. (2007), *The Grammar of Criminal Law*, Vol. 1, NY: Oxford University Press, p. 4.

⁴ SILVA, Germano Marques da (2013), *Direito processual penal Português*, 1, Lisboa: UC Editora, p. 86-87.

constitutivo da prossecução processual implica também, nas palavras de MARIA JOÃO ANTUNES,

“o dever de *ouvir* qualquer sujeito do processo penal ou mero participante processual quando deva tomar-se qualquer decisão que pessoalmente o afete. A participação processual penal que este princípio permite, correspondendo-lhe, em bom rigor, um verdadeiro direito de audiência, significará mesmo uma forma de *participação constitutiva na declaração do direito do caso* quando o participante tenha o estatuto de sujeito processual”⁵.

Considerando o processo penal como sistema de interação social temporário⁶, o princípio do contraditório corresponde, portanto, a uma “certa forma de organizar a dialética judicial do processo penal e, em termos mais substanciais, a uma forma específica de construir a decisão final”⁷. Ou seja, incluindo, por antonomásia, o próprio direito de defesa do arguido⁸, é mais do que este direito de defesa, sendo um princípio que se estende a todos os sujeitos processuais, não só ao arguido, como também à vítima que se assume como sujeito processual enquanto assistente⁹. Corporiza, pois, a realização de uma ideia de igualdade no âmbito de um processo penal justo e equitativo, assumindo-se, deste modo, como corolário de um direito humano¹⁰.

1. O princípio do contraditório e a estrutura processual

Atento o significado do princípio do contraditório em processo penal, fácil é de intuir que a aplicação deste princípio não encontra acolhimento em todos os modelos processuais. Face às estreitas relações entre a concepção política de Estado e a estrutura do processo penal, logo se compreende que, em uma concepção absolutista de Estado, como aquela existente na maioria dos países europeus entre os séculos XVII e XVIII, o processo penal se afirmasse de estrutura inquisitória laica, ainda que a tradição

⁵ ANTUNES, Maria João (2016), *Direito Processual Penal*, Coimbra: Almedina, p. 74.

⁶ SCHREIBER, Hans Ludwig (1976), “Die Bedeutung des Konsenses der Beteiligten im Strafprozessrecht”, in: *Rechtsgeltung und Konsens*, Berlin: Duncker & Humblot, pp. 71-85, p. 73.

⁷ PINTO, Frederico Lacerda da Costa (1998), *Direito Processual Penal (Curso Semestral)*, Lisboa: AAFDL, p. 227.

⁸ CORREIA, Eduardo (1978), “Breves reflexões sobre a necessidade de reforma do Código de Processo Penal”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência* n.º 3693, p. 365; CASTANHEIRA NEVES (1968), *Sumários de Processo Criminal*, Coimbra, p. 19.

⁹ ANDRADE, Manuel da Costa, *A vítima e o problema criminal*, BFDUC (1980), p. 240 e s.

¹⁰ Exemplificativamente, o art. 6º §1, da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

inquisitória *qua tale* tenha tido origem no Baixo Império Romano¹¹. Sobrepondo-se, neste contexto, os interesses do Estado, tal resulta em que os direitos e garantias do arguido são desconsiderados ou mesmo totalmente ignorados, abrindo-se possibilidades de abusos e de condução parcial do processo, dado que no juiz — sem independência relativamente ao poder político — confluem os papéis de inquirir, acusar e julgar e ao arguido, encarado como objecto e não como sujeito do processo, não é dada possibilidade de contraditar.

Como refere FIGUEIREDO DIAS:

“O princípio do contraditório opõe-se, decerto, a uma estrutura puramente inquisitória do processo penal, em que o juiz pudesse proferir a decisão sem previamente ter confrontado o arguido com as provas que contra ele houvesse recolhido – e não faltaram exemplos históricos de processos penais assim estruturados – ou sem lhe ter dado, em geral, qualquer possibilidade de contestação da acusação contra ele formulada”¹².

Com a evolução para o ideário liberal do Estado, que se encontra em oposição à mundividência do Estado absolutista, a estrutura do processo penal sofre uma enorme alteração, passando a afirmar-se o modelo acusatório¹³. Aqui, o sujeito passa a estar em uma relação com o Estado, em que existem interesses opostos; o sujeito passa a ser visto como uma parte no processo, devendo ser garantidos princípios como os da igualdade de armas¹⁴ (entre a acusação e a defesa) ou da auto-responsabilidade probatória das partes, à semelhança do que podemos encontrar no processo civil. Consequentemente, passa a ser dado ao arguido um amplo direito de defesa, com integral respeito pelo princípio do contraditório e, sobretudo, o princípio da presunção da inocência do acusado (até à condenação) assume-se como eixo axial do processo penal¹⁵.

¹¹ MENDES (2015), p. 27.

¹² DIAS, Jorge de Figueiredo (2004), *Direito Processual Penal*, reimp. 1ª ed. 1974, Coimbra: Coimbra Editora, p. 150.

¹³ Sinteticamente, sobre a evolução da tradição acusatória no contexto do direito grego e do direito romano, cfr. MENDES (2015), p. 21 e ss.

¹⁴ No contexto actual, sobre o princípio da igualdade de armas, veja-se, por exemplo, o Ac. TC n.º 160/2010.

¹⁵ A este propósito, VILELA, Alexandra (2000), *Considerações acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 29 e s.

Em particular, no caso português¹⁶, a evolução política para lá de um Estado totalitário, com a correlativa superação de uma estrutura mista do processo penal¹⁷, e a afirmação da ideia de um Estado de Direito social “levou a que o processo penal desempenhe uma função ordenadora, já que, para assegurar a realização da personalidade ética de cada um, tem de criar condições de vida comunitária que tal garanta — artigos 2º e 9º da Constituição da República”¹⁸. A ligação entre o direito processual penal e a Constituição torna-se, deste modo, evidente: não podendo a verdade material ser obtida a qualquer custo, apenas o poderá ser com respeito pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos fundamentais do arguido¹⁹ e de todos os cidadãos. Assim se compreende, também, que a Constituição da República Portuguesa seja a constituição que mais normas com relevância processual penal (directa e indirecta) tem em toda a história do constitucionalismo português²⁰.

Neste sentido, o processo penal deve lograr um equilíbrio entre a tutela dos interesses do Estado — que representam os interesses da sociedade — e a tutela dos interesses do arguido, ao que acrescerá a concordância prática das finalidades em conflito no processo penal²¹.

¹⁶ Sobre as raízes do processo penal português, SOARES, António Lemos (2009), “Notas sobre os fundamentos históricos do processo penal português”, in: *Que Futuro para o Direito Processual Penal?*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 291-320, onde já se denota Portugal ser (p. 320) “depositário de uma multissecular cultura jurídica de defesa dos sujeitos de processo penal e de proteção da dignidade da pessoa humana, tantas vezes demonstrada ao longo da sua história”.

¹⁷ Sobre o modelo misto veja-se CASTANHEIRA NEVES (1968), p. 21 e s. Escrevem sobre a sua superação, ainda manifestando reservas que a estrutura acusatória seja a mais adequada, PINHEIRO, Rui/MAURÍCIO, Artur (2007), *A Constituição e o Processo Penal*, Reimp. 1976, p. 25-26, onde afirmam “Quanto à determinação da estrutura acusatória do processo penal e à direcção da instrução por um juiz está por provar que estes representem os meios mais consentâneos com a defesa dos direitos do arguido. Sem juízos apriorísticos num ou noutro sentido, expressamos porém a nossa convicção de que não foram a estrutura semi-inquisitória do processo penal e a direcção da instrução pelo Ministério Público que, em primeira linha, limitaram os direitos do arguido durante o regime fascista, mas, para além de outras realidades mais profundas que traduzem os próprios fundamentos do Estado-fascista, e só a título de exemplo, a competência instrutória atribuída a entidades policiais a quem se deferiam também poderes reservados aos juízes durante a instrução, o estatuto dependente do Ministério Público relativamente ao Executivo, a criação de tribunais especiais, a inoperância do «habeas corpus» etc. etc.”.

¹⁸ SANTOS, Gil Moreira dos (2014), *Princípios e Prática Processual Penal*, Coimbra: Coimbra Editora, p. 11.

¹⁹ COSTA, José de Faria (1997) “Um olhar cruzado entre a Constituição e o Processo Penal”, in: *A Justiça dos Dois Lados do Atlântico*, p. 187 e s., p. 187-189; ROXIN, Claus/ARZT, Gunther/TIEDEMANN, Klaus (2003), *Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht*, 4 ed., Heidelberg: C.F. Müller, p. 124.

²⁰ ANTUNES, Maria João (2013), “Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito da Execução das Sanções Privativas da Liberdade e Jurisprudência Constitucional”, *Julgar* 21, pp. 89-117, p. 103.

²¹ ANTUNES (2016), p. 21.

Este equilíbrio apenas pode ser conseguido através de uma manutenção do princípio da acusação, que é aquele que melhor traduz, por um lado, as concepções mais personalistas do Direito e, por outro lado, a própria ideia de Estado de Direito democrático, mas não esquecendo a natureza publicística do processo penal, assegurado pelo princípio da investigação.

A integração do princípio da investigação na estrutura acusatória do processo penal torna o seu objecto indisponível – na medida em que o juiz apenas investiga dentro do objecto definido pela acusação (art. 340º do Código de Processo Penal, CPP) –, impedindo que o processo penal se aproxime de um universo puramente formal ou, até mesmo, privatístico. Este modelo contribui ainda para a colocação do acento tónico na procura da verdade material, sem a colocar na dependência da actividade probatória de cada um dos sujeitos processuais.

O processo penal português tem, desde a promulgação do Código de Processo Penal de 1987, esta estrutura, sendo o princípio acusatório um dos princípios estruturantes da constituição processual penal (art. 32º, n.º 5, da Constituição da República Portuguesa, CRP)²².

Assim, vigorando entre nós este modelo misto de estrutura acusatória integrada por um princípio de investigação, assente em uma concepção garantista do processo penal, a investigação e a acusação, por um lado, e o julgamento, por outro, estão a cargo de entidades públicas, mas que não se sobrepõem. O princípio da investigação, enquanto poder-dever do juiz adstrito à finalidade da descoberta da verdade material e da boa decisão da causa, com respeito pelos direitos fundamentais, não tem, ao contrário do princípio da acusação, consagração constitucional expressa. Todavia, existe jurisprudência constitucional que lhe atribui relevância constitucional²³.

Em um processo penal com uma estrutura acusatória integrada por um princípio da investigação, tal significa, nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, que

“toda a prossecução processual deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa e, portanto aceitando a iniciativa própria destes sujeitos processuais”²⁴.

²² Sobre a estrutura acusatória e o princípio da vinculação temática veja-se os seguintes acórdãos: Acórdãos do Tribunal Constitucional n.ºs 173/92; 130/98; 442/99; 674/99; 463/2004; 237/2007 e 226/2008; Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça n.ºs 11/2013 e 90/2013 e ainda o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 2 de Junho de 2009 – Proc. N.º 85/08.1PEPDCA.L1.

²³ Cfr. Acs. Tribunal Constitucional n.º 394/89 e 137/2002.

²⁴ DIAS (2004), p. 150.

Por outras palavras, a própria estrutura processual penal refracta a existência do princípio do contraditório.

Ora, tendo como fundamento a própria estrutura acusatória do processo penal, o princípio do contraditório significa que ninguém pode ver tomada uma decisão que afecte a sua esfera jurídica sem para tanto lhe ter sido dada a possibilidade de ser ouvido (*nemo potest inauditum damnari*)²⁵. Assim, “[q]uando perspectivado da parte do arguido, este princípio é uma das garantias de defesa que o processo criminal lhe deve assegurar (artigo 32º, n.º 1, da CRP)”²⁶.

O princípio do contraditório encontra-se constitucionalmente reflectido no artigo 32º, n.º 5 da Lei Fundamental, representando, portanto, uma exigência axiológica estruturante do processo penal²⁷. A subordinação do processo penal português a este princípio implica, assim, que a acusação e a defesa se encontram em situação de igualdade de armas na possibilidade de apresentação de razões, *de facto (incluindo matéria probatória) e de direito*, no sentido das suas teses processuais, devendo os diversos contributos ser (necessariamente) tidos em conta na formulação da decisão judicial²⁸. Trata-se, afinal, de dar sentido ao princípio do contraditório em sentido amplo que resulta da Lei Fundamental. Deste modo, sempre que uma questão suscitada seja susceptível de afectar a posição de outro sujeito processual, existe por parte do último, uma legitimidade *constitucional* de intervir, uma vez que este princípio, tal como constitucionalmente consagrado (art. 32º), apenas pode ser interpretado como uma garantia fundamental dos cidadãos. O que, aliás, resulta claro quando em causa estão documentos (estritamente jurídicos) como pareceres de advogados ou juristas, em que fica assegurada a possibilidade de contraditório nos termos do n.º 3 do art. 165º do CPP.

De sublinhar ainda que o princípio do contraditório integra ainda tanto o estatuto processual do arguido (art. 61º, n.º 1, als *a*), *b*), e *g*), do CPP), como do assistente (art. 69º, n.º 2, al. *a*), do CPP)²⁹.

²⁵ MENDES, Paulo de Sousa (2015), *Lições de Direito Processual Penal*, Reimp. 2013, Coimbra: Almedina, p. 202 e 207 e s. analisa este princípio sob a designação de princípio da audiência e defesa.

²⁶ ANTUNES (2016), p. 74.

²⁷ PINTO (1998), p. 226.

²⁸ Contudo, deve ainda este princípio servir para a compreensão do direito de audiência de todo o sujeito ou mesmo participante processual quando esteja em causa uma decisão que pessoalmente o afecte. Assim, ANTUNES (2016), p. 74. O princípio do contraditório não deve, todavia, confundir-se com este direito.

²⁹ ANTUNES (2016), p. 75.

2. O princípio do contraditório na tramitação processual

Sendo um princípio reitor do processo penal português, é, todavia, importante salientar que o princípio do contraditório nem sempre apresenta a mesma extensão em todas as fases processuais, de que é apanágio a fase de inquérito³⁰.

O pináculo do princípio do contraditório encontra-se reflectido, através da própria formulação da norma constitucional, na audiência de julgamento: *estando a audiência de julgamento e os actos instrutórios que a lei determinar subordinados ao princípio do contraditório*. Com efeito, a exigência axiológica do contraditório é geral e absoluta quanto à audiência de julgamento e apenas relativa quanto à instrução, limitando-se aos actos instrutórios determinados pela lei.

Deste jeito, algumas fases processuais, como a instrução e, paradigmaticamente, o julgamento, têm normas específicas para assegurar o contraditório.

Não obstante, sendo o princípio do contraditório um princípio transversal a toda a prossecução processual, tem também – ainda que de forma limitada, atendendo à necessidade de “concordância prática de finalidades conflituantes”³¹ – incidência na fase de inquérito³².

Desde logo, e como já referido, resulta do estatuto processual do arguido a possibilidade de estar presente nos actos que lhe digam respeito (art. 61º, n.º 1, al. a) do CPP). Ora, ainda que a mera presença não seja, *per se*, o reflexo de um efectivo contraditório, é o substrato que irá permitir o seu pleno exercício. Por outras palavras, trata-se, aqui, de um contraditório de natureza mais passiva.

Mas existem afloramentos de verdadeiro contraditório – que não meramente passivo – também na fase de inquérito, designadamente no âmbito das declarações para memória futura, no requerimento para constituição de assistente e no contexto de aplicação de medidas de coacção³³.

³⁰ Tendo, não obstante, nos termos do art. 61º, n.º 1, CPP, o direito de *estar presente aos actos processuais que directamente lhe disserem respeito*.

³¹ ANTUNES, Maria João (2003), “O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coacção”, in: *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 1237-1268, p. 1266.

³² MALAFAIA, Joaquim (2004), “O acusatório e o contraditório nas declarações prestadas nos actos de instrução e nas declarações para memória futura”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* 14, pp. 509-539, p. 518-519.

³³ Seguindo-se, aqui a exemplificação de, PINTO (1998), p. 230-231.

No contexto probatório, em fase de inquérito, não faria sentido, atendendo às finalidades desta mesma fase processual – nos termos do art. 262º, n.º1, do CPP³⁴ – a imposição ou consagração de um contraditório pleno, como acontece, *maxime*, quanto à audiência de julgamento (art. 327º do CPP). Não obstante, existem diligências probatórias que – por constituírem uma antecipação face à fase de julgamento – terão de beneficiar, ainda que em fase de inquérito, daquele princípio. Referimo-nos, bom é de ver, às declarações para memória futura³⁵.

As declarações para memória futura, visando responder a uma exigência cautelar de meios de prova³⁶, constituem uma exceção ao princípio da imediação³⁷. Tratando-se da produção antecipada de prova, e contribuindo, deste modo também, para a descoberta da verdade material, encontram previsto um regime em que – exigindo uma garantia de jurisdicionalização através da intervenção do juiz de instrução (art. 271º, n.º1, do CPP) – seja assegurada a contraditoriedade. Com efeito, dispõe o n.º 5 do art. 271º do CPP que *a inquirição é feita pelo juiz, podendo em seguida o Ministério Público, os advogados do assistente e das partes civis e o defensor, por esta ordem, formular perguntas adicionais*, de outro modo, exige, para o exercício do contraditório, a presença do Ministério Público e do defensor (art. 271º, n.º 3, do CPP). Ou seja,

“o princípio do contraditório tem uma vocação instrumental da realização do direito de defesa e do princípio da igualdade de armas: numa perspectiva processual significa que não pode ser tomada qualquer decisão que afecte o arguido sem que lhe seja dada a oportunidade para se pronunciar; no plano da igualdade de armas na administração das provas, significa que qualquer um dos sujeitos processuais interessados, nomeadamente o arguido, deve ter a possibilidade de convocar e interrogar as testemunhas nas mesmas condições que os outros sujeitos processuais (a parte adversa). Vale isto por dizer que - exceção do defensor e do Ministério Público, cuja presença é obrigatória - a presença dos demais sujeitos processuais em tal diligência de inquirição para memória futura é facultativa”³⁸.

Ou seja, no âmbito das declarações para memória futura em sede de inquérito, assiste-se ao exercício pleno do contraditório quanto às declarações em causa.

³⁴ Cfr. também, sobre estas finalidades, por todos, ANTUNES (2016), p. 14 e s.

³⁵ PINTO (1998), p. 228 e 231; MALAFAIA (2004), p. 529.

³⁶ AA.VV./MAIA COSTA, *Código de Processual Penal Anotado*, Art. 271º, p. 963.

³⁷ Ainda que, acentuando a natureza cautelar destas declarações, o n.º 8 do art. 271º do CPP não preclui a sua repetição em julgamento.

³⁸ Ac. STJ, de 07.11.07 (Proc. N.º 07P3630, Relator: Henriques Gaspar), disponível em www.dgsi.pt.

Ainda na fase de inquérito, podemos assistir a outras manifestações de exercício de um contraditório, não obstante, neste contexto, mitigado. No âmbito do requerimento para a constituição de assistente, quando o mesmo ocorra em fase de inquérito, estabelece o n.º 4 do art. 68º do CPP que *o juiz, depois de dar ao Ministério Público e ao arguido a possibilidade de se pronunciarem sobre o requerimento, decide por despacho, que é logo notificado àqueles*. Tratando-se, afinal, da intervenção de um novo sujeito processual, é fundamental que ao Ministério Público e ao arguido seja dada a possibilidade de serem ouvidos. Contudo, importa assinalar, como se refere no n.º 5 do art. 68º do CPP, que a constituição de assistente corra em separado na fase de inquérito.

Talvez o afloramento mais claro do princípio do contraditório em fase de inquérito seja no contexto da aplicação de medidas de coacção³⁹. Desde logo, nos termos do n.º 4 do art. 194º do CPP, a aplicação de medida de coacção durante o inquérito é precedida da audição do arguido, constituindo esta audição prévia uma condição de aplicação da medida⁴⁰. Por outro lado, no caso de revogação ou substituição de medida de coacção, tanto o Ministério Público como o arguido devem ser ouvidos, nos termos do art. 212º, n.º 4, do CPP. Finalmente ainda, deve referir-se que a decisão de aplicação de medida de coacção pode ser impugnada através de recurso (art. 219º do CPP).

103

Quanto às fases de instrução e julgamento, as mesmas revestem natureza contraditória em termos genéricos, podendo ser encontradas disposições específicas quanto a cada uma delas.

Assim, no contexto da fase de instrução, ainda que não plenamente contraditória⁴¹, o princípio do contraditório vale inteiramente para o debate instrutório, nele se incluindo a respectiva produção de prova (arts. 289º, n.º 1; 298º e 301º, n.º 2, do CPP). Todavia, existem actos que não encontram consagração expressa do contraditório (arts. 290º, 291º CPP)⁴².

³⁹ Cfr. ANTUNES (2003), p. 1266 e s., particularmente quanto à extensão não igualitária, mas adequada, do princípio do contraditório na fase inicial do processo.

⁴⁰ ANTUNES (2016), p. 143. O Ac. do TRE, de 7-10-2012 (disponível em www.dgsi.pt), entendeu que a audição prévia do arguido não teria de ser presencial, não comprometendo a audição não presencial (por escrito, através de defensor), nem o exercício do contraditório, na componente de direito de audiência, nem as garantias de defesa do arguido.

⁴¹ SILVA (2013), p. 87.

⁴² Mais desenvolvidamente, sobre o princípio do contraditório em fase de instrução, MAFALFAIA (2004), p. 521 e s.

Finalmente, quanto à fase de julgamento, contraditória por natureza, encontramos diversos preceitos que espelham essa mesma natureza, desde logo o disposto no art. 327º (Contraditoriedade) do CPP: as questões incidentais sobrevindas no decurso da audiência são decididas pelo tribunal, ouvidos os sujeitos processuais que nelas forem interessados e o meios de prova apresentados no decurso da audiência são submetidos ao princípio do contraditório, mesmo que tenham sido officiosamente produzidos pelo tribunal. Mas podemos ainda encontrar outras normas de sentido idêntico, tais como os arts. 321º, n.º 3; 360º, n.ºs 1 e 2, do CPP.

Ainda considerando a fase de julgamento, o princípio do contraditório deve sempre ser respeitado no âmbito do princípio da investigação (ou princípio da verdade material), enquanto poder-dever do tribunal de investigar, independentemente das contribuições da acusação e da defesa, plasmado no art. 340, n.º 1, do CPP. Com efeito, qualquer produção de prova necessária à descoberta da verdade e à boa decisão da causa terá de poder ser contraditada, *maxime*, pelo arguido, para que se possa considerar cumprido o imperativo constitucional ínsito no art. 32º, n.º 5, da CRP e reiterado no art. 327º do CPP quanto ao julgamento. O que significa, por exemplo, que após o encerramento da audiência, mas antes da leitura da sentença, sendo junta prova documental a requerimento de um dos sujeitos processuais, a mesma não poderá ser tida em conta na sentença, salvo se dada oportunidade aos restantes sujeitos processuais de sobre a mesma se pronunciarem. Na verdade, “se as provas devem ser objecto de apreciação em contraditório na audiência, fica excluída a possibilidade de decisão com base em elementos de prova que nela não tenham sido apresentados e discutidos (arts. 327º, 355º, 348º e 360º)”⁴³.

3. Fundamentação do princípio do contraditório e a sua autonomia

O princípio do contraditório *qua tale*, ou seja, não apenas como direito de audiência, foi objecto de consagração constitucional logo no alvor da constituição processual penal, tendo a actual redacção tido origem na Lei Constitucional n.º 1/82, de 30 de Setembro. Na versão de 1976, o art. 32º apenas subordinava a audiência de julgamento ao princípio do contraditório, tendo os actos instrutórios determinados por lei sido acrescentados pela revisão constitucional de 1982.

Em termos constitucionais, e quanto aos seus destinatários, este princípio implica

⁴³ SILVA (2013), p. 87.

“(a) dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes (acusação e defesa) em relação a assuntos sobre os quais tenha de proferir uma decisão; (b) direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afectados pela decisão de forma a garantir-lhes uma influência efectiva no desenvolvimento do processo; (c) em particular, direito do arguido de intervir no processo e de se pronunciar e contraditar todos os testemunhos, depoimentos ou outros elementos de prova ou argumentos jurídicos trazidos ao processo, o que impõe designadamente que ele seja o último a intervir no processo (...); (d) proibição por crime diferente do da acusação, sem o arguido ter podido contraditar os respectivos fundamentos (...)”⁴⁴.

Os actos de instrução abrangidos pelo princípio do contraditório não se devem confundir com os actos da fase processual da instrução. Com efeito, tratam-se, em primeiro lugar, apenas daqueles actos instrutórios que a lei subordinar ao princípio do contraditório e, por outro lado, de todos os actos de instrução que a lei subordinar a este princípio, independentemente da fase processual em que os mesmos ocorram⁴⁵.

Atendendo à proximidade que o princípio do contraditório com o princípio da verdade material e com o próprio direito de defesa do arguido⁴⁶, pode o mesmo ser também compreendido como direito de audiência (*audiatur et altera pars*) – enquanto condição para ser possível pensar-se e experimentar-se a igualdade no seu sentido jurídico⁴⁷ –, à semelhança do que vem constitucionalmente consagrado na Lei Fundamental alemã (Art. 103, 1 GG). Todavia, parece-nos existir uma diferença entre ambos – o direito a ser ouvido não implica, necessariamente, uma noção de contraditoriedade, que parecerá estar, assim, por natureza, mais associada à própria produção de prova⁴⁸. Com efeito, através de uma lógica de falsificabilidade de hipóteses – consubstanciadas pelas provas apresentadas – colocadas à apreciação do juiz, enquanto terceiro imparcial, com vista à obtenção do conhecimento que, *in casu*, se equivale à procura da verdade material, o contraditório como método permite a verificação e eliminação de hipóteses através da

⁴⁴ GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA (2007), Vol. I, CRP Anotada, Coimbra: Coimbra Editora, p. 523.

⁴⁵ Assim também, MIRANDA, Jorge/MEDEIROS, Rui (2005), *Constituição Portuguesa Anotada*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, p. 360.

⁴⁶ DIAS (2004), p. 153; CORREIA (1978), p. 365. Este último autor enfatiza, aliás, *op. cit., loc. cit.*, que “o princípio do contraditório, traduzindo-se, ao menos, num direito à defesa, num direito a ser ouvido (...), é coisa que hoje todos os autores, ao que sabemos, consideram indiscutível”.

⁴⁷ LINHARES, J. M. Aroso (2014), “O *projectar* do mundo prático do direito enquanto prática de comparação-tribuere”, *Revista Portuguesa de Filosofia* 70, pp. 309-326, p. 323-324.

⁴⁸ Esta a posição de MENDES (2015), p. 207.

(participação na) produção de prova, não apenas pela entidade acusadora, mas também pelo sujeito acusado.

Todavia, o âmbito do contraditório, como visto *supra*, não se reduz à produção de prova, dado que, na verdade, engloba a possibilidade – direito! – de contraditar “as alegações, as iniciativas, os actos ou quaisquer atitudes processuais da autoria da outra parte”⁴⁹, ou seja, de todos os sujeitos processuais em relação de reciprocidade⁵⁰.

Na verdade, o princípio do contraditório, para lá de um princípio processual, pode ainda ser compreendido como um sistema lógico de conhecimento constituindo uma estrutura processual baseada neste critério epistemológico. Mas o seu fundamento axiológico poderá, antes, ser encontrado no postulado de um processo justo e equitativo, consagrado como direito humano, tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (art. 10º), como na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (art. 6º §1)⁵¹.

Considerações finais

O princípio do contraditório, além de ser reflexo da própria estrutura do processo e da sua finalidade de descoberta da verdade material, é, ainda e também, apanágio de um amplo conjunto de direitos processuais, que vão desde os direitos de consulta do processo (arts. 89º, n.º 1 e 90º do CPP), como também no direito do arguido de ser ouvido pelo tribunal ou pelo juiz de instrução sempre que eles devam tomar qualquer decisão que lhe diga respeito (art. 61º, n.º 1, al. *b*), do CPP). Outros afloramentos existem, desde o regime de alteração do rol de testemunhas (art. 316º, n.º 1, do CPP) aos casos de restrição de publicidade da audiência (art. 321º, n.º 3, do CPP).

Todos eles confluem em um mesmo sentido: o princípio do contraditório em processo penal não se apresenta apenas como uma regra programática de imposição constitucional, “como também [como] um conjunto de regras pragmáticas que se concretizam em direitos de intervenção processual e regimes específicos sobre a forma de decidir certas questões no processo”⁵².

⁴⁹ NEVES (1968), p. 46.

⁵⁰ Coincidente, MALAFAIA (2004), p. 517.

⁵¹ Cfr. RENZIKOWSKI, Joachim (2004), “Fair Trial als Waffengleichheit – adversatorische Elemente im Strafprozess?”, in: *Die EMRK in Privat-, Straf-, und Öffentlichem Recht. Grundlagen einer europäischen Rechtskultur*, Basel: Schulthess, pp. 97-122, p. 116 e s.; *Rowe and Davis v. The United Kingdom* (TEDH, 16.02.2000).

⁵² PINTO (1998), p. 232.

Dinâmica que, aliás, se reflecte mesmo em relação a novos intervenientes processuais, como é o caso da vítima (art. 67º-A do CPP), que mesmo não se tendo constituído como assistente, tem direito a ser ouvida se assim o solicitar (art. 292º, n.º 2, do CPP)⁵³.

Na verdade, a relevância deste princípio assenta no pressuposto de que o facto e a pena que implicam a razão de ser e o culminar do processo não se encontram aprioristicamente definidos, antes decorrem de um processo – que é, também ele, comunicação – de diálogo entre os vários intervenientes processuais⁵⁴. Assim, o princípio do contraditório, não devendo ser confundido nem subsumido ao direito de defesa e ao princípio da verdade material, contribui, todavia, para a sua plena realização, possibilitando assim que o processo penal possa e continue a afirmar-se como o caminho para a justa decisão do caso concreto.

⁵³ TAVARES, Sandra (2017), “A consagração formal da vítima no processo penal português”, *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto*, n.º 9, pp. 225-232, p. 228.

⁵⁴ CALLIESS, Rolf-Peter (1974), *Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Frankfurt: Fischer, p. 97.