



Gustavo Junqueira

SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

NOTES ON THE PRINCIPLE OF PRESUMED INNOCENCE

Víctor Moreno Catena

RESUMO

Explica que o princípio da presunção de inocência não só abrange o momento da sentença – de modo que o juiz não pode condenar o acusado sem a convicção da culpabilidade para além de toda a dúvida razoável – mas também exige que este seja tratado como inocente até o momento de sua condenação.

Esclarece que tal perspectiva tem consequências muito relevantes na justificativa das medidas cautelares que se acordam durante o processo e na própria atitude do acusado, que tem direito a não colaborar com a investigação e a manter-se em silêncio.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Penal; Espanha; Europa; inocência – presunção de; sentença; silêncio; julgamento.

ABSTRACT

The author explains that the principle of presumed innocence not only covers sentencing – so that the judge may not convict the defendant if not convinced of his/her guilt beyond all reasonable doubt – but also requires that the accused be treated as innocent until conviction.

According to the author, such perspective has significant effects on the support for the preventive injunctions agreed upon during proceedings and on the defendant's very behavior, who is entitled to be uncooperative with the investigation and to remain silent.

KEYWORDS

Criminal Procedure Law; Spain; Europe; innocence – presumption of; sentence; silence; judgment.

* Texto da conferência ministrada na Escola de Magistratura Regional Federal (EMARF) do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF2), em 18 de junho de 2015, no Rio de Janeiro, em evento organizado em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Justiça Administrativa (PPGJA) da Universidade Federal Fluminense (UFF).

1 O PROCESSO PENAL COMO SISTEMA DE GARANTIAS

O processo penal é provavelmente o principal campo de tensão entre a segurança pública e o direito à liberdade de quem se vê submetido a dito processo. Quando alguém é constituído como arguido num processo, a sua liberdade aparece seriamente ameaçada, e põe-se em grave risco o **valor político que representa a liberdade**, bem como o conjunto de direitos que constituem as liberdades civis, principalmente a honra e o património, quer pela imposição definitiva de sanções numa eventual sentença condenatória, quer por força das medidas cautelares que podem ser adotadas durante a substanciação do procedimento.

[...] em alguns países, a investigação dos delitos ainda se mantém sob o princípio inquisitório, e isso sucede na Espanha, com um juiz encarregado de dirigir ou controlar a averiguação dos fatos e assegurar as responsabilidades dos arguidos [...]

102

Também é certo, porém, que, em face do direito à liberdade, a segurança pública e a **segurança na pacífica convivência**, na imperturbabilidade da tranquilidade pessoal e no desfrute das próprias liberdades representam também um valor digno de proteção especial e contam com o processo penal como o instrumento fundamental na luta contra a criminalidade.

Atravessamos atualmente momentos de profunda reflexão sobre essa matéria que nos permite focar a análise a partir de duas perspectivas que se tornam complementar. Por um lado, discute-se a **eficácia** do processo penal, e vemos que, ao ser um instrumento de política criminal, deve dar uma resposta cabal, ágil e eficaz às infrações contra os bens jurídicos mais preciosos para o conjunto da sociedade, que são aqueles que o direito penal protege. Por outro lado, apresenta-se o cumprimento das **garantias processuais** na persecução penal, isto é, analisa-se se o modelo atual que respeita as exigências e os direitos fundamentais construídos durante décadas e que se reconhecem tanto nas normas constitucionais, como nos Códigos

processuais e nas resoluções que os interpretam, assim como nos textos internacionais sobre direitos humanos.

As reformas processuais penais que estão sendo levadas a cabo são instadas a ser o paradigma de uma transformação integral, completa e sistêmica sobre a forma de compreender e estruturar o sistema de persecução e julgamento criminal. O processo de alteração da justiça penal surge a partir da exigência de modificar as obsoletas instituições jurídicas próprias do modelo processual inquisitório ou do acusatório misto, para substituí-las pelas propostas, princípios e lógicas do modelo acusatório. Não se trata de mera alteração nominal, nem sequer de substituir a distribuição das responsabilidades processuais dos atores públicos que in-

tervem no processo, mas sim de alterar o modo de entender a justiça penal. A migração do sistema penal que temos chamado de "acusatório formal", mas que mantém estruturas e características próprias do processo inquisitório, a um processo acusatório é uma tarefa difícil, porque a finalidade essencial do processo penal não pode ser encontrar e castigar o culpado, e sim garantir ao conjunto da sociedade que se vai proceder a um julgamento justo.

Quando se modifica, no século XIX, o processo penal na Europa continental e na América Latina, parte-se do modelo napoleônico do *Code d'Instruction Criminelle* de 1808, que tem as suas raízes nos princípios revolucionários da liberdade do indivíduo e do respeito pela pessoa humana, e cujas primeiras e mais importantes derivações é situar o homem no centro do procedimento penal. Essa mudança de paradigma foi acompanhada do trânsito do direito penal de autor para o direito penal do fato, fazendo com que a repressão não tivesse já como referente uma pessoa, mas sim um fato ilícito, superando, desse modo, a infausta etapa das **inquisições gerais**.

No novo modelo de julgamento pe-

nal, o tratamento do arguido apresenta uma alteração radical, pois se transferem para as leis processuais os princípios de respeito pela pessoa e de salvaguarda dos seus direitos básicos no tratamento que os órgãos públicos têm de dar ao arguido, apresentando os postulados de Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1764) e, para além disso, reconhecem-se alguns direitos fundamentais de conteúdo processual que, como o direito à presunção de inocência, o direito a ser informado acerca da acusação, o direito a não declarar ou o direito à defesa, constituem uma viragem definitiva no processo penal. Nesse processo penal, que tem como referência o modelo inglês, o arguido, tradicionalmente considerado objeto do processo, passou a ser a sua figura principal e podia intervir nele a partir do momento em que a acusação fosse formulada pelo instrutor.

O atual modelo de processo penal dos estados constitucionais de direito, isto é, em toda a cultura jurídica europeia e americana, inscreve-se dentro do processo de partes. No entanto, em alguns países, a investigação dos delitos ainda se mantém sob o princípio inquisitório, e isso sucede na Espanha, com um juiz encarregado de dirigir ou controlar a averiguação dos fatos e assegurar as responsabilidades dos arguidos, embora o julgamento e a sentença respeitem o princípio acusatório, pelo menos formalmente. Contudo, a imparcialidade do julgamento, com um juiz que assumiu as faculdades instrutórias e que decide sobre a legalidade da sua própria atuação, está inevitavelmente comprometida: o julgamento só pode ser iniciado quando se tiver estabelecido a acusação judicial, que decide que há causa provável para o julgamento.

Para superar o processo penal inquisitório, um elemento capital do processo penal moderno é o direito a ser informado acerca da acusação a qualquer momento; dessa maneira, evitam-se as inquisições gerais e impede-se a atuação secreta e ignorada do aparelho estatal, que poderia durar indefinidamente e manter viva a suspeita sobre o investigado, para depois cair sobre ele no momento mais inesperado. No processo inquisitório, o instrutor inquiria sem comunicar o que procurava e podia interrogar um suspeito sem o informar sobre o motivo e sobre a razão de a suspeita

recair sobre ele; muitas vezes, era interrogado não porque se presumia que tinha cometido um fato ilícito, mas sim para se saber se tinha feito alguma coisa.

Em conclusão, o arguido tem sido cercado por um conjunto de garantias que configuram um estatuto processual que, com enormes esforços, se tem conseguido assentar na cultura jurídica ocidental. Aqui reside precisamente o maior avanço do civismo, da cultura democrática, que se enfrenta à resposta penal e que passa pela salvaguarda dos direitos da pessoa que está submetida ao processo. O arguido tem, desde a sua constituição como parte do processo penal, direito a defesa.

A mera acusação policial confere ao sujeito uma série de direitos de defesa que devem ser escrupulosamente respeitados: em primeiro lugar, o de ter conhecimento de que há uma investigação que o aponta como presumível responsável; em segundo lugar, o de ter a assistência de advogado; e, em terceiro lugar, o de propor a prática de elementos probatórios para se libertar do procedimento. Por isso, também quando as atuações da polícia ou as diligências do procurador finalizam com o arquivamento e não se inicia procedimento judicial algum, o arguido tem de ser informado acerca dessa decisão, para controlar a legalidade das medidas realizadas.

Segundo o que foi exposto anteriormente, pode-se afirmar que o eixo de qualquer reforma processual penal tem de alcançar um ponderado equilíbrio entre a necessidade de afiançar o direito do arguido à presunção de inocência e a um processo penal justo, com o direito de todas as partes a um processo penal rápido e sem dilações indevidas, e o dever estatal de perseguir eficazmente os delitos.

Desde a perspectiva internacional, tanto as reformas introduzidas quanto a análise de qualquer sistema de justiça criminal exigem o respeito por esses direitos e a vigência dos princípios orientadores que os sustentam, como núcleo processual comumente assumido pela comunidade internacional.

É atualmente um valor universalmente aceito que o processo penal, antes de mais, tem de respeitar as garantias processuais do Estado democrático constitucional e de Direito, a maioria das quais foi instaurada pelo movimento liberal, e impulsionada posteriormente à Segunda Guerra Mundial como reação ante o horror cometido pelos Estados totalitários e como consequência da aprovação dos Pactos Internacionais de Direitos Humanos, primeiro na Europa e depois no continente americano. A proclamação dos princípios e garantias fundamentais do processo penal em normas de caráter internacional é, portanto, um fenómeno intimamente relacionado ao reconhecimento dos Direitos Humanos, alcançado, em escala mundial, durante a segunda metade do século XX.

2 O DIREITO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO CHAVE DO SISTEMA PENAL

A presunção de inocência funciona como princípio básico de todo o sistema penal, na medida em que situa o processo penal entre os parâmetros constitucionalmente admissíveis. O processo penal deve resolver o conflito jurídico que se apresenta entre a sociedade, afetada nos bens jurídicos que são tutelados nas normas do Código Penal, e o presumível autor da infração a esses bens, por ter realizado uma conduta ilícita. Esse conflito tem somente duas soluções: ou a pessoa referida como

infrator o é de fato e o Estado tem, nesse caso concreto, direito a castigar essa conduta, impondo uma sanção penal, ou se tem de ditar sentença de absolvição; *tertium non datur*.

Desde os postulados revolucionários franceses, tem-se tido em conta que não existe um direito subjetivo à imposição de sanções penais, isto é, que a acusação, no processo penal, não pretende o reconhecimento de direitos próprios nem é titular da relação jurídica. No processo penal, estão sendo ventilados interesses públicos, pois se trata de determinar, primeiramente, se, nesse caso concreto, o Estado tem o poder de impor uma sanção dessa natureza ao acusado; em segundo lugar, é preciso verificar se as medidas que forem adotadas tanto para investigar como para assegurar a prova ou o desenvolvimento do processo podem afetar o exercício de direitos fundamentais, mais concretamente a liberdade pessoal.

Por essas duas razões, o processo penal é regido por um princípio que deve ser permanentemente respeitado, desde o seu início até a decisão judicial transitada em julgado: a **presunção de inocência**, que exige que se coloque o arguido como protagonista das atuações do procedimento.

Esse direito fundamental significa duas coisas: por um lado, segundo é geralmente reconhecido, a presunção de inocência é uma **regra de julgamento**, o que significa que uma pessoa só pode ser considerada culpada quando o julgador a condenar por ter alcançado a convicção acerca da sua culpabilidade para além de qualquer dúvida razoável, tomando como base as provas de acusação suficientes e legalmente obtidas.

Entretanto, juntamente a essa manifestação da presunção de inocência como regra de julgamento, opera outra distinta, que a faz funcionar como **regra de tratamento do arguido**, o que significa que este deverá ser tratado como inocente até que uma sentença transitada em julgado declare a sua responsabilidade penal, isto é, durante todo o procedimento penal.

[...] quando as atuações da polícia ou as diligências do procurador finalizam com o arquivamento e não se inicia procedimento judicial algum, o arguido tem de ser informado acerca dessa decisão, para controlar a legalidade das medidas realizadas.

No Livro Verde da Comissão Europeia sobre a presunção de inocência, de 2006¹, após reproduzir o art. 6.2 do CEDH (*Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada*) e o art. 48 da CDFUE (*Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa*), resume-se o conteúdo da jurisprudência do TEDH, referindo-se em oito pontos que: i) a presunção de inocência só se aplica a favor da pessoa contra quem se apresentaram queixas; ii) o acusado deve ser tratado como se não tivesse cometido qualquer infração até que o Estado, por meio das autoridades responsáveis pelo exercício da ação penal, apresente provas suficientes para que um tribunal independente e imparcial o declare culpado; iii) a presunção de inocência requer que os membros do tribunal não tenham uma ideia preconcebida de

que o acusado tenha cometido a infração da qual é acusado; iv) não se deve produzir qualquer pronunciamento judicial sobre a culpabilidade do acusado antes de este ter sido declarado culpado por um tribunal; v) o acusado não poderá ser detido em regime de prisão preventiva salvo por motivos excepcionais e, se o for, desfrutará de condições de detenção adequadas à sua presumível inocência²; vi) a carga da prova da culpabilidade recai sobre o Estado, e qualquer dúvida será favorável ao acusado e este poderá negar-se a responder às perguntas; vii) geralmente, não será exigido ao acusado que apresente provas autoincriminatórias e viii) os seus bens só poderão ser embargados mediante processo adequado.

Contudo, a própria estrutura do processo penal de cada país, que incide na duração da resposta definitiva do Estado quando iniciada a persecução penal, pode afetar a presunção de inocência, sobretudo se o ordenamento jurídico determina um processo praticamente interminável.

Do mesmo modo que o suspeito não pode ser tratado como culpado até o momento em que a sentença seja definitiva, o Estado também não pode manter indefinidamente abertas as acusações contra ele. A situação de sujeição perpétua do acusado ao procedimento penal é incompatível com a presunção de inocência, porque não se pode vincular o processo a essa pessoa de forma permanente.

É fato que certas garantias impõem determinada estrutura do processo penal, como o direito reconhecido no art. 14.5 (e seguintes) do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos, de Nova Iorque, de 16 de dezembro de 1966 (PIDCP), de que *toda a pessoa declarada culpada de um delito tem direito a que o fato condenatório e a pena que se lhe haja imposto sejam submetidos a um tribunal superior conforme o prescrito na lei*³.

A proclamação dos princípios e garantias fundamentais do processo penal em normas de caráter internacional é [...] um fenômeno intimamente relacionado ao reconhecimento dos Direitos Humanos [...]

Portanto, essa disposição exige abrir uma impugnação contra as sentenças condenatórias para que possam ser revistas por outro tribunal, e isso impõe um tempo maior para a finalização do procedimento. É precisamente a possibilidade de que as acusações interponham um recurso contra sentenças absolutórias, com o resultado de uma condenação pelo tribunal superior, que tem levado a suspender o que determina o art. 14.5 do PIDCP: a obrigação de se arbitrar um novo recurso para quem for condenado pela primeira vez em segunda instância ou em cassação.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU parte dessa necessidade, considerando que a condenação pelo tribunal de segundo grau supõe uma violação do PIDCP, caso não se articule uma nova impugnação contra essa decisão. Desse modo, na Ditame de 22 de julho de 2005 (CCPR/C/84/D/1095/2002, caso Bernardino Gomariz Valera), sustentava-se que: *A circunstância de que uma pessoa absolvida em primeira instância seja condenada em apelação por um tribunal de segunda instância,*

na ausência de uma reserva pelo Estado de origem, por si só, não pode menoscabar seu direito à revisão de sua sentença e condenação por um tribunal superior. (Seção 7.1).

Essa doutrina se reitera na Decisão de 31 de outubro de 2006 (CCPR/C/88/D/1325/2004, caso Mario Conde Conde), na qual se observou que: *O Supremo Tribunal condenou o autor por um delito de falsidade em documento comercial, âmbito em que havia sido absolvido em primeira instância, e se requalificou o delito de apropriação indevida como delito continuado, uma vez que se considerou que o crime não havia prescrito. Com base nessas considerações, o referido tribunal revogou parcialmente a sentença em primeira instância e aumentou a pena imposta, sem possibilidade de que o fato condenatório e a pena fossem revisados por um tribunal superior conforme a lei. O Comitê considera que os fatos que tem diante de si constituem uma violação do § 5º do art. 14.*

Com toda a clareza, o Comitê, no Ditame de 31 de dezembro de 2006 (CCPR/C/88/D/1332/2004, caso Juan García Sánchez e Bienvenida González Clares), afirma o mesmo, quando sustenta que o art. 14.5: *Não só garante que a sentença seja submetida a um tribunal superior, como ocorreu no caso dos autores, como também que a condenação seja igualmente submetida a uma segunda instância de revisão, o que não ocorreu no caso em foco. O fato de uma pessoa absolvida em primeira instância ser condenada em apelação pelo tribunal de segunda instância não pode, por si só, menoscabar seu direito à revisão da sentença e da condenação por um tribunal superior.* (Seção 7.2).

Essa doutrina e suas consequências para os sistemas jurídicos do *civil law* exigem que o art. 14.5 do PIDCP seja integrado, de forma lógica, aos ordenamentos nacionais da Europa continental e da América Latina, nos quais o sistema de recursos, garantindo a igualdade das partes no processo, autoriza a impugnação da sentença por todas as partes. Disso resulta o fato de que não só o condenado pode recorrer, mas também o acusador pode impugnar a sentença absolutória.

Desde a sentença 167/2002 do Plenário do Tribunal Constitucional Espanhol, refletida posteriormente em outras sentenças do mesmo tribunal, como a 28/2004, de 4 de março, modificou-se, substancialmente, a doutrina jurisprudencial na Espanha, que, atualmente, sustenta que: *após examinar a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos relativa ao artigo 6.1 do Convênio Europeu para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (SSTEDH, de 26 de maio de 1988 – caso Ekbatani contra Suécia, §§ 24 e 27-29, de outubro de 1991 – caso Helmers contra Suécia, §§ 31 e 32-8, de fevereiro de 2000 – caso Cooke contra Áustria e caso Stefanelli contra San Marino, de 27 de junho de 2000 [PROV 2000/178341] – caso Constantinescu contra Romênia, § 53- e 25 de julho de 2000 – caso Tierce e outros contra San Marino-), o Plenário do Tribunal Constitucional chegou à conclusão de que ‘se, por um lado, não cabe afirmar que um tribunal de apelação esteja investido de jurisdição plena, por outro, tal circunstância implica sempre [...] o direito a uma audiência pública em segunda instância [...] contudo, quando o tribunal de apelação conhece tanto as questões de fato como de direito, e, em especial, quando estuda a culpabilidade ou a inocência do acusado em seu conjunto, o Tribunal Europeu de Direitos*

Humanos entende que a apelação não pode ser resolvida em um processo justo sem um exame direto e pessoal do acusado que negue haver cometido a infração passível de punição, de modo que, em tais casos, o novo exame pelo tribunal de apelação da declaração de culpabilidade do acusado exige uma nova e completa audiência em presença do acusado e dos demais interessados ou partes contrárias.

Nesse contexto, para proteger seus próprios sistemas nacionais, alguns Estados europeus como Alemanha, Áustria, Bélgica, Luxemburgo e Noruega registraram, em suas respectivas ratificações ao PIDCP, algumas reservas, que se referem a não necessidade de que, em todos os casos, seja possível a interposição de recurso pelo fato de que o acusado, absolvido por um tribunal inferior, seja condenado, pela primeira vez, pelo tribunal de apelação.

No entanto, como o próprio Comitê pondera, a Espanha, ao constituir-se como parte do Pacto no Protocolo Facultativo, reconheceu a competência daquele para decidir se o PIDCP foi violado e, em conformidade com o segundo artigo do mesmo documento, comprometeu-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em território espanhol ou estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no PIDCP. A ratificação espanhola não trazia nenhuma reserva ou declaração, diferentemente dos cinco países mencionados e, por isso, a Espanha assumiu integralmente o Pacto e aceitou a jurisdição e a competência do Comitê de Direitos Humanos para decidir sobre o cumprimento dos preceitos da disposição internacional, incluindo o disposto no art. 14, devendo agora conformar-se a ele.

Em consequência, deve-se proceder a uma impugnação contra as sentenças condenatórias independentemente do momento em que sejam proferidas. Contudo, esse princípio não pode impedir nem menoscabar o dever estatal de combater, de modo eficaz, os delitos sempre que se respeitem os direitos e as garantias fundamentais.

Pode-se e deve-se atribuir ao superior as faculdades para controlar e revisar, de acordo com o sentido e o alcance do recurso, as falhas no procedimento e nas garantias processuais cometidas

nessa instância, assim como a motivação da sentença, incluindo os erros de fato na apreciação da prova. Nesses casos, o tribunal de apelação deverá ordenar o reenvio das ações ao juiz *a quo* quando considerar que se produziu a infração denunciada. Deve-se, ainda, atribuir ao órgão de apelação o controle e a revisão da interpretação e da aplicação da lei penal na sentença da instância. Quando se trata de desconformidade com a valoração e a apreciação das provas praticadas, porém, suscitando um pronunciamento contrário ao da instância de base ao conceder um crédito diferente a algum meio de prova, o recurso de apelação, assim como o recurso ordinário e incondicionado, não é adequado.

A presunção de inocência funciona como princípio básico de todo o sistema penal, na medida em que situa o processo penal entre os parâmetros constitucionalmente admissíveis.

Desse modo, torna-se possível reparar as falhas e erros cometidos pelo juiz, tanto no procedimento como na sentença, exceto quando o motivo da impugnação se sustenta em um critério diferente de valoração das provas pessoais praticadas em juízo e quando a sentença for condenatória. Caso se trate de sentenças absolutórias, não será possível tentar alterar o juízo do tribunal *a quo*, ainda que isso não impeça a acusação de impugnar a decisão por qualquer outro motivo, incluindo os erros de raciocínio ou de apreciação, que possam resultar em condenação. O único impedimento diz respeito ao recurso contra as sentenças absolutórias por erros de valoração.

É evidente que, desse modo, produz-se uma assimetria nas posições das partes processuais, que não é ignorada no processo penal. Isso não significa que seja vedado à acusação denunciar os erros que afetaram o juiz da instância nem que se desvirtuem suas funções de assegurar a correta aplicação da lei penal e de defender os interesses da sociedade, mas que se introduz uma limitação à acusação de definir um motivo concreto de impugnação contra a sentença em primeira instância. Quanto ao princípio de igualdade entre a acusação e a defesa, não se trata de atribuir a ambas as partes poderes e faculdades processuais idênticos, de maneira que se poderá estabe-

lecer um tratamento desigual quando se mostre devidamente justificado e razoável, de acordo com os interesses que cada uma delas defende no processo.

Sob a perspectiva do respeito ao princípio de igualdade, será necessário justificar, em termos de adequação a um fim constitucionalmente legítimo e proporcional, a exceção que se sustente, proibindo a impugnação da acusação quando se pretenda que o órgão de apelação realize uma valoração diferente dos meios de prova praticados ante o juiz *a quo*⁴.

Por um lado, não cabe dúvida de que, como apregoava a sentença da Corte Suprema dos Estados Unidos do caso *Green v. United States*, 355 U. S. 184 (1957): *Não se deveria autorizar*

ao Estado, com todos os seus recursos e seu poder, realizar reiteradas tentativas de condenar o indivíduo por um mesmo delito, fazendo-o passar por uma situação de dificuldade que não só o faz incorrer em gastos, como também o submete à terrível experiência do processo, obrigando-o a viver em um estado de contínua ansiedade e insegurança, reforçando a possibilidade de que, ainda que inocente, possa acabar sendo declarado culpado.

Essa consideração se relaciona à aplicação da garantia constitucional da proibição do duplo risco para o acusado (*double jeopardy*) que fora submetido a um duplo julgamento. Tal proibição deriva da 5ª Emenda da Constituição dos Estados Unidos. Por isso, para o acusado, a sentença absolutória é a final, dando cabo ao período em que ficara exposto ao risco da condenação, de modo que o Estado não pode abrir um novo julgamento por meio da apelação contra uma sentença absolutória, ainda que esta possa parecer equivocada⁵.

Por outro lado, a par dos erros materiais de apreciação ou das falhas na motivação, isso não significa que a decisão em primeira instância seja a correta e não se possam cometer erros, mas que a possibilidade de revisão da sentença condenatória se limita, tanto pela posição do Estado e das acusações no julgamento oral.

Se fosse permitida uma revisão completa do conteúdo da sentença, não se evitaria a falibilidade do julgamento, e sim a substituição de um critério (o do órgão inferior) por outro (o do órgão superior) apenas pelo argumento de autoridade, pois significaria motivar uma sentença condenatória sobre um mesmo material probatório, o que destruiria a presunção de inocência.

No entanto, quando é o acusado quem pretende recorrer de uma sentença condenatória, poderá fazê-lo por qualquer motivo, incluindo erros de valoração da prova, o que deverá ser fundamentado com precisão, para evitar uma abertura incondicional da atividade probatória em apelação. Se o acusado alegar, com fundamento, que se deve mudar o valor ou a credibilidade de um meio de prova, uma audiência deverá ser realizada ante o órgão *ad quem*.

A interminável duração dos procedimentos penais, devido às sucessivas vias de impugnação que podem ser abertas em um sistema jurídico concreto, em ocasiões com duas instâncias e dois recursos extraordinários que impeçam a firmeza da sentença, tem merecido uma resposta díspare por diferentes ordenamentos.

Em alguns países, a solução passa por entender que a sentença é firme em determinado grau, ainda quando se haja aberto ou se possa abrir uma via de amparo ante a jurisdição constitucional, de modo que seja possível executar a sentença de condenação mesmo quando esta possa ser anulada ao final.

Em outras ocasiões, como sucede no Brasil ou na Itália, aplica-se o mecanismo da prescrição, que exige que se ponha fim à persecução penal pelo mero transcurso do tempo, desde o início das ações processuais. Não parece que essa seja a melhor solução, sobretudo, se não se leva em conta o comportamento processual do próprio condenado pela instância, ou seja, se sua intervenção no procedimento não tenha sido com fins exclusivamente dilatórios ou se a duração excessiva se justificar pela utilização de recursos infundados para, desse modo, ganhar a prescrição.

Em todo caso, o Estado tem que arbitrar as medidas que, de uma parte, agilizem o procedimento penal, com meios materiais e pessoais suficientes, e, de outra parte, garantam os direitos de quantos intervenham ante a jurisdição criminal e, finalmente, permitam cumprir com o dever de combater os delitos, sem que se encontrem presos em uma situação de bloqueio e de renúncia de fato a sancionar as condutas merecedoras de reprovação legal.

2.1 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE TRATAMENTO

É importante determinar o âmbito temporal em que se reconhece esse direito, isto é, se se aplica apenas a favor da pessoa contra quem se apresentaram queixas⁶, o que parece reclamar um ato formal de acusação por parte dos poderes públicos, ou também se cabe antes de as autoridades competentes lhe terem comunicado a sua condição de suspeito ou acusado, em qualquer fase do processo, e se estende até a sua conclusão.

A presunção de inocência exige que se **considere e se apresente como inocente uma pessoa até que seja ditada uma sentença condenatória**, e o problema surge imediatamente quando se trata de determinar a quem se aplica o dever de preservar a presunção de inocência. De acordo com a jurisprudência do TEDH, o dever de respeitar esse direito aplica-se a todas as autoridades, sejam autoridades judiciais, sejam de outros cargos públicos e funcionários, como os responsáveis poli-

ciais (assim, na STEDH de 28 de junho de 2011, no caso *Lizaso Azconobieta contra Espanha*, o Tribunal entendeu que se tinha produzido uma violação da presunção de inocência por umas declarações à imprensa do Governador Civil de Guipúzcoa em 1994, em que este acusava o recorrente de pertencer a um comando da ETA; após prestar declaração perante o juiz central de instrução, foi posto em liberdade sem queixas e nunca chegou a ser acusado de qualquer delito)⁷.

Muito frequentemente, a aflição que a pessoa submetida a um processo penal sofre é muito maior pela repercussão midiática da sua detenção ou da sua acusação do que pela própria sentença condenatória, quando esta chega a produzir-se. O fator da proximidade temporal aos fatos e a memória mais vívida do sucedido fixam, na opinião pública, a imagem da acusação, enquanto a condenação, no seu caso, virá depois de um prolongado período de procedimento penal e merecerá somente um espaço minúsculo no mesmo meio de comunicação. Essa imagem inicial costuma perdurar, de modo que, quando o arguido é declarado inocente, numa sentença de absolvição, a reparação do seu direito se torna praticamente impossível.

Essas circunstâncias exigem que sejam adotadas todas as cautelas nas comunicações das autoridades com os meios de comunicação, evitando transmitir-lhes a ideia de que o suspeito é, na realidade, um condenado, para além da utilização de alguma palavra (como presumível, presumivelmente) que permita formalmente justificar a transmissão da notícia aos jornalistas. Apesar de o TEDH considerar que é defensável que as autoridades possam informar publicamente sobre as investigações e expressar suspeitas de culpabilidade⁸, isso só é permitido se a suspeita não for uma declaração de culpabilidade do acusado⁹ e se manifestar com discrição e prudência.

Indubitavelmente, a **informação sobre as investigações em curso**, ou sobre o procedimento penal em tramitação, é muitíssimo delicada para garantir, suficientemente, a presunção de inocência, pois o fato de a notícia provir de uma fonte pública confere-lhe uma maior credibilidade, próxima à certeza, acerca da culpabilidade da pessoa sobre a qual se informa. Claro é que isso não significa que se ocultem à opinião pública os avanços na investigação criminal; é dever da polícia e do Ministério Público passar aos cidadãos a resposta que o sistema penal consegue dar perante a existência de um delito, especialmente quando este tiver tido grande repercussão pública e chegar a atemorizar e inquietar a população.

Por isso, como reconhece a STEDH, de 28 de junho de 2011 (caso *Lizaso Azconobieta c. Espanha*): *O artigo 6.2 não pode impedir, em virtude do artigo 10 do Convênio, que as autoridades públicas informem os cidadãos sobre o desenvolvimento das investigações penais em curso, mas requer que o façam com total discrição e reserva, tal como é exigido pelo princípio da presunção de inocência (sentenças Allenet de Ribemont, previamente citada, ap. 38 e Y.B. e outros contra a Turquia, n.º 48173/1999 e 48319/1999, ap. 47, 28 de outubro de 2004). Ainda que o Tribunal reconheça que a liberdade de expressão e comunicação implica o direito a informar sobre processos judiciais e, por isso, a possibilidade para as autoridades de tornar públicos dados objetivos extraídos do processo, julga que tais dados devem ser isentos de qualquer valoração ou julgamento de culpabilidade (Sentença Y.B. e outros contra*

a Turquia, previamente citada, ap. 49). O Tribunal realça, a esse respeito, a importância da escolha dos termos pelos funcionários do Estado nas declarações que formulem antes de uma pessoa ter sido julgada e condenada como autora de um delito. Considera, assim, que o mais importante para efeitos de aplicação da citada disposição é o sentido real das declarações em questão, e não a sua forma literal (Sentença Lavents contra Letónia, nº 58442/2000, ap. 126, 28 de novembro de 2002). No entanto, a questão sobre se a declaração de um funcionário público constitui uma vulneração do princípio da presunção de inocência tem de resolver-se no contexto das circunstâncias concretas nas quais foi formulada (Sentença Adolf contra Áustria, de 26 de março de 1982, aps. 36-41, série A, nº 49). Deve-se distinguir entre as declarações que refletem o sentimento de que a pessoa em questão é culpada e as que se limitam a descrever um estado de suspeita. As primeiras le-
sam a presunção de inocência, enquanto as segundas têm sido consideradas, em várias ocasiões, conformes ao espírito do art. 6 do Convénio (Sentença Marziano contra Itália, n. 45313/1999, ap. 31, 28 de novembro de 2002).

Durante a tramitação do procedimento penal, a presunção de inocência também tem de encontrar proteção não só na proibição de apresentar publicamente uma pessoa como culpada antes de uma sentença condenatória transitada em julgado, como também quando se impõem **medidas cautelares**, visto que a adoção de uma medida cautelar supõe, em todos os casos, a privação ou limitação de bens ou direitos pessoais ou patrimoniais para o arguido, que goza da presunção de inocência e se vê privado deles a partir precisamente da sua acusação, o que, em alguns casos, significa impor uma medida exatamente idêntica à pena.

A presunção de inocência como regra de tratamento coloca-se no mesmo campo temporal da investigação do delito e das medidas cautelares, anterior a uma sentença condenatória transitada em julgado, pois algumas dessas atuações representam uma ingerência ou um prejuízo de liberdades ou direitos de quem não tenha sido ainda condenado, e a presunção de inocência exige justamente tratar essa pessoa como inocente

nesses mesmos momentos processuais.

Será preciso, então, explicar suficientemente as relações e a **compatibilidade entre o respeito pelo direito fundamental à presunção de inocência como regra de tratamento e a adoção das medidas invasivas ou restritivas de direitos**. Aqui reside a chave que é preciso desvelar e que autorizaria a decretar intromissões que privam de direitos uma pessoa que está amparada constitucionalmente pela presunção de inocência sem uma sentença transitada em julgado que justifique tal medida, isto é, sem ter conseguido destruir essa presunção.

[...] torna-se possível reparar as falhas e erros cometidos pelo juiz, tanto no procedimento como na sentença, exceto quando o motivo da impugnação se sustenta em um critério diferente de valoração das provas pessoais praticadas em juízo e quando a sentença for condenatória.

As medidas limitativas de direitos do arguido só se podem justificar no horizonte de uma sentença penal condenatória; com elas, tenta-se obter elementos de prova para abrir o julgamento ou garantir que se culmine o procedimento e, em todo o caso, partem da premissa de que se vai declarar culpada a pessoa contra quem se ordenam. Essa atribuição de responsabilidade penal, nos momentos iniciais do processo, tem um caráter provisório, indiciário, mas tem de existir, pois se se considerasse que a sentença seria de absolvição, sem dúvida, tornar-se-ia improcedente adotar qualquer medida, quer de investigação, quer de asseguramento, tal como seria improcedente continuar o processo penal, ao qual deveria pôr-se fim imediatamente¹⁰.

A situação jurídica em que se encontra quem se vê obrigado a suportar a medida é inteiramente distinta: trata-se de um sujeito amparado pela presunção de inocência, ao passo que, com a sentença, produz-se o vencimento dessa presunção de inocência, que se troca pela certeza da culpabilidade.

Por tudo isso, deve-se esclarecer se é **compatível manter que, no processo penal, se respeita a presunção de inocência como regra de tratamento do arguido quando se adotam medidas limitativas de direitos que partem de uma provável**

sentença condenatória.

A presunção de inocência no momento do julgamento só se desvanece quando se tiver obtido a convicção sobre a culpabilidade do acusado para além de qualquer dúvida razoável. Isso não significa que o objetivo que se persegue no procedimento penal seja demonstrar a inocência; muito pelo contrário, como refere Vives, o procedimento penal só deve assegurar que quem tem de sofrer a pena é verdadeiramente culpado, e isso exclui acolher, na sentença condenatória, as versões dos fatos que pareçam “mais prováveis”, ou aquilo que “intuitivamente” se julgue como verdadeiro,

em lugar de ater-se ao que se pode afirmar “sem lugar para dúvidas” como certo. Portanto, não se pode renunciar à verdade, à certeza objetiva e à segurança incontestável, que abrange tanto os fatos como o direito, quanto a imposição da pena quando não se pode ter a certeza de que o delito foi cometido¹¹.

No entanto, é evidente que **nem essas garantias são respeitadas, nem essas provas são praticadas no momento em que a lei autoriza a adoção de medidas limitativas de direitos contra um arguido**, que deve ser tratado como inocente porque a culpa não foi provada. Portanto, tem de ser outra a fundamentação da decisão judicial que as determine, e não a culpabilidade do arguido, sem que se possa esquecer que, efetivamente, se deve partir de indícios incriminatórios, que apontem para uma provável sentença condenatória.

A expressão que a lei processual espanhola utiliza para traduzir o pressuposto do *fumus boni iuris* no sistema de medidas cautelares penais é a de “indícios racionais de criminalidade”, o que aponta para uma tripla direção que pode servir para esses efeitos: em primeiro lugar, tem de tratar-se de **indícios**, isto é, de afirmações baseadas em dados e circunstâncias de fato que se verifiquem nas atuações e que representem mais

que uma mera possibilidade e menos que uma certeza, menos que a verdade que se declara na sentença, e que suponham por si mesmos a probabilidade da prática de um delito, como se disse no Auto do Tribunal Constitucional de 16 de maio de 1984¹².

Em segundo lugar, devem-se tratar de indícios **racionais**, o que supõe a proibição de indícios arbitrários ou caprichosos, como se dizia no Auto do Tribunal Constitucional espanhol, de 2 de junho de 1982 e, sobretudo, faz-se necessário expressar esses indícios, fundamentar fática e juridicamente a resolução, fugindo de impressões subjetivas de quem determinar as medidas. Por último, devem concorrer indícios racionais de **criminalidade**, o que exige concluir, numa acusação objetiva, que efetivamente se cometeu um fato ilícito, e numa acusação subjetiva, que a pessoa contra quem se adota a medida aparece como responsável.

Em qualquer caso, não se pode deixar de lado a ponderação de todas as circunstâncias da causa para respeitar o elementar **princípio de proporcionalidade**, porque a medida não só tem de ser adequada aos fins que com ela se persigam, como, para além disso, deverá guardar a devida proporcionalidade com os fatos que se depuram e com a resposta sancionadora que possa merecer, de modo que o sacrifício que a medida representa na esfera dos direitos do arguido não pode ser mais oneroso para quem a padece do que o possível resultado condenatório da sentença. O raciocínio judicial, a fundamentação da resolução, é precisamente um elemento essencial não só para justificar a medida, como, sobretudo, para entender a violação da presunção de inocência e permitir o controle da decisão do órgão público que a ordena e a sua precisa adequação às normas do ordenamento jurídico.

2.2 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO REGRA DE JULGAMENTO

Como regra de julgamento, a presunção de inocência é um mandato dirigido ao julgador, pelo que unicamente poderá ditar uma sentença condenatória após se ter praticado no processo prova de acusação suficiente e válida, que tenha obtido a convicção do tribunal para além de toda a dúvida razoável.

A absolvição verifica-se nos casos restantes, isto é, quando, por qualquer motivo, não se tiver alcançado a convicção do juiz acerca da culpabilidade, de modo que a justificação na sentença de absolvição possa e deva reduzir-se à expressão da simples dúvida, sem necessidade de refletir sobre os diferentes elementos probatórios que tiverem sido praticados (VIVES, 2017).

A regra da carga probatória deverá aplicar-se sem exceções; transmitir ao acusado a carga de provar a sua inocência, mesmo que seja em casos excepcionais, é radicalmente contrário a qualquer ideia de presunção de inocência e situa-se no campo das presunções de culpabilidade.

Não é suficiente a previsão de que basta que a defesa apresente provas suficientes que suscitem uma dúvida razoável para obter uma sentença de absolvição, porque esse é precisamente o funcionamento regular das normas sobre carga da prova: quando persiste a dúvida em relação a um fato que o juiz não pode dar por provado na sentença, a ausência de prova suficiente terá de prejudicar sempre a parte em quem recai a carga probatória. E, no processo penal, é totalmente evidente que a acusação deve provar todos os fatos constitutivos da sua pretensão acusatória para obter uma sentença condenatória, porque se houver dúvida sobre algum deles e não forem inteiramente

provados os distintos elementos que a condenação exige (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade), então a única solução possível é ditar uma sentença de absolvição.

3 O DIREITO A NÃO SE AUTOINCRIMINAR E A NÃO COOPERAR

Como parece óbvio, a presunção de inocência quebrar-se-ia irremediavelmente se fosse imposto ao suspeito ou acusado um dever de colaborar com as autoridades do sistema penal. Impede-se assim que o Estado, para obter uma mais eficaz persecução do delito, possa chegar a impor uma colaboração ativa ao arguido, de forma que ele próprio tenha de proporcionar à parte contrária, à acusação, elementos probatórios de acusação com base em que seja definitivamente condenado.

O direito a não se autoincriminar e o direito a não cooperar formam, inelutavelmente, parte essencial do direito de defesa (*nemo tenetur contra se detegere*), mas também se devem considerar desde a perspectiva da presunção de inocência, porque o Estado pode impor (e assim o faz) um dever geral de colaboração com a justiça, e muito especialmente com a justiça penal, que cede quando essa colaboração for exigida do arguido¹³.

O direito a não se autoincriminar e a não colaborar deve amparar não somente a mera passividade do arguido perante a atividade investigadora dos poderes públicos e o próprio desenvolvimento do processo penal, como também qualquer iniciativa ou atuação do arguido que tenha como objetivo obstaculizar a investigação ou o processo no enquadramento que a lei lhe autorize, sem que sejam juridicamente reprováveis os atos ou omissões do arguido destinados a distrair, ocultar, dissimular, fazer desaparecer ou destruir os instrumentos ou efeitos do delito, ou elementos probatórios de acusação que possam ser importantes para descobrir e perseguir a ação ilícita.

Embora não se possa pedir ao arguido que proporcione dados ou elementos que o incriminem, isso não significa que o Estado fique inerte perante essas manobras. A lei deve determinar as atuações dos órgãos públicos de investigação penal tendentes a desvelar e descobrir o sucedido e, desse modo, perseguir e sancionar eficazmente o delito. A execução dessas atuações ou medidas de investigação tem de ser regulada por meio de uma norma com valor de lei e ajustar-se ao que nela estiver disposto, porque afeta ou pode afetar direitos dos cidadãos, inclusive direitos fundamentais, porque, no Estado de Direito, não se pode conseguir a verdade a qualquer preço.

As medidas de investigação podem naturalmente afetar ou referir-se aos atos e prevenções que o próprio arguido ou um terceiro tiverem disposto para garantir a sua impunidade, fazendo com que seu delito não chegue a ser descoberto, de modo que possam afetar qualquer âmbito de relação do arguido, incluída a exploração da sua pessoa, com uma exceção: a sua mente, as suas recordações, os seus pensamentos e, obviamente, a expressão desses pensamentos por meio de declarações.

As diligências de investigação que a lei regula compreendem não apenas atuações que afetem ou se refiram a terceiras pessoas alheias ao delito, mas também ao próprio arguido, à sua esfera pessoal e patrimonial, de modo que as autoridades poderão utilizar os recursos jurídicos que a lei prevê para impedir os atos ilícitos do arguido, ou as suas tentativas de fazer fracassar o processo, e conseguir fornecer ao processo os elementos probatórios necessários para desvanecer a presunção de inocência.

As normas legais balizam o campo de atuação dos poderes públicos, os seus limites, do mesmo modo que estabelecem as garantias com que se rodeiam os direitos dos cidadãos. Desse modo, embora não seja imposto ao arguido o dever de colaborar ou de cooperar na descoberta do delito, a lei não lhe permite opor-se à atuação investigadora oficial, sempre que esta cumpra as disposições legais.

Assim, pois, embora as medidas de investigação afetem ou incidam na esfera jurídica e material do arguido, e impliquem um prejuízo ou uma ingerência nos seus direitos fundamentais, se essas medidas forem autorizadas pela lei, sem recorrer a elementos probatórios obtidos com violação dos direitos do arguido, e sempre que satisfaçam as restantes exigências do ordenamento jurídico, serão legítimas, e poderão ser utilizadas como elemento probatório de acusação, capaz de obter a convicção do julgador sobre a culpabilidade do acusado.

4 AS DECLARAÇÕES DO ARGUIDO E O DIREITO AO SILÊNCIO

Como é sabido, uma das principais fontes de prova para levar ao conhecimento do julgador os fatos ilícitos que são objeto do procedimento penal são as declarações, isto é, as manifestações orais que uma pessoa recorda acerca do que lhe é perguntado ou acerca daquilo sobre o qual presta declaração. Quem participou diretamente dos fatos, o autor do delito, é quem melhor pode relatar o sucedido; ele poderá testemunhar em primeira pessoa todas as vicissitudes da ação criminal.

No entanto, se proporcionar toda essa informação incriminatória, será irremediavelmente condenado. Se se conseguir extrair todo o seu conhecimento, como se fosse o arguido o objeto da investigação, o sistema repressivo seria, sem dúvida, eficaz, mas à custa de sacrificar as garantias do processo justo, que se tem construído desde a Revolução Francesa ao se abandonar o processo penal inquisitório.

Portanto, o direito ao silêncio, a permanecer calado, a não declarar, é um elemento básico tanto do direito geral de defender-se e de não se autoincriminar, como, sobretudo, do direito à presunção de inocência.

Posta de lado qualquer possibilidade lícita de violência, pressão ou ameaça para com o arguido, com a finalidade de ob-

ter uma declaração, a lei deve regular as **declarações** que voluntariamente o ele preste, contendo as garantias constitucionais estabelecidas para esse propósito, que devem ser escrupulosamente respeitadas, pois a sua violação invalida a prática da declaração, e o que se tivesse obtido a partir dela careceria de qualquer eficácia processual, como prova de valoração proibida (SSTC 186/1990 e 135/1989).

Obviamente, não se pode desdenhar as declarações que o arguido preste como elementos úteis para a investigação dos fatos que se perseguem. No entanto, a alteração que supõe a aceitação de um processo penal acusatório tem inevitavelmente de acarretar consequências na consideração das suas declarações. Estas têm essencialmente a **natureza de um ato de defesa** e, como tal, devem ser consideradas. Por isso mesmo, o art. 396 LECRIM previne que se lhe seja permitido *manifestar tudo o que julgar conveniente para a sua absolvição ou para a explicação dos factos*. Perante a acusação, pois é nesse conceito que lhe é tomada a declaração, assiste-lhe o direito de defender-se, e podê-lo-á fazer precisamente dando a sua própria versão dos fatos que estão a ser investigados e explicando, se for considerado conveniente, a sua eventual intervenção neles.

[...] quando é o acusado quem pretende recorrer de uma sentença condenatória, poderá fazê-lo por qualquer motivo, incluindo erros de valoração da prova, o que deverá ser fundamentado com precisão, para evitar uma abertura incondicional da atividade probatória em apelação.

Como ato de defesa, embora as declarações do arguido sejam a manifestação de um ato de conhecimento sobre fatos, a lei deve rodeá-las de cautelas e garantias especiais, que vão desde a assistência obrigatória de advogado até a informação integral acerca dos seus direitos, o que não impede que o arguido, exercitando o seu direito à defesa, possa, inclusive, reconhecer os fatos.

A declaração tem de ser prestada na qualidade de arguido; isso significa que ele tem de ser informado, desde o início, que a citação se faz nessa condição, porque é considerado responsável por um delito; assim, pois, desde o princípio e antes de ir prestar declaração, deve ficar es-

clarecida qualquer dúvida a esse respeito.

Isso não obsta a que, nos momentos iniciais da investigação penal, quando não estão ainda definidas as posições e as possíveis responsabilidades, seja frequente que determinadas pessoas sejam chamadas a se declararem como testemunhas por se considerar que têm conhecimento dos fatos, sem que se lhes seja imputada responsabilidade alguma. Se, nesses casos, se chegar a concluir, à medida que o interrogatório for avançando, que o declarante possa ter tido participação criminal nos fatos, deverá suspender-se a atuação para, uma vez informado acerca dos seus direitos como arguido e assistido pelo seu defensor, iniciar-se uma nova diligência (SSTC 19 e 51/2000 e 153/1999, e SSTC, de 8 de março de 1996 e 5 de outubro de 1994).

A declaração do arguido só pode ser prestada na presença do seu advogado defensor, seja este de confiança, seja um defensor público. Dessa forma, o arguido deve ser informado, para que compreenda os direitos que o assistem na sua declaração, sobre os seguintes aspectos: por um lado, o direito a conhecer a acusação, isto é, os fatos que lhe são imputados, mesmo que se tenha decretado o segredo das atuações; por outro lado, o seu *direito a não declarar contra*

si mesmo e a não se confessar culpado.

O arguido tem direito a declarar ou optar por se negar a declarar, mas, ao decidir prestar declaração, não perde o seu *status* processual e não se assimila às testemunhas, com os deveres que lhes são próprios, como ocorre no direito norte-americano. No nosso sistema processual, o arguido pode responder às perguntas que lhe sejam formuladas ou permanecer em silêncio; pode responder a umas e negar-se a responder a outras; esclarecer os fatos ou, no exercício do seu direito à defesa, introduzir dificuldades na investigação; pode responder verazmente ou alterar a realidade, e o ordenamento não sanciona a falsa declaração do arguido.

Uma das manifestações mais importantes da posição do arguido é a de permanecer em silêncio. Esse direito ao silêncio, sobre o qual o arguido tem de ser informado, pode ser exercitado tanto perante as autoridades policiais como judiciais relativamente à infração penal da qual o declarante seja suspeito ou acusado.

O direito a permanecer em silêncio, que, segundo o TEDH, forma parte do direito ao processo equitativo (do processo com todas as garantias), tem uma única forma de manifestar-se: não responder, não declarar; não existe nenhum outro modo de exercer esse direito: o direito ao silêncio só pode ser exercitado quando se nega a declarar.

Assim sendo, e porque não há outro modo de exercitar esse direito, não é possível sustentar que o exercício de um direito fundamental possa acarretar um prejuízo ao seu titular. Se o arguido tem direito a não declarar e não declara, tal não pode representar para ele qualquer gênero de consequência desfavorável.

O direito a não declarar acarreta o dever das autoridades públicas de não submeter uma pessoa imputada a interrogatório contra a sua vontade, de modo que não se pode submetê-lo forçosamente a uma série de perguntas às quais não quer responder. Isto é, o direito ao silêncio impede qualquer gênero de coação ou tortura ao arguido para conseguir arrancar-lhe uma declaração que não está disposto a prestar.

Esse direito fundamental, porém, não pode ficar por aí. Para amparar e proteger o arguido contra os excessos coativos do poder já existia o direito à dignidade da pessoa e a não ser submetido a tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. O direito ao silêncio deve ir mais além; não se trata de preservar o arguido às coações, mas sim permitir que ele decida livremente sobre a sua declaração (se quer fazê-la e em que medida), e garantir-lhe também que esse direito é efetivo. E obviamente não é efetivo o direito ao silêncio caso se permita às autoridades (e muito especialmente ao julgador) que adotem medidas contra o arguido e, inclusive, ditem sentença condenatória, tomando em consideração o seu silêncio.

Essa consequência é simplesmente aberrante e contrária à proteção que deve dispensar o ordenamento jurídico a um direito fundamental. Se se reconhece o direito a permanecer em silêncio, quer isso dizer que o arguido, quando lhe é feita uma pergunta, pode livremente responder ou não, e que, quando exercitar o seu direito a não responder, não se pode depois censurar-lhe o seu silêncio porque, em tal caso, se estaria a negar esse mesmo direito que se afirma reconhecer.

O silêncio não pode ter um efeito incriminatório, por mais que o TEDH, na sentença de 8 de fevereiro de 1996, do caso *John Murray c. Reino Unido*¹⁴, considere que não há violação dos arts. 6.1 e 6.2 do CEDH por realizar uma inferência contrária ao silêncio. Igualmente, não se pode dar a este efeito incriminatório, se, pela existência de provas de acusação objetivas, seja possível esperar uma explicação do arguido.

Assim, o exercício do direito ao silêncio não pode ter efeito algum, e as acreditações dos fatos constitutivos da pretensão acusatória devem ser apresentados pelo Ministério Público, sem que o Estado possa recorrer a interpretações do silêncio do arguido. Quando um arguido, como fez o Sr. Murray na Irlanda do Norte, se nega a prestar declaração durante todo o procedimento, o seu silêncio não pode ser interpretado como um elemento de incriminação, por mais que o sentido comum nos diga que para ele seria fácil explicar as razões pelas quais se en-

contrava numa casa quando foi detido e não quis responder às perguntas que lhe foram formuladas. Não quis, porém, declarar, exercitando o seu direito fundamental, e não se pode amparar o Poder Público que interpreta esse silêncio contra o arguido porque se negou a declarar¹⁵.

Com o mesmo critério, no caso da tortura, o Estado renunciou também à prova consistente nas declarações do arguido e não pode obrigá-lo a declarar¹⁶; deve, pois, obter os elementos probatórios de acusação de outras fontes distintas e trabalhar diligentemente para levar ao julgador esses outros meios de prova à margem da declaração do arguido, que é contingente e está sujeita somente à sua vontade.

Portanto, o direito ao silêncio deve ser incondicional, sem qualquer consequência jurídica prejudicial para o seu titular que o tenha decidido exercitar, porque, de outro modo, estar-se-ia a negar o próprio direito, e trair-se-ia o seu conteúdo essencial caso se aduzisse essa consequência prejudicial para o arguido. Como diz o juiz Pettiti, no voto particular da STEDH (caso *John Murray c. Reino Unido*), *o direito ao silêncio é um princípio maior e qualquer coação que tenha como efeito sancionar o exercício deste direito, deduzindo consequências desfavoráveis ao arguido, constitui um atentado a este princípio*.

Não é unicamente um problema de intensidade na prova de acusação existente a solicitação de que o arguido declare ou o grau de importância que se possa atribuir ao seu silêncio. A questão é que simplesmente não se pode extrair consequência alguma contra quem exercitou um direito fundamental pelo mero fato de exercitá-lo do único modo em que é possível fazê-lo¹⁷.

O problema é que o direito ao silêncio permite justamente não responder, já não por temor a uma sanção, a um castigo que possa ser imposto; essa é uma consequência que hoje se encontra totalmente posta de lado na nossa cultura. No entanto, se se reconhecer a existência de um direito, não poderá derivar do seu exercício uma consequência desfavorável para o seu titular, porque, nesse caso, deve-se informar ao arguido que o seu silêncio poderá ser utilizado contra si, então o tal direito ao silêncio não existe, é uma mera fórmula vazia que a realidade contradiz. Porque se o arguido se vê forçado a dar explicações com a ameaça de uma condenação caso não as proporcione, certamente estaremos a negar qualquer direito ao silêncio.

NOTAS

- 1 Cf. *Livro Verde*, apresentado pela Comissão sobre "La presunción de inocencia", COM (2006) 174 final, 26 abr. 2006. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006DC0174&from=ES>>.
- 2 É contraditório referir-se à "presumível inocência", porque essa expressão dá a ideia de que o questionamento da inocência pela acusação faz surgir uma verdade interina que o acusado teria de combater, quando a presunção de inocência funciona justamente num sentido inteiramente inverso.
- 3 No âmbito europeu, por sua vez, o art. 2.1 do Protocolo Adicional n. 7 do Convênio Europeu dos Direitos Humanos (CEDH), de 22 de novembro de 1984, dispõe que *toda pessoa declarada culpada de uma infração penal por um tribunal tem direito a que a declaração de culpabilidade ou a condenação sejam examinadas por um tribunal superior*.
- 4 Na Itália, a Lei n. 46/2006, de 20 de fevereiro, chamada "Lei Pecorella", modificou o art. 503 do CPP, proibindo, em caráter geral, a apelação contra as sentenças absolutórias. No entanto, a sentença n. 26/2007, de 6 de fevereiro, da Corte Constitucional, declarou a ilegitimidade constitucional do preceito nesse extremo.
- 5 Nesse sentido, a sentença de *Green v. United States* cita as seguintes: *United States v. Ball*, 163 U. S. 662 (1896); *Peters v. Hobby*, 349 U. S. 331

- (1955); *Kepner v. United States*, 195 U. S. 100 (1904); *United States v. Sanges*, 144 U. S. 310 (1892).
- 6 X v. FRG n. 4483/70 – Requerimento considerado inadmissível?
 - 7 Citação das SSTEDH *Allenet de Ribemont c. França*, de 10 fevereiro 1995, ap. 36, série A, n. 308; *Daktaras c. Lituânia*, núm. 42095/1998, aps. 41-42, TEDH 2000-X e *Butkevicius c. Lituânia*, nº 48297/1999, ap. 53, TEDH 2002-II (extratos).
 - 8 *Krause c. Suíça* n. 7986/77, 13DR 73 (1978).
 - 9 *Allenet de Ribemont c. França* A 308 (1995). 37, 41.
 - 10 Além disso, essas medidas, em muitas ocasiões, não representam um sacrifício de menor intensidade do que aquele que deriva de uma condenação penal, mas supõem um agravamento semelhante, quando não é inteiramente idêntico àquele que é produzido nesse momento final do processo.
 - 11 Essa verdade é aquela que pode ser alcançada somente com o respeito pelas garantias processuais de defesa e contraditório, porque a presunção de inocência como regra de julgamento funciona como o *direito do acusado a não sofrer uma condenação a menos que a culpabilidade tenha ficado estabelecida para além de qualquer dúvida razoável, em virtude de provas que possam considerar-se de acusação e sejam obtidas com todas as garantias*, como se diz na sentença do Tribunal Constitucional 81/1998, de 2 de abril. Tendo em conta que se deve obter uma decisão justa no processo, é necessário não só uma escolha e interpretação correta da norma aplicável, como também uma fiável determinação e comprovação dos fatos e a utilização de um processo válido e justo para o julgamento.
 - 12 Os indícios supõem um **juízo de atribuição ilícita** a partir dos dados do procedimento, que seja conforme às regras da lógica, da ciência e da experiência; isso quer dizer que as meras suspeitas, as hipóteses ou as conjecturas, que talvez possam ter justificado o início das investigações penais, devem ceder no momento em que se decretam medidas cautelares às certezas, provisórias se se quiser, mas certezas, ao fim e ao cabo, do órgão público que as pode adotar. As “razoáveis suspeitas” funcionam, no critério do Tribunal Europeu de Direitos Humanos mantido desde há muito tempo, como condição necessária para adotar e manter a medida cautelar [Sentenças de 10 de novembro de 1969 (caso *Stögmüller c. Áustria*); 28 de março de 1990 (*B. v. Áustria*); 26 de junho de 1991 (caso *Letellier c. França*); 27 de novembro de 1991 (caso *Kemmache c. França*); 12 de dezembro de 1991 (caso *Toth c. Áustria*); 12 de dezembro de 1991 (caso *Clooth c. Bélgica*); 27 de agosto de 1992 (caso *Tomasi c. França*), e 26 janeiro de 1993 (caso *W. v. Suíça*)].
 - 13 STEDH. *Heaney and McGuinness c. Irlanda* n. 34720/97 (21 de dezembro de 2000), em que se sustenta que o direito a não se autoincriminar forma parte da noção de processo justo.
 - 14 Requerimento n. 18731/91. Essa decisão foi tomada por 14 votos contra 5.
 - 15 Assim o entenderam os magistrados do TEDH Pettiti, Valticos, Walsh, Makarczyk e Lohmus, em dois votos particulares, citando as sentenças do Tribunal Supremo dos EUA nos casos *Griffin v. Califórnia* (1965, 380 US, p. 609), onde se recusava uma lei da Califórnia que autorizava um tribunal a fazer comentários desfavoráveis ao acusado quando este tinha escolhido não declarar, ou no caso *Miranda v. Arizona* (1966, p. 436), onde o Tribunal considerou que a Quinta Emenda garante o *direito a permanecer em silêncio salvo se, no exercício do seu livre arbítrio sem qualquer obstáculo, o interessado decidir declarar*.
 - 16 Contrária e inexplicavelmente, no Livro Verde de 1966, diz-se (p. 8 i. f.) que *exigir ao acusado que declare não é incompatível com o CEDH*, pelo que se pergunta: se ao arguido lhe pode ser exigido que declare (naturalmente, para tentar uma manifestação incriminatória), onde está então o direito ao silêncio?
 - 17 Por isso, não se pode partilhar a consideração do § 54 da STEDH caso *Murray c. Reino Unido*, tão citada, em que o Tribunal afirma que, *tendo em conta a relevância das provas de acusação* contra o Sr. Murray, *as conclusões extraídas da sua objeção, após a sua detenção, durante o interrogatório policial e no processo, a dar uma explicação à sua presença na casa estavam ditadas pelo sentido comum e não deveriam ser consideradas nem iníquas nem irracionais*.

REFERÊNCIAS

- COLMENERO. Cidadania e justiça. Eficácia e legitimidade da Administração de Justiça. *Novas Políticas Públicas*: anuário multidisciplinar para a modernização das Administrações Públicas, n. 5, p. 117 et seq, 2009.
- GUALTIERI. Il secondo grado di giudizio: ambito e limiti. *Cassazione penale*, abr. 2007.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J.; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, I. El proceso penal como sistema de garantías (IV): La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso. *Diario La Ley*, n. 8121, 3367/2013, 8 jul. 2013.
- TARUFFO, M. Ideias para una teoria da decisão justa, em *Sobre as fronteiras. Escris*

tos sobre a justiça civil. Tradução de Quintero de Prieto, Madrid, 2006, p. 199-212.

VIVES ANTÓN, T. S. *A reforma do processo penal: comentários à lei de medidas urgentes de reforma processual*. Valência, 1992, passim; id.. *A liberdade como pretexto*, Valência, 1995, passim.

_____. Más allá de toda duda razonable. *Teoría & Derecho: revista de pensamiento jurídico*, Madrid, n. 2, p. 167-188, 2007.

Artigo recebido em 30/9/2015.

Artigo aprovado em 30/10/2015.

Víctor Moreno Catena é professor Catedrático de Direito Processual na Universidade Carlos III em Madrid, Espanha.