



• U

C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Gina Bezerra Ribeiro Gonçalves

**REPERCUSSÕES DO “ESTADO DE INOCÊNCIA” DO ARGUIDO NAS FASES DE
INQUÉRITO, INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E A (IN)SUBSISTÊNCIA DA VISÃO
GRADUALISTA DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao
grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-
Criminais /Menção em Ciências Criminais

Orientadora Professora Doutora Cláudia Maria Cruz Santos

Coimbra / 2017

AGRADECIMENTOS

Considero que a gratidão é um tão sentimento nobre, que dificilmente pode ser traduzido em palavras. Adianto, pois, que as linhas que se seguem estão aquém das mensagens que mereciam as pessoas citadas.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me abençoar sempre e me permitir mais uma sonhada conquista.

Agradeço, em especial, aos meus maiores amores: Arthur e Marina. Arthur, meu marido, companheiro de todas as horas e meu maior incentivador. Muito obrigada por me ouvir, me orientar, me perdoar os momentos de estresse e me proporcionar momentos de descontração. Você foi essencial em todos os momentos desta jornada. Marina, tê-la em meu ventre foi como ter um “oásis” durante a “travessia no deserto”. Sou grata ainda por terem me apresentado com uma nova família, a qual agradeço o carinho e acolhimento nas pessoas dos meus sogros, Francisco e Joana.

Ao meu pai, irmãs, cunhados e sobrinhos pelo amor e apoio incondicional. À minha mãe, fonte de amor inesgotável e exemplo de coragem, caráter e determinação. Sou muito feliz pelo simples fato de vocês existirem na minha vida.

À Professora Doutora Cláudia Santos, pelas aulas inesquecíveis e pela disponibilidade em me orientar, sempre de forma gentil e afável.

A todos os Defensores Públicos do Estado de Pernambuco, meus colegas de trabalho, que bem sabem da importância da efetivação do princípio da presunção de inocência na defesa efetiva de nossos assistidos. Um agradecimento especial ao Defensor Público Geral, Manoel Jerônimo de Melo Neto, e ao Subdefensor Jocelino Nunes Neto, que apoiam fervorosamente a qualificação dos servidores públicos e me incentivaram a escrever o presente trabalho. Sou ainda eternamente grata à Dra. Marta Freire, exemplo de ser humano e profissional, que sempre me impulsionou a lutar meritariamente pela realização dos meus sonhos e a superar eventuais obstáculos de forma digna.

Penso que uma das maiores dádivas da vida é ter boas amigas e considero-me privilegiada por ter tantos amigos maravilhosos. Por ocasião dessa etapa da vida, agradeço em especial a ajuda dos queridos Yuri Caribé, Roberta Pitanga, Amanda Vieira, Tuanny Soares e Cassiana Mendes. À Mirella Wanderley, quero deixar registrado que me senti muita amada com a linda

festa de despedida que você organizou antes da minha partida para Portugal e dizer-lhe que o carinho que recebi de todos os convidados naquele dia serviram de conforto para minimizar os momentos de saudades do Brasil. Por fim, agradeço aos amigos de Coimbra, que tornaram minha estadia em Portugal em uma experiência inesquecível e agradável.

RESUMO

Trata-se de investigação acerca do princípio constitucional e convencional da presunção de inocência, viga mestra do processo penal nos Estados Democráticos de Direito. Inicialmente, debate-se sobre a natureza jurídica da presunção de inocência e o seu enquadramento no ordenamento jurídico português. Em seguida, delineiam-se as diversas manifestações do referido princípio (“norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo”) no curso do processo penal e analisa-se sua projeção nas fases de inquérito, instrução e julgamento. Posteriormente, envereda-se na celeuma doutrinária sobre a (in)consistência de uma visão gradualista da presunção de inocência, que constitui o cerne da problemática deste trabalho. Parte da doutrina entende que a dedução da acusação e o despacho de pronúncia são decisões fundadas em alto grau de probabilidade de condenação e, desta feita, teriam o condão de enfraquecer a presunção de inocência na fase de julgamento, enquanto vozes em sentido contrário defendem que a simples progressão processual não é apta a mitigar o “estado de inocência” do arguido. Conclui-se que a presunção de inocência vigora de forma uniforme durante toda a persecução penal, pois é justamente na fase de julgamento que a presunção de inocência angaria máxima expressão, vez que o direito de defesa recebe maior efetividade e eventuais dúvidas sobre o mérito da causa implicam uma sentença de absolvição, mormente em razão da garantia constitucional da vigência do princípio da presunção de inocência, sem imposição de graduações, até o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Palavras-chave: presunção de inocência; processo penal; (in)consistência da visão gradualista;

ABSTRACT

This dissertation aims to investigate the presumption of innocence, a constitutional and conventional principle that is treated as a mainstay of criminal proceedings in the Democratic Rules of Law. First, we discussed the legal nature of the presumption of innocence and its framework within the Portuguese legal system. Then, we noticed several manifestations of this principle within the progress of criminal proceedings, as "treatment standard", "probative norm" and "standard of judgment". Third we analyzed its projection during the judicial inquiry, investigation, and trial phases. In addition, we argued on the doctrinal debate about the (in)consistency of a gradualist view of the presumption of innocence, which is the research problem of this master's dissertation. Part of the doctrine points that the deducted prosecution and the proclamation are decisions based on a high degree of likelihood of conviction and, in this case, would have the effect of weakening the presumption of innocence at the trial stage. Otherwise, there are voices holding that the mere procedural progression is not capable of mitigating the defendant's "state of innocence". We concluded that the presumption of innocence prevails uniformly throughout the criminal prosecution, since it is precisely at the trial stage that the presumption of innocence raises maximum expression. It happens because the right of defense is more effective and any doubts about the merits of the case imply a sentence for acquittal, mainly due to the constitutional guarantee of the presumption of innocence principle, without imposing graduations, until the *res judicata* for conviction.

Keywords: presumption of innocence; criminal proceedings; (in)consistency of a gradualist vision;

ABREVIATURAS E SIGLAS

CADH - Convenção Americana de Direitos Humanos

CEDH - Convenção Europeia dos Direitos do Homem

CF- Constituição da República Federativa do Brasil

CNJ - Conselho Nacional de Justiça, Brasil

CPP- Código de Processo Penal Português

CPPB - Código de Processo Penal Brasileiro

CRP - Constituição da República Portuguesa

DDHC - Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão

DUDH - Declaração Universal de Direito dos Homens

ONU - Organização das Nações Unidas

PIDCP - Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos

TEDH - Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO: A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS	8
1. DIREITO FUNDAMENTAL AO “ESTADO DE INOCÊNCIA”	14
1.1 Natureza jurídica do instituto da presunção de inocência	14
1.2. O princípio constitucional e convencional da presunção de inocência	18
2. REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL	25
2.1. Presunção de inocência enquanto norma de tratamento	35
2.1.1. Compatibilidade entre prisão preventiva e presunção de inocência.....	36
2.2. Presunção de inocência enquanto norma probatória <i>versus</i> presunção de inocência enquanto norma de juízo: liames e distinções	51
2.2.1 Presunção de inocência enquanto norma probatória e o respeito pela decisão de vontade do arguido	55
2.2.2. Presunção de inocência enquanto norma de juízo, <i>in dubio pro reo</i> e <i>favor rei</i>	58
3. A VALORAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA AO LONGO DA PERSECUÇÃO PENAL	62
3.1. Fase de inquérito e o princípio da presunção de inocência	63
3.2. Fase de instrução e o princípio da presunção de inocência	74
3.3. Fase de julgamento e o princípio da presunção de inocência.....	79
3.4. Em arremate: (in)subsistência da visão gradualista da presunção de inocência.....	91
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	104

INTRODUÇÃO: A COMPREENSÃO DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL PORTUGUÊS

É um truísmo afirmar a relevância e validade do preceito constitucional da presunção de inocência. Todavia, muitas vezes imbuídas pelo discurso do necessário combate à criminalidade, consideram-no como um obstáculo à realização da atividade punitiva estatal. Admitir intoleráveis restrições a esse princípio ou a outros direitos e garantias fundamentais conquistados em lutas seculares, sob o pretexto de que o recrudescimento do trato dos arguidos é um importante passo para suprir o anseio social de segurança pública, é atentatório ao Estado Democrático de Direito¹.

A “cultura do medo” vivenciada no mundo contemporâneo embute na sociedade a importância de uma atividade repressiva estatal e propicia o avultamento de um Estado Policial, cujo raio de ação dirige-se para as consequências do crime e não para o combate das causas que levam à delinquência. Cumpre destacar nesse cenário o relevante papel exercido pela mídia, que, ao fomentar a insegurança nas pessoas, consegue a façanha de que as políticas repressivas desfrutem de aceitação popular e ainda isenta o governo de cobrança por programas sociais. Forma-se, pois, uma crença popular de que o Direito Penal cumpre sua função de manter a harmônica convivência social.

Urge ressaltar que a necessidade de manutenção da ordem pública e convivência social pacífica não implicam, por si só, legitimidade do poder punitivo. Esses objetivos já eram perseguidos pelo Estado Absoluto e, no entanto, a aplicação de castigos desumanos e degradantes, a aplicação desigual da lei, dentre outras atrocidades, não refletiam na sociedade um sentimento de justiça².

Relegar ao ostracismo a presunção de inocência, como forma de suplantar indesejáveis lacunas de punibilidade, significa que o Estado está falhando na sua função precípua de proteção dos direitos fundamentais. A violação ao “estado de inocência” de um arguido, em um determinado caso concreto, reverbera insegurança para todo o corpo social, vez que gera a sensação de que os órgãos estatais incumbidos da persecução penal não cumprem as diretrizes constitucionais.

¹ «É um erro grosseiro acreditar que o chamado discurso das garantias é um luxo ao qual se pode renunciar nos tempos de crise». Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p.187

² GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e Direito Penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010, p. 22.

O Estado, titular do *ius puniendi*, dispõe do processo penal para realizar sua tarefa de impor condenação a quem comete crimes. Todavia, essa incumbência estatal deve ter como objetivo a punição exclusiva do verdadeiro culpado. Configura equívoco grosseiro vincular a busca pela condenação como interesse público, e a busca pela absolvição como interesse individual. Os direitos processuais fundamentais³, embora sejam, em regra, exercidos individualmente, são previstos em benefício de todos. Destarte, é preciso ponderar que uma persecução penal justa e equilibrada é benéfica a toda a coletividade. Tão importante quanto a existência do processo penal, é a forma como ele é desenvolvido, levando-se em consideração que – se entre as suas finalidades vigora o restabelecimento da paz jurídica comunitária e a busca da verdade – objetiva, outrossim, a salvaguarda dos direitos fundamentais. Não se pode vislumbrar o processo penal apenas como meio de defesa social, olvidando sua missão de garantia do cidadão.

A presunção de inocência não configura posição de vantagem, mas sim de equilíbrio, vez que o arguido tem em seu desfavor um processo penal, cujo desenvolvimento implica, em regra, restrições aos seus direitos, inclusive o de liberdade. O direito fundamental ao “estado de inocência” visa, pois, reequilibrar a relação jurisdicionado-Estado durante o *iter* da persecução penal⁴. Para tanto, o preceito humanitário dita que o arguido não receba tratamento de condenado, não tenha a tarefa de provar sua inocência (já presumida constitucionalmente) e impõe ainda que, uma vez esgotados todos os meios lícitos, a dúvida fática seja dissipada em favor da defesa, bem como seja aplicada a interpretação judicial mais favorável ao arguido, se a norma admitir diversidade hermenêutica.

Os lastros históricos evidenciam a necessidade do equilíbrio supracitado. Marcante no contexto evolutivo do princípio da presunção de inocência foram as posições dos reformadores da justiça penal, que pugnavam por um sistema repressivo mais humano e manifestavam-se contra as arbitrariedades do poder punitivo estatal, visto que a justiça penal do século XVII era marcada por um notório desequilíbrio entre o poder punitivo estatal e os

³ Expressão colhida em CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. Ed (17. Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003, p. 446

⁴ O princípio da presunção de inocência é especialmente importante quando se reconhece «uma radical desigualdade material de partida entre a acusação (normalmente apoiada no poder institucional do Estado) e a defesa». Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 202.

direitos da pessoa acusada⁵. Os iluministas lograram algumas conquistas no reconhecimento dos direitos individuais em face do poder soberano, dentre elas pode-se citar a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão. Nessa nova conjectura, não se poderia mais admitir um poder punitivo arbitrário, o que possibilitou uma guinada epistemológica na compreensão da justiça penal, dada a substituição da presunção de culpabilidade pelo princípio da presunção de inocência.

A dignidade da pessoa humana será sempre um parâmetro axiológico-normativo para as investigações com foco na presunção de inocência, haja vista que este direito fundamental tem maior expressão para o ser humano justamente quando este ocupa uma posição pública e social das mais estigmatizante, qual seja: a de arguido, a de cidadão que responde a um processo criminal. A adoção do princípio da presunção de inocência nos meandros do processo penal implica, pois, a opção pelo pessoa⁶, a qual se coaduna com critérios políticos de inegável viés democrático e desvencilha-se de um discurso repressivo, que entende possível descartar os direitos fundamentais em detrimento de uma suposta defesa social.

Uma das missões do princípio da presunção de inocência é estruturar um modelo de processo penal em um Estado Democrático de Direito. Não se ignora que os reflexos da presunção de inocência podem ser estudados sob distintos vieses, inclusive fora do processo penal, mas a presente pesquisa é circunscrita ao espectro da persecução penal.

O cerne do trabalho, como o próprio título da investigação indica, é a análise das implicações que a presunção de inocência resvala no processo penal, mais precisamente a nível judicial. Não se desconhece que a atividade estatal em nível legislativo e executivo também são importantes para a efetivação do princípio constitucional da presunção de inocência, todavia, a complexidade da matéria extravasaria os limites da presente investigação.

A investigação está, portanto, teleologicamente voltada à análise da compreensão e forma de efetivação do princípio constitucional da presunção de inocência no processo penal

⁵ O século XVII, na perspectiva do direito de punir, recebeu a nomenclatura de “era dos suplícios” Para uma compreensão minuciosa dessa fase punitiva, vide FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014, p.35-69

⁶ Pessoa não se equipara a indivíduo: « a categoria “pessoa” é, portanto, diferente da categoria “indivíduo”: esta última é uma (in-divisa) unidade de dimensão quantitativo-espacial, aquela primeira um valor com um sentido qualitativo-intencional. À pessoa reconhece-se, na intersubjectividade comunitária e mesmo de uma (tão do nosso tempo) perspectiva bio-eticamente centrada, uma dignidade de todo independente de determinado sexo...» (BRONZE, Fernando José. *Lições de introdução ao Direito*. 2. ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 492).

português, designadamente acerca dos efeitos e consequências do preceito humanitário ao longo da persecução penal. Para tanto, reconhece-se que o direito fundamental ao “estado de inocência” não é absoluto, mas adverte-se também que não lhe pode ser imposta restrição ilimitada.

A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional a determinado modelo de processo penal, tendo em vista que este reflete o posicionamento autoritário ou democrático da Constituição de cada país⁷. Portugal, por se caracterizar como Estado Democrático de Direito, deve nortear sua atividade punitiva estatal pelo respeito à teleonomia⁸ do direito penal e o almejado equilíbrio entre a liberdade e a responsabilidade⁹, norteados pelo princípio da dignidade da pessoa humana e por toda uma gama de princípios implícitos e explícitos no texto constitucional, imprescindíveis para a legítima realização judicativo-decisória.

Para além de reconhecer e afirmar a relevância do princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico, impõe-se hoje o desafio de garantir efetividade a esse preceito humanitário, para evitar que um distanciamento prático da proposta diretriz constitucional conduza a um processo penal autoritário e repressivo. Inadmissível que a incompetência do aparato estatal na repressão à criminalidade sirva de argumentação para considerar como «excessivo garantismo» o que outrora era tido como «acervo incontornável dos direitos fundamentais universalmente reconhecidos»¹⁰. Todas essas considerações fortalecem a pertinência da discussão lançada.

⁷ COSTA, José de Faria. *Linhas de Direito Penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 54; GASPAR, António Henriques. As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 88; LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva (versão e-book), 2013, p. 40.

⁸ Vide BRONZE, Fernando José. *A metodonomia entre a semelhança e a diferença*. Coimbra: coimbra editora, 1994, p. 96-97. Linhares, discorrendo sobre a terminologia adotada por Bronze, expressa o sentido do termo como «um teleologismo de fins e de valores», Cf. LINHARES, José Manuel Aroso. Juízo ou decisão? Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo. In BRONZE, Fernando José; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões (coords.). *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, p. 233.

⁹ Acerca da dialética entre responsabilidade e liberdade, vide NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 18

¹⁰ MOUROS, Maria de Fátima Mata, *Direito à inocência – Ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Princípia Editora, 2007, p.45.

No contexto acima delineado, a circunscrição da problemática em tela na presente investigação pode ser sintetizada nas seguintes indagações: Como o instituto da presunção de inocência se manifesta no processo penal? O “estado de inocência” inviabiliza que sejam decretadas medidas de coação em desfavor do arguido? Qual a relevância do princípio da presunção de inocência na seara probatória e decisória da persecução penal? Como a presunção de inocência deve ser valorada nas fases de inquérito, instrução e julgamento? Em um processo penal que adota como viga mestra a presunção de inocência, como se deve compreender a expressão “indícios suficientes”, prevista nos arts. 283º, nº2 e art. 308º, nº1, ambos do Código de Processo Penal Português? As decisões de acusação e pronúncia tem o condão de enfraquecer o “estado de inocência” do arguido na fase de julgamento?

A atualidade e importância da discussão ventilada resta evidenciada pelos frequentes discursos repressivos, que entendem possível desconsiderar os direitos fundamentais sempre que supostamente constituam óbice à atividade punitiva¹¹. Discutir a valoração do princípio da presunção de inocência da fase de inquérito à fase de julgamento configura, pois, assunto de interesse teórico e prático da comunidade jurídica portuguesa, dadas as repercussões que a matéria resvala na dialética entre o *ius puniendi* estatal e o *ius libertatis* de todo arguido.

Dados os limites espaciais da presente investigação, cingir-se-á a análise ao contexto do ordenamento jurídico português¹², mais precisamente na tramitação do processo penal comum para apuração de crimes públicos. Adotar-se-á uma perspectiva diacrônica, procurando seguir a dinâmica do procedimento desde a fase do inquérito até a fase de julgamento.

O *iter* deste trabalho inicia-se com a apresentação do direito fundamental ao “estado de inocência”, ocasião em que se demonstrará as diversas posições doutrinárias em torno da natureza jurídica do instituto e a forma como o preceito humanitário foi incorporado no ordenamento jurídico português, a nível constitucional e convencional.

Na segunda parte do trabalho, passa-se a expor como o preceito constitucional se projeta dentro do processo penal. O conteúdo do princípio da presunção de inocência adquiriu em sua evolução histórica significados distintos: norma de tratamento, modelo de processo

¹¹ Para uma análise da sociologia jurídica acerca da construção histórica dos discursos repressivos no contexto contemporâneo, vide: OLIVEIRA, Luciano. A Lei é o que o Senhor Major Quiser! Algumas Achegas Sociológicas ao Princípio da Legalidade no Brasil. *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2009.

¹² O enfoque doravante atribuído ao estudo será acerca do direito português, ainda que não se descure da apresentação de remissões comparativas ao ordenamento brasileiro alhures.

penal onde prepondera os direitos fundamentais do indivíduo face ao poder punitivo estatal e norma probatória/norma de juízo. Analisar-se-á, pois, a presunção de inocência em cada uma de suas facetas.

Demonstrar-se-á que a presunção de inocência enquanto norma de tratamento não inviabiliza a possibilidade de decretação de medidas de coação em desfavor do arguido, rechaçando-se, desta feita, o discurso de que a presunção de inocência obsta a eficiência persecutória. Por ser a prisão preventiva a mais grave das medidas de coação, debruçar-se-á sobre o delineamento das hipóteses em que a sua decretação não afronta o “estado de inocência” do arguido.

Em seguida, o foco da investigação recai em traçar a distinção entre a presunção de inocência enquanto norma probatória e enquanto norma de juízo e demonstrar que daí advém, respectivamente, o respeito pela decisão de vontade do arguido e os princípios do *in dubio pro reo* e *favor rei*.

A terceira parte do trabalho objetiva demonstrar como a presunção de inocência, em suas várias facetas, se manifesta nas fases de inquérito, instrução e julgamento para, ao final, discorrer se o direito fundamental “ao estado de inocência” vigora com a mesma intensidade nas três citadas etapas processuais ou se é sustentável uma visão gradualista, no sentido de reconhecer que cada decisão judicial tomada em desfavor do arguido (v. g., dedução de acusação e pronúncia – na hipótese de instrução) tem o condão de enfraquecer a presunção de inocência para a fase de julgamento, indagação cuja resposta é o cerne da conclusão do presente trabalho.

1. DIREITO FUNDAMENTAL AO “ESTADO DE INOCÊNCIA”

A expressão presunção de inocência deve ser entendida mais em seu sentido político-ideológico que com base em sua redação técnico-jurídica, conforme se depreenderá do estudo de natureza jurídica do instituto.

1.1 Natureza jurídica do instituto da presunção de inocência

A etimologia de uma palavra pode ser útil no entendimento do seu significado. Essa regra, todavia, não se aplica à presunção de inocência, conforme ver-se-á nas linhas que se seguem. “Presunção” vem do latim *praesumptio, onis*, cujo verbo é *praesumere*, significando antecipar, tomar antes ou primeiro, prever, imaginar antes¹³. Desta feita, a etimologia da palavra presunção conduz a ideia de se imaginar como provável a ocorrência de algo.

O conceito de “presunção” ganhou relevância no campo probatório na Idade Média. Durante a vigência da Inquisição, adotou-se o sistema de prova legal, vale dizer: a lei estabelecia previamente o valor e a necessidade de cada prova. A presunção gozava de importância nesse sistema, sendo apta, em determinadas circunstâncias, até a lastrear um decreto condenatório. Os reformadores da justiça penal criticavam a adoção da presunção, indício e *argumentum* como meio de prova, eis que possibilitavam uma abertura à subjetividade na decisão judicial, vez que a atividade do magistrado deveria ser, na visão daqueles pensadores, restrita à colheita de prova e soma de seus valores probantes¹⁴.

No decorrer do século XVI e alvorecer do século XVII, acaloraram-se os debates em torno da ideia de presunção na seara probatória. Mereceu destaque a obra de Andrea Alciato, intitulada “*Tractatus de praesumptionibus*”, na qual sugeriu-se que a utilização da presunção no campo da persecução penal se restringisse a três possibilidades: <<uma adesão à ordem natural das coisas (“*qualitas quae naturaliter inest homini, semper adesse praesumitur*”), um critério de escolha na distribuição do ônus da prova (“*mutatio non praesumitur*”) e, por fim, uma indicação “ética” de valoração geral da prova (“*semper fit praesumitur in meliorem partem*”)>>¹⁵. Surgiu, destarte, um embate entre os pensadores da escolástica medieval e os iluministas. Aqueles eram adeptos de que a presunção, conforme as experiências pessoais do

¹³ MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 83

¹⁴ *Ibidem*, p. 84-86

¹⁵ *Ibidem*, p. 86

juiz, figurasse como meio de prova e/ou parâmetro de análise para as demais provas colhidas, enquanto estes defendiam que a presunção deveria servir de base tão somente em caso de dúvidas no momento decisório, ocasião em que o juiz deveria incumbir ao acusador o ônus probatório ou privilegiar o acusado. Foi, pois, nesse sentido, como meio de dirimir a dúvida na decisão judicial, que os reformadores avocaram a palavra “presunção”, e não no sentido técnico de se aceitar como provável algo, a partir de um determinado pressuposto. Seria um erro grosseiro levantar-se esta última hipótese, mormente quando as experiências da época não permitiriam jamais a conclusão de ser provável a inocência do acusado após um procedimento de natureza inquisitiva, onde admitia-se até a tortura para se angariar a confissão do imputado¹⁶.

O termo “inocência”, por seu turno, advém do termo latino “*innocentia, ae*” e pode ser utilizado em sentido vulgar ou religioso. No aspecto vulgar, inocência significa pureza, ingenuidade, virgindade ao passo que na seara religiosa é o atributo da pessoa isenta de pecados. Os iluministas conferiram-lhe um <<sentido filosófico de um estado ideal e hipotético a ser conferido ao cidadão>> e, por erguerem a bandeira da igualdade, defendiam que esse atributo seria inerente a todos os integrantes do corpo social, sem distinções¹⁷.

Não se pode, pois, entender o instituto da presunção de inocência dissociado desse contexto científico, filosófico, político e histórico em que adveio a Revolução Francesa e a opção pela expressão presunção de inocência, significando que o cidadão deve ser considerado inocente até que sobre ele recaia uma sentença penal condenatória fulcrada em provas que traduzam a certeza de sua culpa.

É equivocado, pois, invocar a matiz etimológica romana de “presunção” e sob essa diretriz afirmar que a expressão é inadequada pois o provável é que o acusado seja condenado findo o processo penal¹⁸. Tampouco se pode exigir que o termo revista-se de um tecnicismo jurídico inexistente à época em foi cunhado no século XVIII¹⁹. Atualmente, a doutrina é

¹⁶ Ibidem, p. 86 e 144.

¹⁷ Ibidem, p. 87-88.

¹⁸ Os membros da Escola Técnico-Jurídica utilizavam esse argumento para desacreditar o instituto da presunção de inocência.

¹⁹ Gomes Filho enfatiza que o significado ideológico da expressão “presunção de inocência” deve prevalecer em relação a uma interpretação técnica-jurídica. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 35-37

unânime em descartar a possibilidade de enquadrar a presunção de inocência na categoria de presunção em sentido técnico²⁰.

Por presunção em sentido técnico compreende-se o fenômeno em que um fato conhecido tem o condão de fazer considerar a existência, sem que haja provas diretas para tanto, de outro fato desconhecido. Assenta-se em um juízo de probabilidade, segundo o qual a existência de um fato – fato real –, pelas regras de experiência, permite concluir a ocorrência do outro fato – fato presumido²¹. As presunções podem ser legais ou de direito, quando estabelecidas pelo legislador, ou judiciais, de fato, *hominis* ou naturais, quando decorrem das regras de experiência. As presunções classificam-se ainda em *iuris tantum* – admitem prova em contrário – ou *iure et de iure* – desfrutam de caráter absoluto²².

Vázquez Sotelo²³ defende que a presunção de inocência caracteriza-se como uma verdade interina ou provisória. Por este instituto, o legislador presume um fato com base no que normalmente acontece e admite-se prova em contrário. Não se confunde com a presunção *iuris tantum*, pois que na verdade interina inexistente um fato conhecido do qual deriva o fato desconhecido²⁴. O autor citado entende ainda que os destinatários dos Pactos Internacionais e Convenções Europeias que tratam de direitos humanos e que preveem o princípio da presunção de inocência são os cidadãos em geral²⁵. A presunção de inocência encontra guarida, pois, na experiência de que as pessoas, em geral, são inocentes e deve ser preservado

²⁰ PATRÍCIO, Rui. *O princípio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual processo penal português* (alguns problemas e esboço para uma reforma do processo penal português). 2ª reimp. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2004, p.37.

²¹ Sobre as presunções, leciona Marques: «Estamos perante um raciocínio de probabilidade: assume-se como certo o que é apenas provável». MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao direito*. Vol. I, 2 ed. Coimbra, Almedina: 2007, p.386.

²² *Ibidem*, p.385-389. Ao explicar sobre a presunção de inocência, assevera Moraes: «Assim, a régua de medir aquela presunção não é a técnica-jurídica, v.g., da presunção absoluta ou relativa, legal ou judicial. (...). Esta presunção se mede com a régua da ideologia política do humanismo, voltada principalmente ao legislador infraconstitucional, mas também ao julgador e administrador público, sem olvidar os agentes privados da comunidade na qual aquele preceito se insira». MORAES, Maurício Zanoide de Op. cit., p. 145-146.

²³ SOTELO, José Luis Vazquez. “*Presunción de inocencia*” del imputado e “*intima convicción*” del Tribunal. Barcelona: Bosch, 1984, p. 273-276. No mesmo diapasão: Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 357.

²⁴ « A parte favorecida pela verdade interina está exonerada da prova do fato presumido sem ter que provar previamente qualquer fato-base, incumbindo à contraparte o ônus da prova do contrário. Inexiste aqui o enlance entre duas afirmações que é característico de toda a presunção, ocorre apenas a isenção de prova de uma afirmação determinada, salvo prova em contrário ». Cf. SOUSA, Luís Filipe Pires. *Prova por Presunção no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2017, p.118.

²⁵ Pensa-se que assiste razão a Vázquez Sotelo ao defender que todos os cidadãos são titulares do direito fundamental à presunção de inocência. Os iluministas pensaram o instituto para ser aplicado a todos os integrantes da sociedade, sem distinções. Os direitos fundamentais, no que tange à sua titularidade, caracterizam-se, em regra, por serem universais. Nesse diapasão, explicita Moraes: « Não se presume inocente um imputado específico, mas se confere aquele estado (“ estado de inocência”) a todos, imputados e imputáveis, já antes e independente da persecução penal». Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 239

o status de inocente em favor dos acusados até , se for o caso, que seja provado o contrário em sentença condenatória²⁶.

Para outros juristas, a exemplo de Manzini, a presunção de inocência deve ser compreendida como uma ficção jurídica, vale dizer: aceita-se, de forma absoluta, algo que se sabe inexistente. Souto de Moura aproxima-se dessa tese ao defender que a presunção de inocência não pode ser considerada uma verdade interina pois os acusados costumeiramente são condenados. Pelas regras de experiência, o mais provável é que o acusado, findo o processo, seja declarado culpado²⁷.

Vilela²⁸ entende que as ambas as teses são plausíveis, mas cada uma direcionada a destinatários diferentes. Dito de outro modo, se se entender que a presunção de inocência dirige-se a todos os indivíduos que compõem a sociedade, estar-se-á diante de uma verdade interina, ao passo que se o instituto for pensado apenas em favor dos acusados, enquadrar-se-á melhor na estrutura da ficção jurídica. Da análise do princípio da presunção de inocência a nível constitucional e convencional, a autora conclui que este tem como favorecido o acusado, entendido como o indivíduo que está respondendo um processo criminal. Mas, em que pese essa conclusão, Vilela não concorda em tratar a presunção de inocência como ficção jurídica,

²⁶ BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art.32º, nº2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, VOL. IXX (Separata), Estudos nos Cursos de Mestrado*, 1994, p. 455.

²⁷ MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. In *Revista do Ministério Público*. Ano 11, n.42, p.31-47., abril/jun. 1990, p. 39. Na mesma obra (p.37), assevera Moura: «O que parece que a experiência nos diz, é que a partir da constituição do arguido e sobretudo a partir da acusação, a probabilidade de absolvição por ter se provado a inocência é bastante menor do que a de condenação por ter provado a culpa».

²⁸ Cf. VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005,p.85-86. No mesmo sentido, posiciona-se Castro: «Face à teleologia do princípio que a norma consagra, parece-nos irrecusável a sua aplicação a todos quanto sejam alvo de um processo criminal, mesmo que não hajam ainda sido formalmente constituídos arguidos; pensar de forma diversa implicaria usar a letra da norma para negar o espírito da mesma, o que não só seria errado do ponto de vista hermenêutico, como ainda seria preocupante em termos práticos visto que estar-se-ia a afastar o princípio, com o que isso representaria de desproteção do indivíduo, justamente numa altura em que este, as mais das vezes, porque não formalmente investido dos direitos processuais inerentes ao estatuto do arguido, mais carenciado estaria de tutela». Cf. CASTRO, Jorge. Ainda sobre a presunção de inocência In *SCIENTIA IVRIDICA (Revista de direito comparado português e brasileiro)*. Tomo LVIII, nº.317, jan./mar. 2009, p.533-534. No mesmo sentido: GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 120. Ainda sobre a temática, Antunes relata que « Na proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao esforço de certos aspectos da presunção de inocência, de 27 de novembro de 2011, reformulada em dezembro de 2014, destaca-se que o suspeito e o arguido tem o direito de não ser apresentados como culpados pelas autoridades públicas antes da decisão definitiva, que o ônus da prova recai sobre a acusação, que qualquer dúvida razoável quanto à culpabilidade da pessoa em causa deve ser decidida a favor desta e que qualquer pessoa tem o direito à não autoincriminação e o direito ao silêncio». Cf. ANTUNES, Maria João. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 42.

pois que só ao final do processo saber-se-á se o acusado será declarado culpado ou inocente, e se assim o for, fica insustentável afirmar que a inocência era meramente ficção²⁹.

Se dúvidas existem quanto ao enquadramento da presunção de inocência em determinada natureza jurídica, é entendimento pacífico que se trata de um direito fundamental, previsto constitucional e convencionalmente, da pessoa em face do poder punitivo estatal³⁰. Passa-se a estudar, pois, o enquadramento desse direito fundamental no contexto do ordenamento jurídico português.

1.2. O princípio constitucional e convencional da presunção de inocência

A convivência harmônica entre democracia³¹ e *ius punendi* tem como pressuposto fundamental o respeito à dignidade da pessoa humana.³² O princípio da presunção de inocência, viga mestra do modelo de processo penal³³ adotado nos Estados Democráticos de Direito, é direito fundamental assegurado constitucional e convencionalmente³⁴.

²⁹ Cf. VILELA, Alexandra. Op. cit., p.85-86.

³⁰ «A qualificação jurídica do princípio da presunção de inocência não parece revestir importância essencial. Ele não se justifica por questões técnicas jurídicas, trata-se de um princípio estruturador do processo penal, baseado numa opção política, que resulta da convicção de que essa é a melhor forma de garantir o respeito pela dignidade humana, em sede de perseguição penal». Cf. BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit., p. 456.

³¹ Em que pese não seja objeto do presente trabalho, é importante sublinhar que a expressão democracia compreende uma dimensão formal e outra material. Para conhecimento do tema, vide GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Op. cit., 2010, p. 116-125. Adianta-se, todavia, que a democracia substancial, que assenta sua base no princípio da dignidade da pessoa humana, exige que as garantias inerentes à cidadania, longe de se resumirem no direito ao voto, sejam plenamente efetivadas.

³² Assevera Sánchez: « A dogmática jurídico-penal se apresenta, assim, como uma conquista irreversível do pensamento democrático». SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Vol. VII. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p.81. Sobre a dignidade da pessoa humana, pondera Figueiredo Dias, que trata-se do « fundamento axiológico-normativo de toda a ordenação que se queira justa e que se radique numa exigência de humanidade» Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Seção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-89, p.29.

³³ É importante fincar que o princípio da presunção de inocência, direito fundamental garantido constitucional e convencionalmente, não tem aplicação restrita ao processo penal. Qualquer procedimento, administrativo ou jurisdicional, que possa resultar em penalidade ou restrição de direito do indivíduo deve respeitar o princípio em tela. Vide VILELA, Alexandra. Op. cit., p.11; GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 120.

³⁴ « O Direito Penal liberal, de um Estado Democrático de Direito, caracteriza-se pela limitação do jus puniendi. Com essa limitação, protege-se a pessoa humana frente ao Estado e, com isso, restringe-se à aplicação da consequência penal – a pena – através de uma série de requisitos prévios a sua aplicação». BRANDÃO, Cláudio. Francisco da Vitória e a raiz dogmática do Direito Penal. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 327. No mesmo sentido, leciona Costa: «Trata-se portanto de um princípio recorrente, um topos hoje formalmente incontestado, pedra basilar do processo penal justo, equitativo, próprio do Estado de Direito democrático» cf. COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. In *Revista do Ministério Público*. Ano 23, n.92, p.65-79., out./dez. 2002.

Além dos inúmeros documentos internacionais sobre direitos humanos que reconhecem expressamente a presunção de inocência, também importante salutar que trata-se de um princípio que encontra guarida na grande maioria das Constituições democráticas³⁵³⁶.

O princípio tem previsão expressa na Carta Magna Portuguesa de 1976, conforme preceitua o art. 32º, nº2, in verbis: <<Todo o arguido se presume inocente até o trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa>>. Portugal é ainda signatário de documentos internacionais de direitos humanos que também tutelam o princípio da presunção de inocência, como a Convenção

³⁵ « El principio es reconocido por la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos mundiales, desde los modelos occidentales – plasmados en los preceptos que acabam de citarse –, hasta – al menos pro forma – la Carta de Derechos Humanos de los Países Árabes de 1994 dada en El Cairo (art.7), pasando por la Convención de Derechos Humanos Africana (Banjul, 27 de junio de 1981, art. 7), etc. Es más, según un importante y exhaustivo monografista alemán sobre la matéria, sería la República Popular China la única nación de peso que rechazaría abiertamente el principio». SANCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocencia: Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2012, p.31. Há, inclusive, que defenda que o princípio da presunção de inocência seria válido ainda que não houvesse positivação, pois « é pressuposto, nesse momento histórico, da condição humana». Cf. LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.185.

³⁶ Pontua-se que inexistente diferença substancial entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. A Constituição Brasileira de 1988, no art. 5º, inciso LVII, por exemplo, prevê o princípio da presunção de inocência com o seguinte conteúdo: « ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória»³⁶. No processo de elaboração da Constituição Brasileira, a primeira redação, conferida à matéria pela Subcomissão dos Direitos e Garantias Individuais, dizia: « Considera-se inocente todo o cidadão, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória». Encaminhada essa proposta à Comissão de Soberania e dos Direitos e Garantias do Homem e da Mulher, da qual aquela era parte integrante, o texto recebeu adaptações e ganhou a seguinte forma: « Presume-se a inocência do acusado, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória». Todavia, alguns constituintes consideraram excessivo utiliza-se a expressão “inocente” para referir-se a “delinquentes”. Foi então proposta uma emenda modificativa pelo deputado José Ignácio Ferreira, cuja redação seguiu imutável até a aprovação da Constituição, onde o instituto foi consagrado com o seguinte teor: « ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória». Essa redação assemelha-se àquela adotada na Constituição Italiana: «*L'imputato non è considerato colpevole sino condanna definitiva*». É preciso, todavia, ressaltar o contexto histórico que influenciou à redação do texto italiano: os ideias da Escola Técnica-Jurídica, na qual destacava-se o pensamento de Manzini de que o processo penal servia como instrumento para se buscar a culpa do acusado. Em virtude da literalidade da redação conferida à matéria, levantaram-se vozes em favor de uma distinção entre presunção de inocência e não culpabilidade. Todavia, os próprios juristas italianos entendem essa celeuma como questão ultrapassada, vez que ao indivíduo só restam duas opções: inocente ou culpado. Acusado é apenas o termo empregado para referir-se ao indivíduo que está submetido a um processo penal e a acusação que sobre ele recai não lhe retira a tutela de inocente. Culpado é o indivíduo assim declarado por decisão condenatória com trânsito em julgado. Desta feita, a presunção de inocência consagra-se com equivalência nas expressões “ser presumido inocente” e “não ser presumido culpado”. cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 237-240; GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 118-119. Ademais, finca-se que ainda que houvesse diferença substancial entre presunção de não culpabilidade e presunção de inocência, o Brasil teria de respeitar esta última fórmula, por ser signatário de tratados internacionais de direitos humanos que consagram a presunção de inocência, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis.

Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais³⁷, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia³⁸ e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis³⁹.

A mera tramitação do processo penal pode acarretar consequências nos direitos do arguido, a exemplo de possíveis restrições cautelares à liberdade, razão pela qual a persecução penal deve ter a mínima duração possível, sem, contudo, violar as garantias de defesa do arguido. Daí porque vincula-se constitucionalmente a celeridade processual ao princípio da presunção de inocência⁴⁰.

Salutar o reconhecimento da presunção de inocência nas Cartas Políticas e nas Convenções Internacionais que versam sobre direitos humanos, mas à enunciação tem de se somar a efetivação desse direito fundamental, o que implica que também sejam previstos e respeitados outros direitos fundamentais que lhe sejam corolários, a exemplo do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e do habeas corpus⁴¹. O processo penal compreendido e interpretado dentro de uma perspectiva constitucional⁴², convencional⁴³ e humanitária⁴⁴ busca a eficácia máxima dos direitos fundamentais⁴⁵.

³⁷ O princípio da presunção de inocência encontra-se consagrado no art.6º, nº 2º deste diploma internacional, nos seguintes termos: «Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada».

³⁸ Neste documento, institui-se a presunção de inocência no art.48º, n.º1, : «Todo o arguido se presume inocente enquanto não tiver sido legalmente provada a sua culpa».

³⁹ O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, confeccionado com o intuito de estruturar mais detalhadamente os direitos relativos às liberdades individuais elencados na Declaração Universal de Direito dos Homens, dispôs expressamente sobre o princípio da presunção de inocência no artigo 14.2, nos seguintes termos: «Toda a pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa».

⁴⁰ «Do princípio da presunção de inocência decorre, por exemplo, que as fases processuais anteriores ao julgamento não possam prolongar-se além do que já não possa ser razoavelmente considerado compatível com a presunção de inocência do arguido, num exercício de ponderação das finalidades que são apontadas ao processo penal de um Estado de direito democrático.» Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 41. Para referência da inter-relação entre a presunção de inocência e razoável prazo do processo, vide MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit, p. 350-351. Ressalta-se ainda que a celeridade processual, além de encontrar guarida nas garantias de defesa do arguido, visa « a perspectiva do cumprimento do dever estadual de realização da justiça penal (art. 2º da CRP)». Cf. BRANDÃO, Nuno. Era uma vez o princípio da concentração temporal? Notas sobre a revisão do artigo 328º do CPP. In *Revista Julgar*. N.28, 2016, p. 108-109.

⁴¹ «Cada direito é e apresenta-se normalmente como um conjunto (pack) de direitos, uma estrutura ou complexo de direitos.» ALEXANDRINO, Jose Melo. A natureza variável dos Direitos Humanos: Uma perspectiva da dogmática jurídica. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.115. Sobre a matéria, ensina Bolina: « Existem, assim, outros princípios que se configuram como consequências do princípio da presunção de inocência, uma vez que se revelam imprescindíveis para evitar que este se transforme numa proclamação materialmente esvaziada de conteúdo e de tal modo maleável que se tornaria compatível com quase todos os sistemas processuais, incluindo os que sacrificam irremediavelmente a dignidade humana aos fins da perseguição penal». BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit, p. 446.

⁴² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processo Penal*. 1. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 74 e ss.

⁴³ HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. Ed. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p. 114

⁴⁴ LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. In *Revista Liberdades* nº.17, set./dez. 2014, p.13

Ademais, é de suma importância pontuar que os preceitos constitucionais inseridos em um Estado Democrático de Direito precisam ser arraigados na mentalidade dos juristas e cidadãos leigos⁴⁶. Pouca serventia tem o reconhecimento da presunção de inocência se a cultura dominante propugna por um Estado Penal repressivo⁴⁷ onde os “criminosos” devem ser alvo de uma árdua persecução penal em defesa da sociedade⁴⁸. Este pensamento repristina os ideais outrora sustentados pela Escola Positivista Italiana, que entendia o processo penal como instrumento de defesa da sociedade em face do indivíduo delinquente⁴⁹. Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito⁵⁰ cede lugar ao Estado Policial⁵¹.

⁴⁵ CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83-84.

⁴⁶ « Os princípio da inocência manifesta-se, antes do mais, como um direito constitucional a ser tratado fora do processo, como se fosse inocente». Cf. MOURA, José Souto de. Op. cit., p. 47.

⁴⁷ «As contínuas vivências e descrições da criminalidade de massa condimentam um clima generalizado de medo ao crime, impotência do Estado e promessas de que, com maior repressão, a situação melhora» ARAÚJO, Dyellber Fernando de Oliveira. Institutos penais de emergência – “novas” fórmulas para velhos dilemas – Uma análise dos novos estudos de política-criminal voltada aos indesejados pela sociedade. In: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. (coords.). *Direito Penal de hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra, 2009, p. 165. Leciona Padro: « (...) surge o discurso de que se o sistema não funciona, o que equivale a argumentar, se não combate eficientemente a criminalidade, é porque não é suficientemente repressivo. Diante do fracasso da repressão penal, com o incremento da cultura punitiva, materializada no aumento do número de prisões (até mesmo as cautelares) e na suspensão das garantias constitucionais». Cf. PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Eficientismo Repressivo e Garantismo Penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. In BATISTA, Vera Malaguti (coord.). *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 67-74, ano 17, n. 19/20, p. 1º e 2º semestres de 2012, p. 69

⁴⁸ «Se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos, mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de direito e expressa pela confiança dos cidadãos». Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. Tradução Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes, Ana Paula Zomer Sica e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 506.

⁴⁹ COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 79.

⁵⁰ «Um processo penal efetivo exige o respeito aos direitos fundamentais e à capacidade de punir em atenção ao devido processo penal. O estado que pretende legitimar a punição daqueles que violam a lei, não pode, para punir, violar seus próprios comandos legais» Cf. PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Op. cit., p. 71. Sobre a temática, leciona Homem: « O conceito de Estado de direito assenta no monopólio da violência legítima por parte do Estado. Se, hoje, esta é uma ideia trivial, não podemos perder de vista que não o era no final do século XVIII, mesmo nos países onde o absolutismo cultivava a teoria da Polícia e do Estado de Polícia». HOMEM, António Pedro Barbas. *Do Direito Natural aos Direitos do Homem*. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.85.

⁵¹ Também chamado Estado Totalitário Penal, nas palavras de GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Op. cit., 2010, p. 126. Leciona Zafaroni: «Numa perspectiva dinâmica, o direito penal do Estado de direito não pode cometer a ingenuidade de ceder um espaço e menos ainda o seu instrumento orientador ao Estado de polícia, confiando em que este se mantenha nesse âmbito acordado e compartimentalizado». Cf. ZAFFARONI, E. Raúl. Op. cit. 2014, p. 173. Com o avultamento do Estado Policial « Direito Penal não é ameaça, mas um módulo auxiliar. Não é a “ultimo ratio” como os penalistas sempre disseram, mas em muitos âmbitos é “prima ratio” ou mesmo “sola ratio”». Cf. HASSEMER, Winfried. *Processo Penal e Direitos fundamentais*. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 15-25. Coimbra: Almedina, 2004, p. 22.

A mídia⁵² tem papel preponderante em disseminar a cultura do medo na sociedade⁵³, que passa a crer na importância de uma política pública repressiva para a contenção do crime e do criminoso⁵⁴. Dito de outro modo, alimentado pela mídia, o governo investe em programas de repressão⁵⁵ e olvida as políticas públicas de viés sociais⁵⁶. Ademais, quando a mídia

⁵² Discorrendo sobre a crise do processo penal português, Pereira assevera: «As responsabilidades pela crise devem ser repartidas com equanimidade: (...) enfim, pelos jornalistas que “ignoram” que o crime de violação de segredo de justiça é comum, podendo ser cometido por tantos quantos tomarem contato com o processo, e que a presunção de inocência não é uma mera figura retórica, implicando o efetivo respeito pela honra e pelas considerações de vítimas e arguidos». Cf. PEREIRA, Rui. O domínio do inquérito pelo Ministério Público. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 119-120.. Sobre o papel da mídia, assevera Leal: «O sentimento de insegurança não resulta só das experiências de vitimação ou de da probabilidade de se poder vir a ser vitimado por um ato de delinquente, mas também da dinâmica informativa e mediática transmitido ao vivo e em direto pelos média. Esse sentimento, ou a propensão à insegurança na vida moderna, resulta do modo como os poderes públicos e os órgãos de comunicação social gerem tal situação». LEAL, Jose Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 17, n.º3, 2007, p. 483. Ainda sobre a mídia e o desrespeito ao princípio da presunção de inocência, vide MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 509 e ss., este autor assevera: «O círculo vicioso começa com a violação da presunção de inocência como “norma de tratamento”, pois há desautorizada e indevida exposição do imputado à mídia. Desenvolve-se pela máquina de notícias que se auto-alimenta apartada de um controle (jurídico ou legislativo). Termina com a projeção das “convicções criadas” sobre os agentes que atuam na persecução e, principalmente, sobre o juiz da causa». Ibidem, p. 514.

⁵³ «Essas políticas punitivas do tipo “lei e ordem” são, ao menos em parte, uma manipulação maligna e cínica de símbolos do poder do Estado e das emoções de medo e insegurança que dão força a esses símbolos». Cf. GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. In BATISTA, Nilo (coord.). *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 71-94, ano 17, n. 19/20, p. 1º semestres de 2002, p. 85

⁵⁴ E, nesse contexto, ao invés de reivindicarem seus direitos, acreditam na ditadura do medo e apoiam as ideologias de lei e ordem, Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco* (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001p. 163-164. Discorrendo sobre o direito penal contemporâneo, Hassemer assevera: «O papel do Estado e o papel dos direitos fundamentais sofreram uma alteração. O Estado já não é o Leviathan. Esta política jurídica não foi feita contra a população, mas antes com um grande consenso da população. O Estado deixa de ser o Leviathan para se tornar um parceiro no combate geral contra riscos e contra a criminalidade (...). Os direitos fundamentais tendem a constituir um obstáculo numa luta eficaz do Estado contra a criminalidade e um aspecto importante na dogmática-jurídico-constitucional alemã é a invenção de um direito à segurança. O meu colega Isensee de Bona escreveu sobre o tema em 1983 e eu espero que possam ver, depois do que eu disse, que um direito fundamental à segurança é algo semelhante a uma bomba», Cf. HASSEMER, Winfried. Op. cit., 2004, p. 22. No sentido: CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Miquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do processo de expansão do direito punitivo. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, vol. 87, nov./dez./2010, p.281. Sobre a temática, Wacquant assevera: «O que se conclui de tudo isso é que é política e penalmente aberrante separar, deliberadamente, a política da “insegurança” criminal da escalada da insegurança social que a alimenta», Cf. WACQUANT, Loic. *Punir os pobres : a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3 ed. Traduzido por Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015, p. 463

⁵⁵ «Toda aptitud para el cumplimiento de funciones instrumentales de protección de bienes jurídico-penales se limitan a desempeñar un mero papel simbólico, con exclusiva incidenciasobre la opinión pública y sus sensaciones de inseguridad» cf. SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, S/A, 1988, p. 54. Pondera Prado/Casara: «Em resumo: a partir de uma epistemologia inquisitiva, as garantias processuais, em sua concretude, passam a ser vistas como entrave à eficiência repressiva». Cf. PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Op. cit., p. 69

⁵⁶ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. Op. cit., 2010, p. 183. Pondera Christie: «A alternativa para as condições de guerra e para o encarceramento em massa é, evidentemente, dar a essas populações uma fatia adequada da sociedade normal – educação, emprego, e participação política e cultural. O atual uso do

transforma as denúncias em verdadeiros espetáculos aptos a garantir audiência, muitas vezes o faz de forma colidente com o princípio da presunção de inocência, vez que trata o acusado como verdadeiro culpado e o que é mais grave: lhe embute uma pena – o estigma de criminoso – da qual nem mesmo eventual sentença absolutória é capaz de apagar os efeitos⁵⁷. Não se nega a importância dos meios de comunicação nas sociedades contemporâneas⁵⁸, mas é preciso que os direitos fundamentais não sejam atropelados pelo direito à informação⁵⁹.

O princípio da presunção de inocência é um direito fundamental da pessoa⁶⁰, que deve ser respeitado pelo Estado e pelos particulares⁶¹. Como pontua Rui Patrício, é comando <<dirigido ao legislador⁶², aos sujeitos processuais penais cujas esferas tanjam a esfera do

encarceramento em massa bloqueia o caminho para tais conquistas». CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Traduzido por André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 159.

⁵⁷ «Ora os atos gravosos cometidos durante o processo contra o arguido, que se verificou depois estar inocente, surgirão como inadmissíveis já que produziram uma lesão de interesses imerecida e irreversível». Cf. MOURA, José Souto de. Op. cit., p. 35. No mesmo sentido: ANDRADE, Manoel da Costa. *Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal*. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p.69-70; SILVA, Germano Marques da. Os novos desafios do processo penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Direito Penal e de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 297; DOTTI, René Ariel. Jurisprudência e Direito Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006, ps. 201.

⁵⁸ «A publicização do Processo Penal só cumpre, porém, essa função, quando a informação for emitida e explicada autorizadamente pelo próprio tribunal, não sendo aceitável que o jornalismo judiciário, que deve existir, venha cumprir exclusivamente esta função. Não podendo informar com todo o rigor ou sendo, por vezes, manipulável por fontes, a publicização não formal do Processo Penal contribui para agudizar os conflitos envolventes do crime e não para o efeito catártico que a dramatização processual implica». Cf. PALMA, Maria Fernanda. O problema penal do processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 43-44.

⁵⁹ «De especial melindre são as questões colocadas pela relação entre a presunção de inocência e o direito à informação, que também é um direito fundamental. A solução dos conflitos entre dois direitos deve obter-se segundo o critério de concordância prática, ou seja, soluções de compromisso que reduzam ao mínimo os danos que qualquer deles provoque no outro. O impacto da mediatização no processo penal é hoje tremendo e a conflituosidade entre os dois direitos será um tema recorrente». COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 78. Sobre a temática, leciona Boaventura: « Destaco, ainda, o problema dos julgamentos paralelos realizados pelos meios de comunicação social, considerando que a investigação jornalística pode ajudar a investigação judicial, mas também pode provocar erros ou desvios que podem resultar quer da intenção das fontes mediáticas, quer do modo imprevisível como a notícia se refletiu negativamente na investigação e na fiabilidade das provas, por exemplo, através dos efeitos da mediatização nas testemunhas, podendo levar à produção de reflexos de autocensura ou de vetetismo». SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015, p.143. Ainda sobre a matéria, vide MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit, p. 482.

⁶⁰ «(...) se pode constatar que a proteção garantista do arguido não se justifica apenas pela possibilidade de ser inocente, mas também e sobretudo pela preservação de uma liberdade última que impeça o processo penal de invadir uma fronteira a partir da qual o arguido como pessoa estaria a ser descaracterizado mesmo que totalmente culpado». Cf. PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Vol.II.Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 270.

⁶¹ TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*. Madri: La Ley, 1993, p. 40-42. No mesmo sentido: VILELA, Alexandra. Op. cit., p.22; COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 77; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 481 e ss.

⁶² «A presunção de inocência terá de constituir também um critério dirigido ao legislador no sentido de proibir a consagração de presunções de culpa». Cf. BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit, p. 453. Para uma visão

arguido e a todos os cidadãos>>⁶³. É preciso, noutra norte, frisar que o “estado de inocência” não é um direito absoluto, admitindo restrições em favor de outros valores assegurados constitucionalmente⁶⁴.

Frisa-se, contudo, que restrições não englobam violações. Os policiais, por exemplo, precisam pautar o exercício regular de suas funções em conformidade com o princípio da presunção de inocência⁶⁵. Infelizmente, é comum que nas atividades rotineiras, como por exemplo rondas policíacas e prisões em flagrantes, os policiais ignorem esse direito fundamental do indivíduo. As violações ao estado de inocência vão do uso desnecessário de algemas⁶⁶ até situações mais drásticas, como o emprego de violência física para coagir o indivíduo a confessar o delito⁶⁷. Inúmeras são as reclamações daí oriundas, dirigidas inclusive aos organismos internacionais de proteção dos direitos humanos⁶⁸.

Em que pese a relevância da discussão acima lançada, o objeto da presente investigação incide exclusivamente sobre os efeitos que a presunção de inocência reverbera sobre o processo penal, os quais passaremos a estudar de forma detalhada no próximo item.

minudenciada da relação entre a atividade legislativa e a efetivação do princípio da presunção de inocência, vide SOTELO, José Luis Vázquez. Op. cit., p. 295/298.

⁶³ PATRÍCIO, Rui. O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde). In *Revista do Ministério Público*. Ano 26, n.104, p.119-138., out/dez. 2005, p. 132.

⁶⁴ «A via para um correto equacionamento da evolução do processo penal nos quadros do Estado de Direito material deve, em meu entender, partir do reconhecimento e aceitação da tensão dialética ente tutela dos interesses do arguido e tutela dos interesses da sociedade representados pelo poder democrático do Estado (...)». DIAS, Jorge de Figueiredo. Para uma reforma global do processo penal português (da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais). In: *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 206.

⁶⁵ COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 78. Discorrendo sobre a crise do processo penal português, Pereira assevera: «As responsabilidades pela crise devem ser repartidas com equanimidade: (...) pelos polícias, que exacerbam o discurso securitário à dirty Harry reivindicando a aplicação constante da prisão preventiva e de penas de prisão (...)» PEREIRA, Rui. Op. cit., 2004, p. 119-120.

⁶⁶ Sobre a matéria, vide MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 508 e 509.

⁶⁷ « Salta aos olhos a importância de tentar impor freios às perversões inquisitivas e ao subjetivismo dos agentes estatais, por mais que se mostre evidente a impossibilidade de excluir por completo essas distorções do exercício da atividade estatal (a objetividade pura, essa crença metafísica, é a toda evidência impossível)». Cf. PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Op. cit., p. 69

⁶⁸ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 242; VILELA, Alexandra. Op. cit., p.13, roda pé nº 5.

2. REFLEXOS DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

Conforme acima já asseverado, a presunção de inocência é um direito fundamental confeccionado historicamente, que compreendeu acepções diferentes ao longo da grande jornada de sua elaboração⁶⁹. Antes da reforma penal operada pelos iluministas, o *jus libertatis* do indivíduo era reconhecido, mas não lhe era assegurado a sua efetivação diante das arbitrariedades do soberano⁷⁰. As mazelas do sistema punitivo passaram a ser alvo de severas críticas por toda a Europa. Imbuídos de ideias humanistas⁷¹, os reformadores da justiça penal pugnavam por um novo sistema punitivo. A obra do Marquês de Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, publicada em 1764, desfruta de papel de destaque no seio dessa luta⁷². O iluminista defendia que o indivíduo só pode ser tratado como culpado, e em consequência ter restrito seu direito à liberdade, após sentença judicial em que seja reconhecida sua culpa. Entendia, pois, que antes dessa decisão judicial, só existia uma condição para o indivíduo: a de inocente, sendo injustificável que se lhe afligisse qualquer espécie de castigo corporal como forma de pressionar uma confissão. Repudiava-se também a decretação de prisão no transcorrer da

⁶⁹ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.36. No mesmo sentido: STRECK, Lenio Luiz. A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. In *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 2, nº.3, dez./2015, p. 207. Para uma visão pormenorizada sobre a reforma do sistema repressivo, vide PUENTE, Ana María Ovejero. *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*. Valencia: Tirant to blanch, 2006, p. 24-39.

⁷⁰ «Era um super poder de punir que submetia um frágil e isolado direito de liberdade individual.» cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 24 No mesmo sentido: VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 29; STRECK, Lenio Luiz. Op. cit., p. 204.

⁷¹ Embora não seja objeto da presente investigação, impede pontuar que o humanismo data do século XVI, consoante registra Brandão: «Nessa toada, os investigadores do Direito Penal não se preocupam, em geral, com a investigação anterior a Beccaria. Toma-se, pois, o iluminismo como o gérmen do Direito Penal Liberal, o que, se não é algo de todo equivocado, apresenta-se como uma afirmação, no mínimo incompleta. Conforme assinala Sílvia Alves, o humanismo contribuiu para o nascimento de uma parte geral ao delinear uma direção sistemática e sintética para o direito penal, logo se vê que o iluminismo penal já encontrou, ao vir a lume, uma sólida gama de teorias sobre o direito penal (...) Dentre os pensadores do Direito Penal do Direito Natural racionalista, tem especial importância o salamantino Francisco de Vitória». Cf. BRANDÃO, Cláudio. Op. cit., p.328-329. Assevera Marques: «Para Vitória, o homem, ser pensante livre e com capacidade de autoderterminação na prossecução de um fim, é a mais perfeita de todas as criaturas. Os caminhos do tomismo levam-no a edificar uma moral da dignidade humana (...)» MARQUES, Mário Reis. O itinerário jusnaturalista dos direitos humanos da “primeira geração”. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 197. As obras retromencionadas permitem uma visão minuciada da temática.

⁷² Voltaire referia-se à obra de Beccaria como o Código da Humanidade. «(...) a obra de Beccaria não surge espontaneamente e sem causa que a justifique. Bem ao contrário. Com efeito, humanistas anteriores e contemporâneos a este autor, como por exemplo Montesquieu e Voltaire, haviam já escrito sobre a necessidade de se operar um corte com a mentalidade vigente na época». Cf. VILELA, Alexandra. Op. cit., p.30. Sobre a obra de Beccaria, assevera Faria Costa: « pode ser vista como o “Manifesto do garantismo». Cf. COSTA, José de Faria. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 149.

persecução penal, a qual só poderia ser aceita em casos de indubitável necessidade e dentro de ditames legais⁷³.

A obra de Beccaria difundiu-se rapidamente por toda a Europa e os seus ideias influenciaram diretamente a previsão e redação conferida à presunção de inocência constante da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão⁷⁴. A Declaração serviu como freio à atuação arbitrária do Estado, posto que lhe atribuiu a tarefa de respeitar os direitos individuais do cidadão⁷⁵. Nos ditames desse novo paradigma, logicamente não se admitia um poder punitivo desmedido⁷⁶. A primeira aceção daquele princípio relaciona-se, pois, à norma de tratamento, vale dizer: o arguido não pode ser tratado como culpado durante a persecução penal⁷⁷.

Com efeito, o primeiro significado que pode ser atribuído ao instituto da presunção de inocência⁷⁸ decorre do artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, datada de 1789, na França, que dispõe expressamente: <<Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei.>>⁷⁹

Da leitura do texto da Declaração, deriva uma ilação lógica: juridicamente, a presunção de inocência relacionava-se ao tratamento que deveria ser dispensado ao acusado no transcurso da persecução penal. Dito de outra forma, o arguido deve ser tratado como inocente durante todo o procedimento de apuração da culpa, e somente uma sentença judicial, que concluir pela sua condenação, tem o condão de lhe declarar culpado⁸⁰.

⁷³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 6.ed. São Paulo: Martin Claret, 2014, p.24.

⁷⁴ CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. II. Reimp. Coimbra: Almedina, 2014, p.85.

⁷⁵ «Os direitos dos homens emergiram, no século XVIII, durante luta travada pelas Luzes contra o absolutismo ou arbítrio do poder» HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Traduzido por Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p.29. Marques leciona ainda sobre o tema: « A Declaração dos direitos do homem e do cidadão, de 1789, foi não apenas uma barreira construída contra os abusos da monarquia absolutistas e de rejeição dos privilégios característicos do Antigo Regime, como ainda o traçar de algumas avenidas para o futuro através de uma mobilização de uma filosofia do direito natural de cariz individualista» MARQUES, Mário Reis. Op. cit., 2015, p. 211.

⁷⁶ CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 84 e ss. No mesmo sentido: ALVES, Sílvia. *Punir e Humanizar: o direito penal setecentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a ciência e a tecnologia, 2014, p. 372.

⁷⁷ « Só o princípio da presunção de inocência pode inclinar o prato da balança para o lado do arguido, em nome da liberdade e da dignidade humana». Cf. COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 71.

⁷⁸ «O princípio da presunção de inocência surge aqui claramente como matriz de um processo garantista e liberal, por oposição ao processo inquisitório, então reinante na Europa, tendo como preocupação primordial a preocupação da pessoa do arguido face aos investigadores/acusadores/julgadores». Cf. Ibidem, p. 66

⁷⁹ Pontua-se que o princípio da presunção de inocência também encontrou guarida no art. 8 da Constituição da Virgínia.

⁸⁰ VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 34-35.

As escolas penais italianas desenvolveram profunda discussão a respeito das bases estruturais do Direito Penal. Desse riquíssimo embate de ideias, doravante brevemente sintetizado, adveio o segundo significado que pode ser extraído do instituto da presunção de inocência.

A Escola Clássica, na qual destacam-se os nomes de Beccaria e Carrara, sustentou ser a presunção de inocência a viga mestra estruturante de todo o processo penal. Carrara vislumbrava claramente, no processo penal, duas funções do Estado: punir o culpado e garantir os direitos individuais do acusado. Sobre qual atividade deveria ser prioritária, diante de suas naturezas díspares, o autor optava pelo segundo objetivo. Reconhecia-se a necessidade de punir os que infligiam as leis penais, mas a tutela da inocência despontava como prioridade⁸¹.

Essa opção de Carrara – supremacia dos direitos individuais do acusado – se coaduna com um dos sustentáculos do pensamento dos penalistas clássicos: exigência de segurança jurídica. Não se poderia correr o risco de assistir aos indivíduos serem arbitrariamente submetidos a atrocidades, sob a argumentação de que sobre eles recaia um mera acusação. As experiências do passado já tinham sido suficientes para demonstrar quão perigosa era tal prática. Os indivíduos precisavam ter a certeza de que sua condição de inocente não seria desrespeitada pelo aparato punitivo estatal antes que em seu desfavor recaísse uma culpa devidamente demonstrada. Propagava-se a crença de que, caso um inocente fosse acusado, ele jamais seria condenado. Essa era a construção capaz de lograr crédito à justiça criminal, que, devido às mazelas do antigo regime, não era avaliada positivamente pelos integrantes da sociedade. Restaurar a credibilidade no sistema punitivo traria como consequência inarredável a maior submissão dos indivíduos às leis penais e, logicamente, ao Estado que as regulamentou. Nesse norte de ideias, o Estado e seu aparelho punitivo seriam percebidos como essenciais para a sociedade⁸².

A presunção de inocência, na concepção dos penalistas clássicos, era o fundamento estruturante do processo penal. Longe de se limitar a ser uma mera diretriz probatória, operante em casos de dúvidas sobre a culpa do acusado, a presunção de inocência deveria ser observada durante toda a persecução penal, como verdadeira condição de legitimidade dos atos processuais⁸³.

⁸¹ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.20-21. No mesmo sentido: VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 37-39.

⁸² CAMARGO, Monica Ovinski de Op. cit., p. 35.

⁸³ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.22-23. No mesmo diapasão: VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 39-40.

Com o decorrer do tempo, o surgimento de um novo contexto político e social, uma nova gama de penalistas italianos questionou essa estrutura de processo penal fulcrada na tutela da inocência.

Nas escolas positivas, todas atreladas a teorias monofatoriais, o estudo centrava-se em torno das causas do crime, que poderiam ser endógenas (fisiológicas ou psicológicas) ou exógenas (contexto social) ao homem delinquente. Lombroso entendia o crime como um fenômeno antropológico, ao passo que Garófalo o percebia sob um viés psicológico e Ferri sob uma perspectiva sociológica. Segundo esses autores, o homem criminoso agia impelido, respectivamente, por razões antropológicas, físicas e sociais. Reinava, pois, uma concepção etiológica – determinista do crime. Acreditava-se que o homem criminoso tem características especiais que o tornam diferente do homem não criminoso e defendia-se ainda que aquele teria de ser afastado do corpo social e colocado em um local adequado para tratamento⁸⁴. A vida em sociedade é fundamental para a subsistência do homem e este tem de suportar as penas impostas pela sociedade quando pratica atos que causem danos à vida social. O direito de punir fundamenta-se, pois, em uma responsabilidade social. É a periculosidade do indivíduo que servirá de parâmetro para fixação da pena a ser imposta⁸⁵.

A defesa social é a pedra angular do pensamento dos positivistas⁸⁶, que operaram um câmbio paradigmático no que tange ao poder punitivo: abandonou-se a relação estrita Estado-indivíduo e sobrepôs-se a relação sociedade-indivíduo. Esses novos ideais teriam de refletir no modelo processual penal. Ferri defendia a construção de uma ponte equilibrada entre os direitos de liberdade do indivíduo e os direitos de defesa da sociedade⁸⁷.

A presunção de inocência encontrava guarida no pensamento de Ferri, mas não na mesma intensidade em que a matéria era concebida pelos clássicos: fundamento estruturante do processo penal. Ferri sustentava que, em certas situações, a presunção de inocência carecia de razão lógica. Apresentava dois exemplos como comprovação da sua tese: casos de flagrante delito e confissão do acusado, alicerçadas as duas situações por outros elementos

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 15 e 43. No mesmo sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral* 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva (versão e-book), 2012, p. 207 e ss.

⁸⁵ Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 248 e 454-455.

⁸⁶ «Sendo a “natureza” do criminoso mais relevante do que a gravidade do crime em si, a função do direito penal seria a defesa da sociedade contra os indivíduos perigosos do que a retribuição ou a reabilitação dos condenados». Cf. LEMOS, Carolina Barreto; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves. Crime e Risco. Os novos rumos do Direito Penal: uma política criminal de defesa social. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 20, vol. 97, jul/ago./2012, p.395.

⁸⁷ CORREIA, Eduardo. Op. cit., p.91.

colhidos durante o processo⁸⁸. O positivista questionava ainda a importância de se manter a presunção de inocência em detrimento da defesa social nos casos em que o acusado já houvesse recebido uma condenação em primeiro grau de jurisdição. Aguardar o julgamento do recurso em liberdade implicaria a possibilidade de a sociedade ser vítima de novos ataques do homem delinquente⁸⁹. Em suma, os positivistas entendiam que a defesa da sociedade era o ponto fulcral que deveria nortear todo o processo penal.

Posteriormente, imbuída do espírito de enquadrar o Direito Penal como ciência jurídica e dissociar seu estudo dos resíduos do direito natural e de outras ciências sociais, que tinham objeto próprio e distinto do saber criminal, surgiu a Escola Técnico-Jurídica. A nova Escola tem raízes deitadas na Alemanha, mais precisamente nas obras de Karl Binding e Franz Von Liszt, e, na Itália, angariou, dentre outros, nomes como de Arturo Rocco e Vincenzo Manzini. Seu objeto de estudo era o ordenamento penal positivo em vigor⁹⁰.

Manzini estudou com afinco as questões processualistas e entendia que o intento primordial do processo penal era provar a culpa do acusado e lhe aplicar uma pena como consequência, sem possibilidades de erro ou arbitrariedade. A presunção de inocência não tinha espaço nesse modelo processual. Manzini entendia contraditório se falar em tutela do inocente nos meandros do processo penal, na medida em que este persegue justamente mostrar a culpa do acusado e lhe impor uma pena. Criticava, pois, o entendimento de que as normas processuais eram dirigidas para proteger a inocência do indivíduo⁹¹.

Manzini defendia que não haveria lógica em instaurar-se um processo criminal ou decretar-se uma prisão preventiva em desfavor de um inocente. Ao revés, pensava o italiano, estes procedimentos fundavam-se justamente em indícios de culpabilidade do acusado. Sustentava também que a presunção de inocência não contribuía em nada para o andamento do feito criminal, vez que não se tratava de presunção em sentido técnico, e que a retirada desse instituto do ordenamento penal não representaria nenhum prejuízo para o direito de defesa do acusado⁹².

Manzini propunha, pelas razões sinteticamente acima delineadas, que o indivíduo, durante o transcorrer da persecução penal, recebesse o status de indiciado ou acusado, o que

⁸⁸ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.25.

⁸⁹ Cf. VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 41-42.

⁹⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p.221-222.

⁹¹ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.26; VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 45.

⁹² FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 507. No mesmo diapasão, vide VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 46-47.

significava uma categoria intermediária entre inocente e culpado. Isso implicava que lhe fosse retirado a tutela da inocência⁹³.

O status de acusado seria apto a suspender o natural estado de inocência do indivíduo, o que serviria de sustentáculo para a adoção de medidas coercitivas durante a persecução penal e fortaleceria a atividade punitiva estatal e a defesa do corpo social. Diferentemente, o status de inocente tem como consectário lógico direitos e garantias fundamentais que implicam restrições ao poder punitivo estatal.⁹⁴

É importante pontuar que as discussões travadas nas escolas não produziam efeitos meramente acadêmicos. Seus ideais repercutiam em mudanças na legislação penal italiana⁹⁵.

Alessandro Stoppato, mentor do Código de Processo Penal de 1913, filiava-se aos ideias das escolas clássicas, onde preponderava a tutela dos direitos individuais de liberdade face ao poder punitivo estatal, e sustentou veemente a previsão da presunção de inocência nesse diploma legal. Ferri posicionou-se em sentido contrário, defendendo que o instituto não abarcaria todos os indivíduos, sendo desmerecedor de tal proteção, a título exemplificativo, os acusados que tivessem sido presos em flagrante delito ou fossem considerados delinquentes contumazes. Mortara, influenciado pela recente obra de Manzini, incrementou os debates parlamentares e se manifestou contra a adoção do instituto no processo penal. Do embate que se travou, Stoppato saiu vencido e a presunção de inocência não foi prevista como garantia do acusado⁹⁶.

Em que pese não tenha a presunção de inocência constado expressamente na legislação, pode-se afirmar que esta vigorava no ordenamento processual de 1913, uma vez que as normas ali previstas guardavam consonância com a tutela do inocente. A título de exemplo, dentre os direitos que foram assegurados ao acusado, constava a exigência de estrita necessidade para a decretação de prisão preventiva, a qual também estava submetida a um período máximo de duração⁹⁷.

O Código de Processo Penal de 1930 foi pensado em plena vigência do regime totalitário fascista, justamente para satisfazer os novos ideias políticos que, por razões óbvias, não se compatibilizava com a plena garantia de direitos individuais. A obra de Rocco e Manzini, dentre outros adeptos da Escola Técnico Jurídica, serviram de parâmetro para

⁹³ MOURA, José Souto de. Op. cit., p. 34

⁹⁴ cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 52.

⁹⁵ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.28 e ss.

⁹⁶ cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 48.

⁹⁷ Cf. VILELA, Alexandra. Op. cit.,p.48-49.

confeção da legislação repressiva. A supervalorização do Estado em detrimento do indivíduo inviabilizaria qualquer tentativa de instituição da presunção de inocência no novo ordenamento. A opção política pelo fascismo estava conectada ao modelo punitivo estatal: o *jus puniendi* do Estado prevalecia nitidamente sobre o *jus libertatis* do indivíduo⁹⁸.

A Itália se refez politicamente com o declínio do modelo fascista. As atrocidades cometidas no regime totalitário avultaram a importância das garantias dos direitos individuais, dentre eles, a adoção da presunção de inocência nos meandros do processo penal. O novo contexto exigia a feitura de uma nova carta política, cujos esforços de elaboração iniciaram-se em 1946. A Comissão Constituinte fez proposta para consagrar a presunção de inocência nos seguintes termos: << L'innocenza dell 'imputato è presunta fino alla condanna definitiva>>⁹⁹. Todavia, ao final dos debates, foi aprovada pela Assembléia Constituinte o texto final, tal como consta do artigo 27.2 da Constituição Italiana de 1948: << L'imputato non è considerato colpevole sino condanna definitiva>>¹⁰⁰. O fato explica-se pela presença de Manzini que participou ativamente dos debates e manifestava-se ferrenhamente em desfavor da presunção de inocência¹⁰¹.

Como visto anteriormente, os adeptos da escola técnico-jurídica pugnavam pela criação de um terceiro status ao indivíduo que respondesse a um processo penal: acusado, que não se enquadraria na qualidade de inocente e nem de culpado. O status de acusado seria apto a suspender o natural estado de inocência do indivíduo. A literalidade da redação conferida à matéria na Constituição Italiana cedeu espaço para que fossem construídas interpretações duvidosas em torno da presunção de inocência. Alguns doutrinadores passaram a diferenciar entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade, mas essa distinção perdeu importância na contemporaneidade, haja vista que os juristas italianos entendem que ao indivíduo só restam duas opções: inocente ou culpado. Acusado é tão somente a nomenclatura dada ao indivíduo que está respondendo a um processo-crime. Este tem de ser tido como inocente, já que a mera acusação que sobre ele recai não tem o condão de suspender o seu estado de inocência e as garantias que daí advêm. Culpado é o indivíduo assim declarado por

⁹⁸ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.29. Leciona Ferrajoli: << Com o advento do fascismo, a presunção de inocência entrou francamente em crise>> Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 509-510.

⁹⁹ Tradução para o português: << A inocência do imputado é presumida até a condenação definitiva>>.

¹⁰⁰ Tradução para o português: << O imputado não é considerado culpado sem a condenação definitiva>>. A Constituição Italiana consagrou o princípio de não culpabilidade. Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 510.

¹⁰¹ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.30-31. No mesmo diapasão, vide VILELA, Alexandra. Op. cit., p.50-51; MOURA, José Souto de. Op. cit., p. 34.

sentença condenatória transitado em julgado. Desta feita, atualmente se vislumbra com equivalência as expressões “ser presumido inocente” e “não ser presumido culpado”¹⁰².

A Constituição Italiana de 1946 assegurou direitos e garantias individuais ao acusado, outrora expurgados pela legislação processual de 1931. A título de exemplo, assegurou-se o direito de defesa em todas as fases processuais. Ademais, vigorava à época de sua elaboração um viés político de valorização do indivíduo diante do Estado, o que corroborou para a proclamação da Declaração Universal de Direito dos Homens, ocasião em que a presunção de inocência foi contemplada sob nova perspectiva¹⁰³.

A segunda concepção do princípio da presunção de inocência adveio, pois, desse acirrado debate travado pelas escolas penais italianas acerca das bases estruturais do Direito Penal. Atualmente, a grande maioria das Constituições adotam o princípio da presunção de inocência como umas das bases estruturantes do Estado Democrático de Direito¹⁰⁴.

O terceiro significado do princípio da presunção de inocência é extraído da Declaração Universal de Direito dos Homens. As atrocidades cometidas durante a Segunda Grande Guerra Mundial serviram como fato propulsor para o afloramento da temática dos direitos humanos. Percebeu-se quão danoso é o desrespeito à dignidade da pessoa humana. Sentiu-se, diante de todas as mazelas geradas pelos nazistas, a necessidade de se criar um organismo de âmbito internacional para a proteção dos direitos e liberdades individuais¹⁰⁵. Nesse contexto, em 1945, surgiu a Organização das Nações Unidas (ONU)¹⁰⁶.

Na III Sessão Ordinária da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, foi aprovada a Declaração Universal de Direito dos Homens. Foi um documento internacional pioneiro, seguido por uma série de outras declarações, assinado por vários Estados no afã de demonstrar o compromisso destes com tutela dos direitos humanos.

¹⁰² TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.31-32.; CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 52-53.

¹⁰³ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 53.

¹⁰⁴ «Pues bien, la presunción de inocencia es la expresión abreviada de ese conjunto de derechos fundamentales que definen el estatuto jurídico del imputado, estatuto cuyo respeto ha de ser el primer critério rector del contenido y de la estructura del proceso penal. En ese sentido cabe hablar de un proceso penal de la presunción de inocencia: como un proceso penal que se inspira en ella como primer postulado, esto es, como momento inicial de una perspectiva en la que los derechos fundamentales del imputado pasan a ocupar el primer plano» ANTÓN, Tomás Vives. El proceso penal de la presunción de inocencia. In: PALMA, María Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 30-31. Assevera Moraes: «A função da presunção de inocência é servir de eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme ao determinado pela Constituição». Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 358.

¹⁰⁵ Cf. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Labirinto penal e o caso brasileiro. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.352-353. No mesmo sentido, vide: VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 53-54.

¹⁰⁶ Para uma visão minuciosa sobre o surgimento da ONU, vide BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p. 67 e ss.

Representou um reconhecimento expresso, em plano supranacional, de que o ser humano possui direitos e garantias¹⁰⁷.

No que tange ao processo penal, a Declaração Universal de Direito dos Homens assegurou inúmeros direitos ao acusado, na tentativa de equilibrar a relação entre o indivíduo, titular do *ius libertatis* e o Estado, titular do *ius puniendi*, na medida em que este é indubitavelmente o pólo mais forte da relação, já que detentor de um aparelho punitivo, movido por funcionários públicos e normas jurídicas com o escopo de realização da Justiça. A pessoa muitas vezes não compreende sequer a linguagem técnica-jurídica utilizada no transcorrer do processo penal. O propósito da Declaração era firmar o acusado, antes visto como inimigo da sociedade, como um ser humano, portador da mesma dignidade do restante do corpo social¹⁰⁸.

Dentre as garantias processuais atreladas na Declaração Universal de Direito dos Homens, a presunção de inocência foi contemplada no artigo 11.1, nos seguintes termos: <<Todo o homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada, de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa>>.

A redação conferida pela Declaração Universal de Direito dos Homens à presunção de inocência permitiu que o instituto se revestisse de um novo significado. Com efeito, na medida em que o documento internacional presume a inocência até que esta seja elidida por prova da culpabilidade, não restam dúvidas de que a incumbência de demonstrar a culpa do indivíduo recai sobre a acusação. Dito de outro modo, o acusado não tem obrigação de produzir provas de sua inocência, que já se encontra presumida até que a acusação demonstre sua culpabilidade. Frise-se, entretanto, que ao acusado não é vedada a confecção de provas que possam influenciar no convencimento judicial. Dessa construção, se extrai ainda a regra do *in dubio pro reo*¹⁰⁹, cujas origens remontam ao Direito Romano¹¹⁰, o que equivale a dizer

¹⁰⁷ «Refira-se, ainda, que o conjunto dos direitos proclamados são coenvolvidos com a ideia de humanidade. Ao invés de invocar apenas o indivíduo, o texto alude à humanidade (...)» vide MARQUES, Mário Reis. Op. cit., 2007, p.214. Ainda sobre a temática, leciona Rêgo: «A propósito, Norberto Bobbio vislumbrara na Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como outras que lhe sucederam, um processo lento, porém firme, de construção de consenso em torno dos direitos humanos à nível supranacional, portanto transcendendo culturas ao mesmo tempo em que não as desconsidera.». RÊGO, George Browne. Pragmatismo e Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 237.

¹⁰⁸ CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 133.

¹⁰⁹ A regra *in dubio pro reo* consiste numa diretriz a ser observada nas decisões judiciais: havendo dúvidas sobre a culpabilidade do acusado, deve o magistrado optar pela absolvição. A dúvida aqui suscitada recai sobre as circunstâncias fáticas do delito. Em favor do indivíduo, milita ainda o princípio do *favor rei*, cuja aplicação

que o magistrado só pode proferir uma sentença condenatória quando não existirem dúvidas quanto à culpa do acusado¹¹¹.

Do retroexposto, aduz-se que a Declaração Universal de Direito dos Homens trouxe à presunção de inocência uma perspectiva de norma probatória e norma de juízo¹¹². A DUDH foi um importante documento histórico na afirmação dos direitos fundamentais e serviu de parâmetro para a celebração de tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. A nível convencional, o princípio da presunção de inocência encontra guarida, dentre outros documentos, na Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Em um processo penal assentado no valor da pessoa e de sua liberdade, naturalmente melhor inocentar um culpado a condenar um inocente¹¹³.

Sintetizadas as manifestações que a presunção de inocência pode assumir no processo penal, passa-se a um estudo mais pormenorizado de cada uma das dessas acepções. É importante destacar que são desmembramentos distintos da presunção de inocência, mas que se inter-relacionam para assegurar uma melhor efetividade do direito fundamental.

decorre de dúvidas sobre interpretação das normas jurídicas, ocasião em que o intérprete deve optar pela via que melhor se adegue aos interesses do acusado. Ambos são direitos fundamentais do indivíduo que não se confundem entre si, mas que atuam juntos em um processo penal que concede proeminência ao indivíduo em detrimento do Estado. cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 139-141.

¹¹⁰ A regra do *in dubio pro reo* tem gênese na Grécia Antiga e foi prevista expressamente no Digesto, onde vigorava a expressão «*actore non probante, réus absolvitur*». cf. Ibidem, p. 136.

¹¹¹ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.36. «O Estado assume a responsabilidade sobre a dúvida».cf. CAMARGO, Monica Ovinski de. Op. cit., p. 137.

¹¹² A doutrina majoritária entende “norma probatória” e “norma de juízo” como expressões sinônimas. Há quem defenda, todavia, uma distinção entre “norma probatória” e “norma de juízo” como sendo dois aspectos diversos da presunção de inocência. Por “norma probatória” entender-se que ao órgão acusador cabe a demonstração da culpa do arguido ao passo que a “norma de juízo” implica na obrigatoriedade do juiz só decidir em desfavor do arguido quando atingido um grau de certeza, ou seja, nas situações em que resta dúvida, após a colheita do material probatório, deve o magistrado avocar a regra do “in dubio pro reo” para solucionar a celeuma, cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 405-406.

¹¹³ «A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo » Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 506. Nos regimes autoritários, em contrapartida, há maior preocupação em punir do que proteger os inocentes. Cf. GARAFOLI, Vincenzo. Presunzione d’innocenza e considerazioni di non colpevolezza. La fungibilità dele due formulazioni. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, out./dez. 1998, p. 1171.

2.1. Presunção de inocência enquanto norma de tratamento

A presunção de inocência enquanto norma de tratamento determina que o arguido seja considerado inocente durante todo o transcorrer da persecução penal¹¹⁴. Destarte, só poderão ser aplicadas em desfavor do arguido as medidas de coação¹¹⁵ que «ainda se mostrem comunitariamente suportáveis face à possibilidade de estarem a ser aplicadas a um inocente»¹¹⁶. A norma de tratamento é válida para qualquer arguido, independente de ser primário ou reincidente, bem como da natureza ou gravidade do crime que supostamente lhe é imputado¹¹⁷.

Um dos reflexos mais marcantes do princípio da presunção de inocência enquanto norma de tratamento é sentido na disciplina prisional, já que, como foi afirmado anteriormente, esse princípio atua como uma garantia constitucional do direito de liberdade individual, dentre as quais a liberdade física é a que recebe maior enfoque no processo penal. Noutro norte, repise-se que não existem direitos absolutos¹¹⁸. Outrossim, a presunção de inocência não obsta que a pessoa seja presa sem que haja um decreto condenatório¹¹⁹, mas implica determinar que tais prisões obedeçam à disciplina de uma medida cautelar¹²⁰,

¹¹⁴ «Isso obriga o juiz não só a manter uma posição “negativa” (não o considerando culpado), mas sim a ter uma postura positiva (tratando-o efetivamente como inocente)». Cf. LOPES JR., Aury. Op. cit., 2010, p.186.

¹¹⁵ No Código de Processo Penal Português, as medidas de coação são previstas nos arts.196 a 201.

¹¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre os Sujeitos Processuais no Código de Processo Penal, In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p.27.

¹¹⁷ «Aplicar o direito fundamental da inocência ao “pior acusado” é afirmar para toda a sociedade que esse direito é aplicável a todos. Traduz-se, por conseguinte, que a intervenção do processo penal, até derradeira deliberação, se dá sobre a figura de um cidadão inocente, sendo indispensável a constante observação da regra de tratamento». CROZARA, Rosberg de Souza. O juiz penal, a função contramajoritária dos direitos fundamentais e a presunção de inocência. In SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel el (coord.). *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 525. No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. Op. cit., 2010, p.187.

¹¹⁸ COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 72. Sobre a relatividade dos direitos humanos, vide ainda GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015, p.54-57.

¹¹⁹ «A história da detenção cautelar do imputado no transcurso do processo está estritamente conectada com a do princípio da presunção de inocência: na medida e nos limites em que a primeira foi sendo cada vez mais admitida e praticada, seguiram-se de perto os desenvolvimentos teóricos e normativos do segundo. Desse modo, ocorreu que enquanto em Roma, após experiências alternadas, chegou-se a proibir por completo a prisão preventiva, na Idade Média, com o desenvolvimento do procedimento inquisitório, ela se tornou o pressuposto ordinário da instrução, baseada essencialmente na disponibilidade do corpo do acusado como meio de obter a confissão *per tormenta*. E só voltou a ser estigmatizada com o Iluminismo, concomitantemente à reafirmação do princípio “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*” e a redescoberta do processo acusatório » Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 508

¹²⁰ Ressalta-se que qualquer medida de coação, e não apenas a prisão preventiva, tem natureza cautelar e não pode ser decretada com fins de pena antecipada. Cf. BRANDÃO, Nuno. Medidas de coação: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 18, n. 1, jan./mar. 2008, p. 82-83.

revestida do caráter da excepcionalidade¹²¹. Pela importância do tema, será analisado de forma pormenorizada no próximo item.

2.1.1. Compatibilidade entre prisão preventiva e presunção de inocência

O processo penal visa ao alcance de uma miríade de valores (a descoberta da verdade, o restabelecimento da paz jurídica comunitária e a proteção aos direitos fundamentais do indivíduo). Existindo colisão entre as finalidades, tenta-se uma solução prática capaz de harmonizar as antinomias da melhor maneira possível¹²².

A busca da verdade só é possível com o desenvolvimento regular do feito e, por vezes, com o fito de assegurar esse fim, são adotadas medidas de coação no seio do processo penal, dentre as quais figura a prisão preventiva¹²³. Para assegurar o pleno desenvolvimento da atividade jurisdicional do Estado, o ordenamento permite que se prive alguém de sua liberdade. Por estar em xeque a proteção a um direito fundamental, é estritamente necessário se delinear com precisão os termos em que tal instrumento acautelatório será cabível, de modo a harmonizar as finalidades do processo penal dentro de uma perspectiva constitucional, convencional e humanitária¹²⁴.

¹²¹ «Ora, numa ordem jurídica assente na dignidade da pessoa humana e em princípios de liberdade e democracia, a presunção de inocência do arguido em processo penal terá também por função impor que a contenção, a suspensão e a negação de direitos do arguido (seja “dentro” do processo, seja “fora” dele sejam o mais limitadas possível (quantitativa e qualitativamente) e que assumam um caráter transitório e reversível, de modo a assegurar que, uma vez alcançada uma decisão no sentido da inocência do arguido, aquelas contenção, suspensão e negação sofridas pelo arguido ao longo do processo se possam considerar “supportáveis”». Cf. PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2005, p. 129-130

¹²² DIAS, Figueiredo Dias. O novo Código de Processo Penal. In *Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, 1987, p. 12 e ss. No mesmo sentido: Cf. ANTUNES, Maria João. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1244-1245; BELEZA, Tereza Pizarro. Prisão preventiva e direitos do arguido. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 673-674.

¹²³ O enfoque doravante atribuído ao estudo da prisão preventiva será acerca do direito português, ainda que não se descure da apresentação de remissões comparativas ao ordenamento brasileiro alhures.

¹²⁴ « o direito processual penal é direito constitucional aplicado; o legislador processual penal não podia permitir a compressão ou a restrição dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, em nome da busca da verdade material, para além do que a própria Constituição permitisse». Cf. LEAL, Rui da Silva. Eu sou arguido... amanhã. Os direitos de garantia. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 117-126.

A regra é responder ao processo em liberdade e a prisão preventiva ser uma exceção¹²⁵, que somente deve ser aplicada com fins endoprocessuais e em caráter subsidiário, ou seja, quando a questão não encontrar guarida em outra medida de coação e for estritamente necessária a privação da liberdade.

Com efeito, na dialética que se estabelece entre prisão provisória e liberdade individual, vale ressaltar as palavras de Juarez Tavares: “A garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”¹²⁶. Em que pese essa constatação teórica, vislumbra-se que na prática forense, muitas vezes, são aplicadas prisões preventivas com cariz de pena antecipada, para suprir a insuficiência estatal no seu papel de garantir a segurança pública da sociedade e combater a criminalidade.

O direito à liberdade do arguido possui indiscutível importância, na medida em que goza de status de direito fundamental assegurado constitucional e convencionalmente¹²⁷. Figura como corolário do princípio da presunção de inocência, de forma que só se admite a prisão de uma pessoa depois do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória. Nessas situações, estamos diante da prisão-pena, cuja decisão judicial é baseada num juízo de verdade, colhido após a instrução processual, no qual garante-se ao acusado a oportunidade de produzir provas, sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

A busca da verdade goza de relevância incontestável. Na linha de horizonte defensiva, ela serve como garantia de que a punição estatal só é possível se ficarem demonstrados no processo provas de autoria e materialidade. Noutra norte, a busca pela verdade, que é lastreada em regras procedimentais legais, serve como legitimação da decisão judicial, na medida em que lhe confere um embasamento empírico e evita subjetivismos do julgador.

Na relação (aparentemente) conflitual entre prisão preventiva e presunção de inocência, existem duas correntes explicativas do tema, quais sejam: as substantivas e as processualistas¹²⁸. As primeiras defendem que a prisão preventiva tem cariz de pena antecipada e subdividem-se em dois subgrupos: substantivas autoritárias e substantivas

¹²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal* : apresentações esquemáticas da matéria. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.561.

¹²⁶ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 162.

¹²⁷ O direito à liberdade pessoal está assegurado no art. 27º da CRP, no art. 5º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e no art. 9º do Pacto Internacional para a proteção dos direitos civis e políticos.

¹²⁸ Para um desenvolvimento aprofundado das correntes adiante sintetizadas, vide ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 168 e ss; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 382 e ss.

liberais. As segundas entendem a prisão preventiva na perspectiva de uma medida processual cautelar.

Os adeptos das teorias substantivas autoritárias privilegiam a ordem pública em detrimento da presunção de inocência. Defendem, pois, que este princípio tem que ser relativizado quando estiver em confronto com outros valores constitucional e socialmente relevantes. Por possuir a prisão preventiva verdadeira natureza de pena antecipada, será válida para fins de prevenção geral positiva (credibilidade no sistema de justiça), prevenção geral negativa (intimidação), prevenção especial negativa (neutralização) e prevenção especial positiva (ressocialização). Questiona-se a (in)constitucionalidade de tal posicionamento por ferir de forma irrazoável vários direitos fundamentais do acusado, podendo ser citado, como exemplos, os princípios da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

As teorias substantivas liberais fluem numa visão garantista e não admitem pena antes do trânsito em julgado da decisão final, de forma que entendem ilegítimas as prisões preventivas e sustentam sua extinção ou redução máxima. Descartam o carácter cautelar por entenderem que o encarceramento causa prejuízos irreversíveis, sendo preferível a impunidade de alguns culpados à punição de inocentes.

As teorias processualistas, por fim, emprestam às prisões preventivas natureza de medida cautelar, que podem ser imposta exclusivamente para assegurar o fim processual de busca da verdade, permitindo assim, ao nosso modo de pensar, uma convergência prática desta finalidade com a de proteção aos direitos fundamentais¹²⁹.

As medidas de coação tem por objetivo assegurar o regular desenvolvimento do processo. Por serem restritivas de direitos fundamentais, só devem ser aplicadas no caso concreto, obedecidos os parâmetros legais, quando houver necessidade devidamente justificada.

Finca-se ainda que, por diretriz constitucional (arts. 28º, n.º 1 e 32º, n.º 1, 2 e 5 da Constituição Portuguesa) e legal (arts. 194º, n.º 4 do CPP), ao arguido deve, em regra, ser facultado oportunidade de defesa antes da decretação de medida de coação. O arguido deve

¹²⁹ SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal* Vol. II. 4. ed. Lisboa: Editora Verbo, 2008, p. 289-290. Em sede jurisprudencial: «As medidas de coação visam satisfazer exigências cautelares, exclusivamente processuais, que resultem da concreta verificação dos perigos previstos no art. 204º/2 do CPP, sendo de considerar ilegítimas finalidades de natureza retributiva, preventiva, ou mesmo de protecção do arguido». (Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 1373/14.3PBSTB-A.E1, de 03-03-15, Relatora Ana Barata Brito, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Évora).

ser informado, consoante regra do art. 141º, n.º 4, alínea d, <<dos fatos que lhe são concretamente imputados, incluindo, sempre que forem conhecidas, as circunstâncias de tempo, lugar e modo>>. O estado de inocência do arguido exige que esse direito à informação contemple as condutas materiais sobre as quais lhe recai a suposta autoria delitiva e quais as consequências jurídicas-criminais que daí pode advir¹³⁰. Destarte, o que pode ser limitado é o direito à liberdade individual, mas não o direito à defesa, este é inviolável¹³¹.

A prisão preventiva é modalidade de medida de coação, e, por ser a mais grave, somente deve ser utilizada quando as demais se revelarem incapazes de solucionar o problema concreto¹³², além de não prescindir da adequada motivação na realização judicativo-decisória¹³³.

Por serem medidas cautelares (e não pena antecipada), as prisões preventivas deveriam ser cumpridas em estabelecimentos penais distintos, com instalações dignas, e não nos presídios juntamente com os presos definitivos. Pondera-se ainda que estes detêm situação até melhor que os presos provisórios, pois cumprem pena no sistema progressivo e tem ainda a possibilidade de saídas temporárias¹³⁴. Como é contemporânea a crítica feita por Beccaria em 1764: <<é que se atiram na mesma masmorra, sem distinção alguma, o inocente suspeito e o criminoso convicto>>¹³⁵.

¹³⁰ Cf. BRANDÃO, Nuno. Op. cit., 2008, p. 92.

¹³¹ PRADO, Geraldo. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel el (coord.). *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 707.

¹³² PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o Processo Penal*. 1. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p.91. Sobre adequação, proporcionalidade e subsidiariedade na aplicação das prisões preventivas, vide ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem pública e liberdade individual: um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005. A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida de coação. Essa regra pode ser extraída da leitura do art. 28º, 2º da Constituição Portuguesa e do art. 202 do Código de Processo Penal Português. No que tange à prisão preventiva, ensina Vilela: « Vigora, pois, quanto a ela, o princípio da excepcionalidade na sua plenitude» VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 98.

¹³³ Com efeito, leciona Rosa Neves: « o dever de fundamentação é o suporte de legitimação material das próprias decisões judiciais, mormente da decisão penal ». Cf. NEVES, Rosa Vieira. *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção* (na decisão final penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p.135). Ademais, «A lei exige que os pressupostos que legitimam a aplicação de uma medida de coação se verifiquem no caso concreto; não os presume. Há de ser na base dos fatos concretos documentados nos autos que constituem os elementos de prova para a decisão....» SILVA, Germano Marques da. Vol. III. Lisboa, Universidade Católica Editora, 2014, p. 75.

¹³⁴ cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p. 290; SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, nº.86. São Paulo: Revista dos Tribunais: set./out. 2010, p. 304 e ss.; A passagem pela prisão gera consequências devastadoras para o réu; não bastasse a experiência degradante de ser alojado em lugares de péssimas instalações físicas, onde vigora o desrespeito total à dignidade da pessoa humana, o acusado ainda sofrerá a rejeição social, sob o estigma de ser um provável criminoso. Vide TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3 Vol. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 538.

¹³⁵ BECCARIA, Cesare. Op. cit., p.24-25

A noção de cautelaridade implica a provisoriedade das prisões preventivas¹³⁶. Salutar, nesse ponto, a preocupação do legislador português em regulamentar a matéria, como se extrai da leitura dos arts. 213 e 215 do Código de Processo Penal Português, que tratam, respectivamente, do reexame e do prazo máximo da prisão preventiva¹³⁷.

Ainda dentro da perspectiva da cautelaridade, para decretação da prisão preventiva, exige-se como requisito o *fumus commissi delicti* e como fundamento o *periculum libertatis*. Havendo dúvidas sobre a existência desses elementos, não se pode autorizar o encarceramento¹³⁸. A decisão judicial que a decreta baseia-se num juízo de perigosidade processual, que não se confunde e nem se mescla com o juízo de culpabilidade.

Presentes o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*, há ainda de ser observado se o crime se insere dentro dos parâmetros legais permissivos da decretação da prisão preventiva¹³⁹.

O *fumus commissi delicti* traduz-se na plausibilidade de cometimento de um crime. Materializa-se na legislação processual portuguesa quando há fortes indícios de autoria e

¹³⁶ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 336 e ss.

¹³⁷ Sobre o reexame dos pressupostos da prisão preventiva e os prazos de duração máxima, vide SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p. 345-352. Registra-se que no Brasil esse quesito sofre sérias violações, por inexistir determinação de prazo máximo para duração da medida, bem como obrigatoriedade de reexame periódico da decisão judicial que a decretou. Para melhor detalhamento do tema, vide LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 43 e 44. Enfatiza-se que a omissão legislativa em torno da questão contribui para o fenômeno da banalização das prisões no Brasil. Basta citar, a título de exemplo, o caso do cidadão Marcos Mariano da Silva, que passou treze anos preso preventivamente (em regime integralmente fechado!) e, ao final do processo, foi julgado inocente. Durante o tempo do encarceramento, não bastasse a degradação inerente à prisão, perdeu a visão e contraiu tuberculose. O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 802435, lhe concedeu uma indenização por danos materiais e morais no valor de dois milhões de reais, a ser paga pelo Estado Brasileiro. Para um maior detalhamento do caso, vide: LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 145 e 146.

¹³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no habeas corpus: *In dubio pro libertate*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 231.

¹³⁹ Em Portugal, o art. 202 do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses autorizadoras de prisão preventiva: «1 - Se considerar inadequadas ou insuficientes, no caso, as medidas referidas nos artigos anteriores, o juiz pode impor ao arguido a prisão preventiva quando: a) Houver fortes indícios de prática de crime doloso punível com pena de prisão de máximo superior a 5 anos; b) Houver fortes indícios de prática de crime doloso que corresponda a criminalidade violenta; c) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de terrorismo ou que corresponda a criminalidade altamente organizada punível com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; d) Houver fortes indícios de prática de crime doloso de ofensa à integridade física qualificada, furto qualificado, dano qualificado, burla informática e nas comunicações, receptação, falsificação ou contrafacção de documento, atentado à segurança de transporte rodoviário, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; e) Houver fortes indícios da prática de crime doloso de detenção de arma proibida, detenção de armas e outros dispositivos, produtos ou substâncias em locais proibidos ou crime cometido com arma, nos termos do regime jurídico das armas e suas munições, puníveis com pena de prisão de máximo superior a 3 anos; f) Se tratar de pessoa que tiver penetrado ou permaneça irregularmente em território nacional, ou contra a qual estiver em curso processo de extradição ou de expulsão.».

materialidade¹⁴⁰. O *periculum libertatis* consubstancia-se no perigo que a liberdade do arguido pode representar ao regular prosseguimento do processo e assume três contornos no ordenamento luso, conforme regulamentação do art. 204 do Código de Processo Penal Português: a) fuga ou perigo de fuga; b) perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova; c) perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas¹⁴¹. O cerne da questão consiste em perquirir se essas prisões são realmente cautelares e necessárias, vale dizer: objetivam realmente assegurar o regular andamento processual ou são utilizadas como instrumento canhestro de repressão a ações criminosas e afastamento de pessoas suspeitas do convívio comunitário? Tendo como objetivo assegurar o prosseguimento do feito, são realmente necessárias ou a questão poderia ser prevenida por conduto de outra medida de coação menos danosa ao arguido¹⁴²? As respostas ecoam de forma diferente em cada uma das hipóteses legalmente previstas e é em torno dessas indagações que gravita a reflexão doravante desenvolvida.

Partindo do pressuposto de que a prisão preventiva é medida cautelar de cunho processual (que serve para garantir o regular andamento do processo), questiona-se a constitucionalidade do *periculum libertatis* consubstanciado no perigo, em razão da natureza e das circunstâncias do crime ou da personalidade do arguido, de que este continue a atividade criminosa ou perturbe gravemente a ordem e a tranquilidade públicas como fundamento hábil a autorizar a aplicação de medida restritiva da liberdade individual do acusado¹⁴³.

¹⁴⁰ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p.293-295. Mais uma questão importante surge no estudo das prisões preventivas: o que se entende por “fortes indícios”? Sobre a temática, Leciona Antunes: «Pressuposto específico destas medidas de coação, que dependerá sempre de um juízo positivo no sentido de que, em face dos indícios já existentes, é de considerar altamente provável a dedução da acusação ou que esta seja mais provável do que o arquivamento do inquérito; de que em face dos indícios já existentes, é de considerar altamente provável a decisão instrutória de pronúncia ou que esta seja mais provável do que a de não pronúncia» Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2003, p. 1251-1252. A questão será estudada com maior profundidade no item 3.1 do presente trabalho.

¹⁴¹ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p.295-302.

¹⁴² Sobre a existência de prisões abusivas, vide COSTA, José de Faria. Op. cit., 2005, p. 51.

¹⁴³ Nesse sentido, vide HASSEMER, Winfried. Op. cit., 2003, p. 118-120; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 545; CASARA, Rubens R. R. Op. cit., p.205-206; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p.332-334; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 372; VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 103 e ss; MIRZA, Flávio. Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24, vol. 122, ago./2016, p.123. Nas palavras de Aury Lopes Jr: «as prisões para garantia da ordem pública ou da ordem econômica possuem um defeito genético: não são cautelares. Portanto, substancialmente inconstitucionais» LOPES JR., Aury. Op. cit, 2013, p. 614.

Rechaça-se a argumentação que sobrepõe a manutenção da ordem pública (interesse da coletividade) em detrimento à soltura do acusado como se esta fosse um interesse puramente individual¹⁴⁴. A liberdade ultrapassa, e muito, a categoria de interesse privado, pois faz parte dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados a todos os cidadãos¹⁴⁵. Releva-se ainda que uma das exigências do Estado Democrático de Direito é a proteção do indivíduo numa posição de coexistência (e não de hierarquia) com a proteção do corpo social¹⁴⁶.

A expressão ordem pública finda por funcionar como uma licença ampla colocada à disposição dos magistrados para se prender os acusados de forma desenfreada. Essa ideia condiz com a própria gênese do termo: a Alemanha nazista, na década de 30, para abarcar qualquer prisão¹⁴⁷.

Questiona-se o que vem a ser, com precisão, ordem e tranquilidade públicas. Em regra, entendem-nas como o sentimento de paz¹⁴⁸ que deve reinar na comunidade, mas trata-se de um conceito vago e genérico¹⁴⁹, que permite que os aplicadores do direito o preencham de forma variada, quando sabemos que o processo penal sujeita-se ao princípio da legalidade e taxatividade¹⁵⁰. Para agravar ainda mais a situação, os juízes muitas vezes utilizam uma suposta (e incabível em um contexto pós-moderno) lógica meramente subsuntiva para decretarem prisões preventivas: limitam-se a asseverar que o caso concreto configura ameaça à ordem ou tranquilidade pública, como se o texto prescindisse de uma concretização

¹⁴⁴ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção de inocência e a construção da verdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.38

¹⁴⁵ «(...) os direitos da liberdade valoram não apenas interesses práticos e particulares, antes, eles avaliam os interesses público-jurídicos, isto é, que eles são interesses processuais». Cf. HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Traduzido por Regina Greve. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2007, p.116.

¹⁴⁶ LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 42 e 43.

¹⁴⁷ Vide LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 612. Com o pretexto de garantia da ordem pública, a prisão preventiva é utilizada com fins de pena antecipada, equiparando-se o acusado ao culpado, desrespeitando-se o princípio da presunção de inocência, surgido no seio da Revolução Francesa, com o objetivo justamente de coibir o uso arbitrário do *jus puniendi* do Estado, cf. PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p.26.

¹⁴⁸ Sobre a paz, ensina Vilela: « verificamos o restabelecimento da paz jurídica não se esgota na aplicação da pena ao condenado, até aí presumido inocente. Antes passa também pela absolvição do inocente, o qual, uma vez declarado inocente, volta à sociedade livre de qualquer suspeita de culpa, já que juridicamente nunca perdeu a sua inocência, porque se encontrava resguardado pela presunção de inocência». VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 26.

¹⁴⁹ Coaduna-se com o pensamento de Tourinho Filho: « a expressão ordem pública diz tudo e não diz nada» cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 553.

Para Sanguine, cujo pensamento é explorado na obra de Szesz, a imprecisão da expressão ordem pública serve como permissivo para que a prestação jurisdicional seja utilizada em prol de políticas criminais. cf. SZESZ, André. *O juízo de periculosidade na prisão preventiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 65.

¹⁵⁰ COSTA, José de Faria. *Beccaria e o direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015, p. 48-49.

normativa, olvidam na fundamentação das suas decisões a apresentação de embasamentos extraídos da materialidade subjacente ao caso concreto¹⁵¹.

A título de exemplos, é com fundamento na manutenção da ordem pública que se decretam prisões preventivas para se conter o clamor público, em virtude da gravidade em abstrato do delito¹⁵² e até mesmo para se resguardar a integridade física do acusado. Perde-se de vista, todavia, que a legitimidade da prisão cautelar somente se justifica quando visa assegurar o regular andamento do processo.

Muito comum se decretar a prisão preventiva para a garantia da ordem pública com base no clamor público¹⁵³: para fornecer uma resposta satisfatória à opinião pública¹⁵⁴ (que muitas vezes se confunde com a opinião publicada)¹⁵⁵, se faz uma justiça sumária. O fim aqui

¹⁵¹ Sobre a importância de uma devida fundamentação das decisões que decretam prisão preventiva, vide BELEZA, Tereza Pizarro. Op. cit., p. 672, 675, 677-679. Com o intuito de coibir a prática corriqueira de decisões genéricas, desprovidas de qualquer embasamento empírico, o Supremo Tribunal Federal Brasileiro, no julgamento do HC 128880 SP, em data de 27-10-15, concedeu liberdade ao réu Renan Quero, por faltar fundamentação adequada à decisão que decretou a sua prisão preventiva, tendo esta seguido um formulário padronizado com uso de motivação genérica, apto a ser utilizado em detrimento de qualquer acusado. Transcrevemos parte da decisão objeto de reforma: «a prisão cautelar é necessária à garantia da ordem pública... Por outro lado, se condenado (a) (s), o (a) (s) réu (ré) (s) possivelmente irá (ão) iniciar o cumprimento da pena em regime fechado». Citamos ainda as palavras da Ministra Carmem Lúcia, na decisão que julgou favorável o recurso interposto: «É a vida vida de uma pessoa que eles tratam como se fosse papel» Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, acesso em 07/06/2016. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 128880, da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pacte: Renan Fernandes Ricobello Quero. Impte.: Rodrigo Corrêa Godoy. Coator: Relator do HC nº 320641 do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. Lex: jurisprudência do STF).

¹⁵² BELEZA, Tereza Pizarro. Op. cit., p. 673. Assevera Mirza: «A gravidade do delito não pode servir de pretexto para a decretação de custódia cautelar. A rigor, tal aspecto já foi valorado pelo Direito Penal. O legislador, ao estipular penas mais graves a uns crimes em detrimento de outros, leva em conta a gravidade dos mesmos». Cf. MIRZA, Flávio. Op. cit., p.127.

¹⁵³ «Há, inevitavelmente, uma função penal propriamente dita no Processo Penal que se traduz na superação do alarme público provocado pelo crime, na confrontação do arguido com os órgãos da justiça punitiva. O Processo Penal oferece, sem dúvida, uma via de saída para o conflito social gerado pelo crime. A questão que se coloca é, no entanto, a de saber se essa função não se converte (pelo menos até um certo ponto) em verdadeira intervenção pré-punitiva demolidora da presunção de inocência do arguido». PALMA, Maria Fernanda. Op. cit., 2004, p. 41-42. Assevera Albuquerque: « O perigo de perturbação grave da ordem ou tranquilidade pública não coincide com a relevância dada ao fato pela comunidade social». Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011, p. 602. Sobre a temática, vide ainda SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p.301-302.

¹⁵⁴ « Acresce o sempre presente perigo de feitura de justiça à medida da “opinião pública”». SANTOS, Boaventura de Sousa. Op. cit., p.143. Ainda sobre a temática: «o estado constitucional de inocência não deve ficar a mercê da vontade da maioria ou aos apelos midiáticos. A função contramajoritária do direito fundamental da inocência existe, justamente, para ser efetivada, independente da vontade da maioria, nas circunstâncias nas quais o mais fraco necessita dessa proteção. O estado de inocência, na democracia constitucional, representa aquilo, dentre outros direitos fundamentais, que é retirado da esfera da vontade das maiorias». CROZARA, Rosberg de Souza. Op. cit., p. 527.

¹⁵⁵ Os fatos publicados na imprensa seguem a famosa teoria do agendamento, vale dizer, a pauta é confeccionada de acordo com os interesses lucrativos das empresas midiáticas e seus parceiros colaboradores. O público, diante das informações recebidas, supervaloriza o fato que a mídia propositadamente divulgou de forma enfática e o

almejado é restabelecer credibilidade no sistema de justiça (prevenção geral positiva) e inibir qualquer cidadão de cometer delitos (prevenção geral negativa). Nesses casos, a prisão tem cariz de pena antecipada, sem se vislumbrar cautelaridade processual no seu uso¹⁵⁶.

Também ocorre frequentemente a decretação de prisão preventiva sob o argumento de se evitar a reiteração delitiva¹⁵⁷. Mais uma vez, a medida assume caráter de pena antecipada, cumprindo o fim de prevenção especial negativa¹⁵⁸. Não bastasse a ausência de cautelaridade processual, algumas indagações merecem destaque no cenário da decretação da prisão preventiva com o fito inibitório de novas práticas delitivas¹⁵⁹: quando se fala em impedir o cometimento de novos crimes, pressupõe que ao menos um já se efetivou (no caso, o crime que já é objeto do processo), mas como se partir dessa premissa se ainda não se formou um título condenatório? Como a defesa pode contra-argumentar eventos incertos? Como se forma um juízo de perigosidade em torno da reiteração delitiva projetada para o futuro? Quais fatores são indiciários de uma potencialidade criminosa? Não se pode provar que o arguido praticará novos crimes, o que se pode demonstrar é chance de que isso venha a acontecer dentro de um campo de probabilidade. Todavia, o que é provável não é certo, de forma que persistirá sempre dúvidas se o arguido incidiria ou não em novos comportamentos delitivos, caso permanecesse solto. A defesa fica em uma situação bastante complicada, haja vista que

juiz, com a imparcialidade abalada pelo sensacionalismo, decreta a prisão sem forte base empírica para tanto. Acerca da referida teoria, vide LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 612 ; GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p.269 e ss.

¹⁵⁶ SZESZ, André. Op. cit., p. 65. Também contra o uso da prisão preventiva com cariz de pena antecipada, vide COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 68.

¹⁵⁷ Sobre o tema, eis o posicionamento de Ferrajoli: « É claro que um argumento como esse, fazendo pesar sobre o imputado uma presunção de periculosidade baseada unicamente na suspeita da conduta delitiva, equivale de fato a uma presunção de culpabilidade.» Cf. FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 509. No mesmo sentido: MIRZA, Flávio. Op. cit., p.129-130.

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processual penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2004, p. 203. No mesmo diapasão: COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 74-75. Em sentido contrário: Paulo Pinto de. Op. cit., 2011, p. 601. O autor, todavia, pondera: « Mas o perigo de continuação da atividade criminosa não pode ser inferido exclusivamente da gravidade dos crimes imputados e da acusação por um crime grave noutra processo».

¹⁵⁸ LOPES JR., Aury. Op. cit , 2013, p. 618-619, p. 601

¹⁵⁹ Em que pesem as críticas apontadas nesse trabalho à prisão preventiva para garantir a ordem pública com base na possibilidade de reiteração delitiva, impõe-se registrar que em ordenamentos alienígenas diversos essa modalidade de prisão também encontra guarida. No Código de Processo Penal Brasileiro, a questão está regulamentada no art. 312. Na Espanha, a matéria encontra correspondência no art. 503.2 da *Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Na Itália, o tema tem consonância no art. 274 do *Código di Procedura Penale*. Defende-se, em face de todos os argumentos expostos neste trabalho, que evitar a reiteração delituosa é questão de segurança pública, função da Administração (que dispõe de poder de polícia para tal) e não da atividade jurisdicional. Nosso entendimento encontra acolhida em parte da doutrina portuguesa, brasileira e alemã.: vide HASSEMER, Winfried. Op. cit., 2003, p. 118-120; TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Op. cit., p. 546; VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 104 e ss.; CASARA, Rubens R. R. Op. cit., p. 204 e ss; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 372.;LOPES JR., Aury. Op. cit , 2013, p. 614.

não se pode fazer prova de eventos futuros e incertos e a prisão preventiva ainda retira do acusado a chance de demonstrar que fugiria da probabilidade apontada. O julgador, por sua vez, sabedor de que os holofotes lhe serão direcionados no caso de delinquência praticada por arguido cuja liberdade deriva de decisão sua, mesmo conhecedor de que a incerteza é adstrita a qualquer prognóstico humano, acaba por adotar a relação perigo/prisão, no fenômeno denominado *over prediction*¹⁶⁰.

No que tange à prisão preventiva fundamentada no perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova, não se olvida a constitucionalidade, vez que traduz-se em medida de natureza nitidamente cautelar, que visa assegurar o regular andamento do processo. É inclusive a de mais fácil assimilação, na medida que até um inocente pode embaraçar o desenvolvimento do feito¹⁶¹. Em que pese sua indiscutível conformidade constitucional, algumas observações hão de ser feitas em torno da real necessidade de sua aplicação no caso concreto.

A prisão preventiva embasada no perigo de perturbação do inquérito ou da instrução do processo e, nomeadamente, perigo para a aquisição, conservação ou veracidade da prova deve ter embasamento empírico. Diga-se ainda que, uma vez cessada a periculosidade processual, deve ser operada sua revogação.

A medida deve ser tomada com muita cautela, sob pena de se ter o efeito contrário: prejudicar-se a instrução penal pelo fato do arguido, privado de sua liberdade, estar impossibilitado de trazer ao processo elementos probatórios que possam influenciar a livre convicção judicial no deslinde da causa¹⁶².

É preciso ainda delinear quais condutas do arguido são aptas a desafiar a conveniência da instrução penal, levando-se em consideração que não lhe recai obrigação de produzir prova contra si¹⁶³. Ainda quando estamos diante de censurável comportamento do arguido, consubstanciado por exemplo na ameaça a testemunhas, temos que perquirir se realmente a prisão se faz necessária ou se a questão pode ser solucionada por outras medidas de coação

¹⁶⁰ SZESZ, André. Op. cit., p. 76-78.

¹⁶¹ VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 110.

¹⁶² SZESZ, André. Op. cit., p. 69.

¹⁶³ «Não é cabível a aplicação de medida de coação destinada a obter os indícios do crime. Isto é, não é admissível a aplicação de medida de coação com o fim de estimular o arguido a colaborar com a acusação». Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2011, p.601. No mesmo sentido: SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p. 299.

menos danosas ao acusado (mas provavelmente menos cômoda para o Estado!), como por exemplo proibição e imposição de condutas¹⁶⁴.

A prisão preventiva fundamentada na fuga ou perigo de fuga, por sua vez, é constitucional, na medida em que se revela como verdadeira medida cautelar com fim endoprocessual, mas nem por isso está imune a questionamentos, já que por vezes é imposta em situações desnecessárias.

Esta espécie de prisão preventiva visa garantir a submissão do arguido à execução penal e efetiva-se em casos de fuga já concretizada ou perigo de que esta venha a ocorrer. Na primeira hipótese, já se tem como certa a impossibilidade da aplicação da lei penal¹⁶⁵ enquanto o acusado gozar do status de foragido; já na segunda situação, a decisão baseia-se num juízo de perigosidade, que tem, todavia, pontos de interseção com o juízo de culpabilidade, na medida em que a decisão parte do raciocínio de que o arguido culpado quer fugir para se esquivar do cumprimento da pena¹⁶⁶, descartando-se a possibilidade contrária: o inocente que quer fugir temendo uma injusta prisão preventiva¹⁶⁷.

Quando a prisão preventiva tem por base o perigo de fuga do arguido, inevitável se tecer críticas e formular questionamentos. Em primeiro lugar, vivemos numa sociedade globalizada e informatizada, de forma que caberia ao Estado localizar o fugitivo e não optar por prendê-lo preventivamente, pois é inadmissível que a comodidade do Estado se sobreponha aos direitos e garantias constitucionais do acusado¹⁶⁸. Na mesma linha do que se disse acerca da prisão sob o fundamento do perigo de reiteração delitiva, fica a defesa em uma situação complicada, haja vista que a impossibilidade de se provar fatos futuros e incertos. Ressalte-se também que a decisão judicial deve ter forte embasamento empírico, apto a demonstrar a real possibilidade de fuga, afinal o que goza de presunção é a inocência do arguido e não o perigo de fuga¹⁶⁹. Por fim, a prisão somente deve ser efetivada quando estritamente necessária, vale dizer: somente cabível sua decretação quando inexisterem outras medidas de coação aptas a solucionar. Podemos citar a título exemplificativo, a entrega do passaporte, comparecimento regular em juízo e proibição de ausentar-se da concelho do seu domicílio. Essas medidas podem ser combinadas com outras de garantia patrimonial, ceifando-se, assim, ainda mais a

¹⁶⁴ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p. 299; LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 618-619, p. 601.

¹⁶⁵ Trata-se da única situação em que a prisão preventiva não é decretada com base num juízo de perigosidade. cf. SZESZ, André. Op. cit., p. 83.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 62.

¹⁶⁷ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p. 335-336.

¹⁶⁸ SZESZ, André. Op. cit., p. 63.

¹⁶⁹ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p. 297.

chance de fuga¹⁷⁰. A verdade é que, no cenário atual, raramente se justifica uma prisão preventiva sob o argumento de se evitar a fuga do réu.

Diante da possibilidade de prisões preventivas (bem como de detenção ou obrigação de permanência na habitação) ilegais ou injustificadas, o Código de Processo Penal Português regulamenta, no art. 225º, o requerimento para pedido de indenização. Uma das exigências para tanto, conforme preceituado na alínea c) do dispositivo legal trata-se de «se comprovar que o arguido não foi agente do crime ou atuou justificadamente». Pensa-se que a norma em epígrafe vai de encontro às diretrizes do princípio da presunção de inocência, vez que a leitura do texto legal conduz à conclusão de que o tribunal pode indeferir pedido de indenização nas hipóteses em que o arguido restou absolvido por força da aplicação do *in dubio pro reo* ou pelo reconhecimento de causa extintiva da responsabilidade penal distinta da justificação do delito. Trata-se de um tratamento injustificadamente diferenciado: a possibilidade de indenização deve recair sobre todos os arguidos absolvidos que foram presos preventivamente durante a persecução penal, haja vista que a absolvição derivada de aplicação do *in dubio pro reo* tem a mesma validade de qualquer outra absolvição¹⁷¹. Ademais, a regulamentação da matéria levanta celeuma quanto à legitimidade do arguido para recorrer de sentença absolutória, vez que se essa fundamentou-se no *in dubio pro reo* ou em causa extintiva da responsabilidade penal distinta da justificação do ato, o arguido pode alegar prejuízo decorrente da impossibilidade do recebimento de indenização por prisão preventiva contra si aplicada no transcorrer do processo penal¹⁷².

Importante instrumento na prevenção de prisões ilegais ou desnecessárias é a audiência de custódia. Em Portugal, a matéria é devidamente regulamentada no ordenamento interno e deve ser realizada no prazo máximo de quarenta e oito horas¹⁷³.

¹⁷⁰ LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 620.

¹⁷¹ «Ora, esta distinção entre sentenças absolutórias de primeira categoria (aquelas em que se comprova a inocência do arguido ou a justificação do ato) e sentenças absolutórias de segunda categoria (aquelas em que não se comprove a inocência do arguido ou a justificação do ato), as primeiras dando lugar a indenização da prisão preventiva e as segundas não dando lugar à indenização, constitui um retrocesso à dogmática pré-liberal, anterior à revolução francesa que distinguia entre vários tipos de absolvições». Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 439. Albuquerque assevera ainda (p. 438-439) que situação análoga já foi rechaçado pelo «Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão Sekanina v. Áustria, onde se discutiu norma da lei austríaca com este sentido».

¹⁷² Ibidem, p. 439.

¹⁷³ Com efeito, dispõe o art. 28º, 1º da Constituição Portuguesa; «A detenção será submetida, no prazo máximo de quarenta e oito horas, a apreciação judicial, para restituição à liberdade ou imposição de medida de coacção adequada, devendo o juiz conhecer das causas que a determinaram e comunicá-las ao detido, interrogá-lo e dar-lhe oportunidade de defesa.» Dispositivo análogo também é encontrado no art. 254 do Código de Processo Penal

Em que pese a presente investigação tenha foco no ordenamento jurídico português, abre-se um pequeno espaço para relatar o fenômeno da banalização das prisões preventivas no Brasil e a implementação das audiências de custódia como uma tentativa de diminuir o encarceramento provisório. Em 2015, da população carcerária brasileira, cerca de 41% eram presos provisórios¹⁷⁴.

A Lei 12.403/2011 introduziu no ordenamento jurídico brasileiro medidas cautelares diversas da prisão¹⁷⁵, de forma esta somente deveria ser decretada em *ultima ratio*. Mas a banalização do uso das prisões preventivas frustrou a legítima¹⁷⁶ pretensão legislativa¹⁷⁷. Em nova tentativa de reverter o quadro, optou-se pela implementação das audiências de custódia.

Como já foi dito anteriormente, o processo penal humanitário segue as diretrizes constitucionais e convencionais, buscando sempre a máxima eficácia dos direitos humanos. A audiência de custódia, importante instrumento de combate às prisões ilegais, está prevista no art. 7.5¹⁷⁸ da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 9.3¹⁷⁹ do Pacto

Português; «A detenção a que se referem os artigos seguintes é efectuada: a) Para, no prazo máximo de quarenta e oito horas, o detido ser apresentado a julgamento sob forma sumária ou ser presente ao juiz competente para primeiro interrogatório judicial ou para aplicação ou execução de uma medida de coacção; ou b) Para assegurar a presença imediata ou, não sendo possível, no mais curto prazo, mas sem nunca exceder vinte e quatro horas, do detido perante a autoridade judiciária em acto procesual.» A audiência de custódia tem assento ainda no art. 5º, 3, na Convenção Europeia dos Direitos dos Homens

¹⁷⁴ Em data de 06/02/2015, o Ministério da Justiça divulgou que, do total de apenados no Brasil, cerca de 41% ostentam a situação de preso provisório. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-apoia-projeto-de-audiencia-de-custodia-de-presos>> acesso em 07/06/2016.

¹⁷⁵ A matéria encontra-se regulamentada nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal Brasileiro.

¹⁷⁶ Diz-se legítima a pretensão de se reduzir o encarceramento, pois muitas das prisões decretadas se revelam desnecessárias. Uma pesquisa confeccionada pelo DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional) em parceria com o IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), cujos resultados foram divulgados no dia 27/11/2014, demonstrou que 37,2% dos presos provisórios, ao final do processo, não são condenados à prisão ou recebem penas inferiores ao tempo de encarceramento preventivo. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>> acesso em 07/12/2015.

¹⁷⁷ Sobre a não aplicação das medidas cautelares introduzidas pela Lei 12.403, adverte Gloeckner: «tais institutos não vem sendo agasalhados pelos tribunais brasileiros, adeptos ao maniqueísmo liberdade/prisão » cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Op. cit., p.341-342. No mesmo sentido: MIRZA, Flávio. Op. cit., p.125.

¹⁷⁸ Reza o dispositivo em tela que « 5. Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo».

¹⁷⁹ Dispõe a norma citada que «Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença».

Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992¹⁸⁰. Em que pese a incorporação destes Tratados Internacionais ao direito interno, suas normas não eram aplicadas na atividade jurisdicional¹⁸¹. Somente em 2015, por iniciativa do Conselho Nacional de Justiça¹⁸², esse importante direito foi implementando no sistema de justiça brasileiro.

Considera-se válida a aplicação da audiência de custódia, mesmo que não exista nenhuma lei brasileira regulamentando a matéria. O instituto encontra guarida nos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, de forma que é obrigação do Estado (seja através do legislativo, judiciário ou executivo) efetivar os direitos ali consagradas¹⁸³. Registra-se que tramita no Congresso Nacional Brasileiro o Projeto de Lei nº 554/2011, visando a regulamentação da matéria no ordenamento pátrio. A aprovação da lei será importante no sentido de se permitir um maior delineamento do instituto e se reafirmar o compromisso do Brasil com a efetivação dos direitos humanos¹⁸⁴.

A audiência de custódia consiste no direito que todo preso tem, sem demora, de ser entrevistado por um juiz, objetivando que: a) se verifique a eventual ocorrência de maus tratos e (ou) tortura; b) se analise a (i)legalidade / (des) necessidade de sua prisão¹⁸⁵.

Como deve ser interpretado o termo “sem demora” utilizada na CADH e na PIDCP? Os tratados internacionais não estabelecem a quantidade de dias ou horas aptos a configurar a

¹⁸⁰ A CADH, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, e o PIDCP foram recepcionados no ordenamento interno brasileiro por intermédio, respectivamente, do Dec.678/92 e do DEC 592/92. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento consolidado no sentido de que os Tratados Internacionais que versam sobre Direitos Humanos e são ratificados pelo Brasil gozam de status supralegal e que, se aprovados com o quórum de 3/5 dos votos, em dois turnos de votação, alcançam força de emenda constitucional. Para um maior detalhamento do tema, vide NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 1 ed. em e-book baseada na 5 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.28.

¹⁸¹ O Brasil foi denunciado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos pela ausência da implementação da audiência de custódia, tendo sido inclusive condenado, em março de 2004, por não ter assegurado o direito previsto convencionalmente ao preso Jailton Neri da Fonseca. Para a leitura completa da sentença, vide <<http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>>

¹⁸² O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Ministério da Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo, lançou o projeto Audiência de Custódia, em fevereiro de 2015. Atualmente o projeto já se encontra instalado em todos os Tribunais de Justiça do país. No dia 15-12-2015, o CNJ aprovou resolução que regulamenta as audiências de custódia no Brasil. O instrumento normativo entrou em vigor no dia 01-02-2016 e os tribunais tiveram o prazo de noventa dias para se adequar às regras estabelecidas. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>, acesso em: 15-06-2016.

¹⁸³ Cf. LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Op. cit., p.19. O STF decidiu pela constitucionalidade das audiências de custódia durante o julgamento da Ação Declaratória de Preceito Fundamental 347 e da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.240.

¹⁸⁴ Para se conhecer detalhes do projeto de lei em questão, vide <http://www.senado.gov.br/atividade/mateira/detalhes.asp?p_cod_mate=102115>

¹⁸⁵ TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro Nunes. *Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante*. São Paulo: Empório do Direito, 2015, p. 65-68.

demora mencionada em seus dispositivos. Todavia, os precedentes da Corte Internacional de Direitos Humanos já consideram o prazo de trinta e seis horas como inapropriados para o devido cumprimento da norma¹⁸⁶. No Brasil, o prazo estipulado para a realização das audiências de custódia foi de vinte e quatro horas, conforme resolução aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça.

Antes da implementação da audiência de custódia no Brasil, o preso não possuía oportunidade de ficar “frente a frente” com o juiz antes da audiência de instrução e julgamento que, na imensa maioria das vezes, ocorre meses após a prisão. Desta feita, a decisão judicial de soltura/outra medida cautelar/ prisão preventiva era tomada pelo magistrado com base apenas nos autos de prisão em flagrante¹⁸⁷, sem o crivo do contraditório.

Em uma perspectiva de um direito processual penal humanitário, a audiência de custódia goza de indiscutível importância, pois, na medida em que a decisão concessiva/denegatória da liberdade passa pelo crivo do contraditório¹⁸⁸, evitam-se prisões ilegais e valoriza-se o princípio da presunção de inocência¹⁸⁹. O instituto serve também como instrumento hábil para diminuir a quantidade de maus tratos/ torturas sofridas pelos presos, haja vista que os operadores desses crimes temerão serem responsabilizados. A audiência de custódia pode ser compreendida, pois, como um mecanismo para frear o processo de banalização das prisões preventivas e reduzir consideravelmente a (enorme) quantidade de presos provisórios no Brasil. Em 2017, o número de presos provisórios, que antes correspondia a 41% da população carcerária, foi reduzido a 34% dos encarcerados¹⁹⁰. A medida é salutar para se atingir um processo penal humanitário e ainda implica uma redução considerável nos gastos do Estado para manutenção do sistema penitenciário.

¹⁸⁶ Cf. PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do Direito, 2015, p. 43 e ss.

¹⁸⁷ Com efeito, dispõe o art. 306, § 1º «Em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante e, caso o atuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública».

¹⁸⁸ A respeito da importância de que o contraditório seja respeitado nas decisões que convertem o flagrante em prisão preventiva, vide TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro Nunes. Op. Cit., p. 68 e ss.

¹⁸⁹ LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Op. cit., p. 16.

¹⁹⁰ Pesquisa divulgada no ano corrente pelo CNJ, relativa a “Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais”. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>> acesso em 27/02/2017. Como o projeto de implementação de audiência de custódia é muito recente, ainda não existem dados estatísticos mais detalhados, mas essa pesquisa serve como prognóstico da expectativa da diminuição do encarceramento.

Ademais, o uso abusivo das prisões provisórias é medida extremamente deletéria na medida em que dilui laços familiares, sociais e profissionais, e delega ao detento uma estigmatização¹⁹¹.

Enfatiza-se, todavia, que a audiência de custódia não extermina a possibilidade de decretação de prisão preventiva, mas apenas serve como filtro moderador que evita prisões desnecessárias.

Por todo o exposto, entende-se que a prisão preventiva é compatível com a presunção de inocência enquanto norma de tratamento, desde que possua finalidade cautelar exclusivamente endoprocessual e seja aplicada somente em casos estritamente necessários¹⁹² e em caráter subsidiário às demais medidas de coação¹⁹³. Por fim, ressalta-se que a prisão preventiva deve ser revogada sempre que desaparecem os motivos que embasaram sua decretação ou ser remanejada por medida de coação menos gravosa se houver mudanças que abrandem as circunstâncias que outrora ensejaram a prisão¹⁹⁴.

Além de manifestar-se enquanto norma de tratamento, a presunção de inocência projeta-se ainda no processo penal como norma probatória e norma de juízo.

2.2. Presunção de inocência enquanto norma probatória versus presunção de inocência enquanto norma de juízo: liames e distinções

Opta-se aqui por discorrer acerca da presunção de inocência como “norma probatória” separadamente da presunção de inocência como “norma de juízo”. Ambas as expressões encontraram na temática “prova em processo penal” um ponto de interseção, entretanto

¹⁹¹ «O encarcerado, saído do cárcere, crê não ser mais encarcerado; mas as pessoas não. Para as pessoas, ele é sempre encarcerado; quando muito se diz ex-encarcerado» CARNELUTTI, Francesco; *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Editora Nilobook, 2013, p.99

¹⁹² «Pense-se a título de exemplo, em situações em que a medida aplicada não é idônea a garantir a não ocorrência do perigo que se receia; ou ainda na aplicação de uma medida demasiado gravosa tendo em conta outras que deveriam ter sido proferidas por menos desvaliosas e igualmente eficazes ou tendo em conta a gravidade do delito cometido e a sanção que previsivelmente lhe será aplicada.» cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Prisão preventiva – Habeas corpus – Recurso ordinário (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 20 de fevereiro de 1997). In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 10, p.303-312, abr./jun. 2000, p.310.

¹⁹³ Trata-se do princípio da subsidiariedade das medidas de coação mais gravosas. Sobre a temática, vide ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 139-140.

¹⁹⁴ Sobre o princípio da precariedade, vide ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 140-141. A legislação brasileira também segue nesse sentido e adota a cláusula *rebus sic stantibus*, de forma que a prisão preventiva pode ser decretada a qualquer momento no processo (se surgirem motivos para tal), bem como também a qualquer momento pode ser revogada (se desaparecerem os motivos que a ensejaram). Com efeito, dita o art. 316 do Código de Processo Penal Brasileiro: «O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem».

possuem diferenças que justificam um estudo apartado, conforme doravante será demonstrado¹⁹⁵. Adianta-se que ambas as perspectivas do direito fundamental deverão ser observadas durante toda a persecução penal e não apenas por oportunidade da decisão de mérito da causa, ou seja, serão norteadoras de qualquer medida de coação ou garantia patrimonial tomada em desfavor do arguido e ainda na prossecução de uma fase para outra do feito criminal.

A presunção de inocência enquanto “norma probatória” implica, em síntese, em atribuir ao órgão de acusação a incumbência de produzir a prova da culpabilidade do arguido durante a persecução penal¹⁹⁶. Engloba ainda a exigência de que ditas provas sejam lícitas¹⁹⁷ e de conteúdo incriminador (demonstrem a autoria e materialidade do fato criminoso). Frisa-se ainda que, havendo coarguidos, a culpabilidade de cada um deve ser particularmente demonstrada, não sendo admissível culpabilidade coletiva ou por associação¹⁹⁸. A presunção de inocência enquanto “norma de juízo”, por sua vez, direciona-se para as decisões judiciais proferidas no curso do processo penal, que devem ser tomadas com base nas provas (já produzidas e) carreadas aos autos. Dito de outro modo, a “norma probatória” vincula-se à produção das provas, ao passo que “norma de juízo” relaciona-se com as decisões judiciais¹⁹⁹.

A presunção de inocência enquanto “norma probatória” determina ao órgão acusador a incumbência de demonstrar a culpa do indivíduo, vez que este goza constitucionalmente do “estado de inocência”. Todavia, para a formação da culpa, somente as provas lícitas e de conteúdo incriminador podem ser aceitas. Se essas provas produzidas serão ou não suficientes para lastrear um decreto condenatório ou uma decretação de medida de coação, já é questão pertencente à presunção de inocência como “norma de juízo”²⁰⁰.

¹⁹⁵ Segundo Moraes, a doutrina e jurisprudência espanhola diferenciam a presunção de inocência enquanto norma probatória e norma de juízo. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 461. Ressalta-se, entretanto, que boa parte da doutrina trata as expressões como sinônimas.

¹⁹⁶ Assevera Matta: «Assim que à pergunta sobre a quem incumbe a prova, se responda, como regra, com o princípio da presunção de inocência» MATTÁ, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 222. É importante fincar que, embora caiba ao órgão de acusação o ônus da prova da culpa do arguido, não significa dizer que o Ministério Público aja como parte interessada na condenação. Este órgão dirige suas atividades para a descoberta da verdade e realização do direito. Sobre a temática, vide ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 35.

¹⁹⁷ As provas que contrastam o princípio da legalidade das provas, previsto no artigo 32º, nº8, da CRP e nos artigos 126º, nºs 1 e 3 e 118º, nº1, ambos do CPP, devem ser declaradas nulas e não podem ser valoradas pelo magistrado para a formação de sua convicção.

¹⁹⁸ JESUS, Francisco Marcolino de. *Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016, p.139

¹⁹⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 461-462.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 463.

Isso não significa, todavia, que a defesa, na dimensão pessoal ou técnica, esteja impedida de produzir provas ou requerer diligências. Afinal, ao arguido é reconhecido o status de sujeito processual e como tal tem a possibilidade de <<uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de direitos processuais autônomos>>²⁰¹. Ademais, em que pese o princípio da presunção de inocência assegurar juridicamente ao arguido uma postura passiva quanto à demonstração de sua inocência, no plano fático, vez que vigora o sistema da livre apreciação da prova, é interessante que a defesa traga aos autos elementos probatórios que possam contribuir para a absolvição do arguido, ou ao menos, para embutir uma dúvida no raciocínio do magistrado²⁰².

Independentemente do material probatório carreado aos autos pela defesa ou pela acusação, é salutar frisar que vigora, no processo penal, o princípio da investigação ou verdade material²⁰³, o qual autoriza que o tribunal determine de ofício a realização das provas que entender pertinente para a descoberta da verdade e a realização do direito. Frisa-se, todavia, que, em virtude do princípio da vinculação temática, tais provas tem de ter laços com o objeto do processo (definido pela acusação ou pela pronúncia)²⁰⁴.

Em que pese o argumento de que o magistrado, ao determinar oficiosamente a produção de provas, aja em busca da verdade e da realização do direito ao caso concreto, sendo-lhe indiferente que o resultado que advenha da diligência probatória seja favorável à tese acusatória ou à tese defensiva²⁰⁵, há juristas que entendem que a concessão de poderes instrutórios ao juiz é prejudicial à defesa. Para tanto, justificam que quando o magistrado tem

²⁰¹ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 39; PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2005, p. 124; GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 121.

²⁰² MATTA, Paulo Saragoça da. Op. cit., p. 259.

²⁰³ «(...) o processo penal há de basear-se no princípio acusatório, ao serviço do homem isolado, e ser complementado com o princípio inquisitório (ou investigatório), ao serviço do homem social». Cf. PIMENTA, José da Costa. *Processo penal: sistema e princípios*. Tomo I. Lisboa: Livraria Petrony, 2004, p.112. Sobre o princípio da investigação, que encontra guarida nos artigos 289º, nº1, 290º, nº1 e 340º, nº1, todos do CPP, vide ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 164.

²⁰⁴ MENDES, Paulo de Sousa. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 139.

²⁰⁵ Em favor do princípio da investigação, vide BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit., p. 447-448; JESUS, Francisco Marcolino de. Op. cit., p.135 e ss; MESQUITA, Paulo Dá. Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português – convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes. In *Revista Julgar*. N.25, 2015, p. 122; QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 62; Marques reconhece a importância do princípio da investigação, todavia não descarta que a prática judicial distorça seu legítimo objetivo: «O princípio da verdade material, implicando que as investigações pré-acusatórias sejam conduzidas com objetividade na procura da verdade e que na audiência de julgamento o princípio acusatório seja completado com a da investigação, é sacrificado na busca oficial apenas dos indícios da acusação, em nome do princípio da celeridade processual que sacrifica a Justiça à prontidão da decisão». SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2006, p. 300.

dúvidas sobre as provas fáticas, pode avocar a regra do *in dubio pro reo* e absolver o arguido. Desta feita, continuam seu raciocínio afirmando que só faz sentido o juiz determinar provas que visem demonstrar a culpa do acusado²⁰⁶.

A decisão judicial é orientada pelo princípio da livre apreciação das provas²⁰⁷. Todavia, o magistrado tem a obrigação de fundamentar sua decisão²⁰⁸ e só pode fazê-lo com base nas provas lícitas constantes dos autos. Do contrário, haverá desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência como norma probatória. Desta feita, fica assegurado ao cidadão que seu “estado de inocência” só pode ser elidido por provas lícitas e incriminadoras. Não cabe ao magistrado prolatar uma decisão condenatória ou despachar qualquer medida de coação em desfavor do arguido com base em suas convicções íntimas, opinião pública ou provas ilícitas²⁰⁹. Há, pois, uma complementariedade entre presunção de inocência, inadmissibilidade de provas ilícitas, obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais e direito ao recurso.

²⁰⁶ Assevera Moraes: «Se ele, na dúvida, busca novas provas ou meios de provar determinada tese é porque está, em regra, insatisfeito com o trabalho instrutório do órgão acusador. Voltaria a ser o juiz nos papéis de investigador e de acusador. Com essa constatação não se está afirmando que todo e qualquer magistrado sempre se utilizou dos poderes instrutórios que a lei lhe confere sempre o tenha feito com por uma sanha punitiva. O que se procura demonstrar com o exame desses pontos é apenas uma tendência sistêmica, e, com tal, produz mais efeitos em uma direção (punitiva) do que em outra (defensiva)». Cf MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 168-170. Sobre a mesma temática, preceitua Vilela: «Quanto ao princípio do *in dubio pro reo*, no nosso sistema processual penal, perde parte de seu valor primário, pois, previamente a fazê-lo funcionar, intervém o princípio da investigação segundo o qual compete ao juiz oficiosamente o dever de instruir e esclarecer o fato sujeito a julgamento». VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 80-81. Ainda no mesmo sentido: MOURA, José Souto de. Op. cit., p. 45; GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 123; CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos Processuais Penais. Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel el (coord.). *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 218-219.

²⁰⁷ Sobre o princípio da livre apreciação de prova, estatuído no artigo 127º do CPP, e as limitações que lhe são inerentes, vide ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 169-171. Bolina enfatiza que o princípio da presunção de inocência tem como imprescindível a possibilidade do magistrado apreciar livremente a prova: «A simples existência do princípio *in dubio pro reo* não garante, como se tentou demonstrar, que não venha a condenar-se um inocente, porque sempre seria possível compatibilizar aquele princípio com um sistema de prova legal ou tarifada, em que ao juiz não é dada a liberdade de decidir de acordo com a convicção que as provas fazem surgir no seu espírito. Não havendo, assim, margem para o surgimento da dúvida, dado encontrar-se o valor das provas previamente fixado». Cf. BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit, p. 448. No mesmo sentido, assevera Arias: « (...) la presunción de inocencia comporta que para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba, valoración que es de la exclusiva incumbencia del juzgador ... superando caducos sistemas de prueba legal... ». Cf. ARIAS, Esteban Romero. *La Presuncion de Inocencia*. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalizacion de este derecho fundamental. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985, p. 29. Sobre a relação entre os princípios da livre apreciação de prova e do *in dubio pro reo*, vide Monteiro, Cristina Líbano Monteiro. Perigosidade de imputáveis e *in dubio pro reo*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora: 1997, p. 51-54.

²⁰⁸ «(...) um bem estruturado e bem fundamentado dever de fundamentação das decisões penais é o único mecanismo que garante a constitucionalidade do princípio da livre apreciação da prova». MATTA, Paulo Saragoça da. Op. cit., p. 255. Sobre o princípio constitucional da fundamentação das decisões judiciais (art.205º, n1º da CRP), vide CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. Cit., p.667.

²⁰⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 465; MATTA, Paulo Saragoça da. Op. cit., p. 251.

Outra diferenciação ainda se impõe nos desdobramentos da presunção de inocência como norma probatória ou norma de juízo. A primeira perspectiva do direito fundamental tem caráter objetivo, vale dizer: analisa-se tão somente se existe material probatório e este é lícito e tem conteúdo incriminador. Na perspectiva de uma norma de juízo, a presunção de inocência ganha contornos subjetivos, pois se passa a sopesar se as provas produzidas são suficientes para afastar o “estado de inocência” da pessoa²¹⁰.

Existe celeuma doutrinária na definição do que seja material probatório suficiente. Há um consenso, todavia, que a análise da dita suficiência deve ser feita em cada caso concreto e não pode ser restrita por parâmetros <<quantitativos (número mínimo de provas) ou qualitativos (meio mais eficaz de prova)>>²¹¹. O material probatório deve ser analisado, em regra, de forma global e conjunta²¹² e o magistrado só pode elidir o “estado de inocência” e decidir em desfavor do arguido quando demonstrar na motivação da sua decisão que o material probatório lícito e incriminador lhe foi suficiente para atingir um grau de certeza, ou seja, quando demonstrar que as provas incriminadoras foram aptas a afastar da sua mente qualquer dúvida racionalmente justificável sobre qualquer questão imprescindível para o decreto condenatório²¹³.

A seguir, dadas as diferenças aqui estabelecidas, estudar-se-á de forma apartada a presunção de inocência enquanto norma probatória e norma de juízo.

2.2.1 Presunção de inocência enquanto norma probatória e o respeito pela decisão de vontade do arguido

A presunção de inocência enquanto “norma probatória” incumbe ao órgão de acusação a tarefa de provar a culpa do arguido e dita ainda que apenas as provas lícitas podem ser objeto de cognição e valoração para a decisão judicial²¹⁴. Desta compreensão decorre o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, que atua na temática de prova, mais

²¹⁰ «A separação entre esses dois âmbitos expõe com nitidez que primeiro é necessário que haja uma atividade probatória lícita, incriminadora e atribuída ao órgão de acusação, esses são aspectos objetivos que nada se relacionam com a subjetividade inerente às noções de suficiência, probabilidade, dúvida, entre outras, peculiares ao âmbito da presunção de inocência como “norma de juízo”». MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 463.

²¹¹ Ibidem, p. 471

²¹² TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p. 164 e ss.

²¹³ A doutrina anglo-saxã utiliza critério racional para analisar a dúvida no processo penal. As provas incriminadoras, ainda que não existam provas defensivas para contestá-las, tem de atingir um mínimo probatório apto a elidir uma dúvida insuperável pela razão (*reasonable doubt*). Quando a dúvida é superável por critérios racionais, a decisão judicial estará além de qualquer dúvida razoável (*beyond reasonable doubt*). Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 474-475.

²¹⁴ Ibidem, p. 465-468.

especificadamente quando este sujeito processual é objeto de diligências probatórias, sendo-lhe assegurado respeito à sua decisão de vontade²¹⁵.

No processo penal, o arguido goza do direito à não autoincriminação^{216/217}: direito ao silêncio no que tange aos fatos que lhe são imputados e aos seus antecedentes criminais e direito a não disponibilizar meios de provas²¹⁸. O direito ao silêncio guarda forte relação com o direito de não autoincriminação, mas o primeiro é inerente às perguntas dirigidas ao arguido sobre os fatos que supostamente praticou²¹⁹. O “estado de inocência” do arguido assegura-lhe essa garantia até o trânsito em julgado do decreto condenatório.

O direito ao silêncio do arguido compreende que este seja devidamente informado do seu direito, que o exerça de forma total ou parcial e ainda que lhe seja assegurado que a ausência de manifestação não pode ser valorada em seu desfavor²²⁰. Enfatiza-se, inclusive,

²¹⁵ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 42. Leciona Costa Andrade: «só pode falar-se de um sujeito processual, com legitimidade para intervir com eficácia conformadora sobre o processo, quando o arguido persiste, por força de sua liberdade e responsabilidade, senhor de suas declarações, decidindo à margem de toda a coerção sobre se e como quer pronunciar-se». Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013, p. 122.

²¹⁶ Consoante a terminologia utilizada por Figueiredo Dias e Costa Andrade, a respeito do fundamento do princípio da não autoincriminação, existem dois posicionamentos distintos: a corrente processualista e a substantiva. Para a primeira, o direito à não autoinculpação decorre das garantias processuais constitucionalmente asseguradas ao arguido, «designadamente no princípio do processo equitativo e no princípio da presunção de inocência», ao passo que a segunda corrente sustenta que o *nemo tenetur* tem como fundamento imediato a dignidade humana e os direitos à integridade pessoal. Vide DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009, p.40 e ss; Para uma visão pormenorizada sobre as distintas correntes, vide RAMOS, Vânia Costa. *Corpus Juris 2000: imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*. In: *Revista do Ministério Público*. ISSN 0870-6107. Ano 28, N. 109, 2007, p.58-63.

²¹⁷ O direito à não autoincriminação é também conhecido pela expressão *privilege against self-incrimination*, como também pelo brocardo latino *nemo tenetur se ipsum accusare* ou *nemo tenetur se detegere*. Em que pese o princípio da não autoincriminação não tenha expressa previsão constitucional em Portugal, a doutrina e a jurisprudência entendem que se trata de «um direito constitucional do processo penal não escrito». Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., 2013, p. 120 e ss; DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Op. cit., p.38-39; DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 14-15.

²¹⁸ Antunes assevera que «Esses são os direitos que a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem integra no direito a um processo equitativo, consagrado no art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem». ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 42-43. No mesmo sentido: Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº340/2013) do Tribunal Constitucional. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nov-dez. 2014, Ano 144, n. 3989, p.125; COSTA, Joana. O princípio *nemo tenetur* na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In: *Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. Ano 32, N. 128, 2011, p.118.

²¹⁹ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 120.

²²⁰ SILVA, Germano Marques da. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objeto*. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013, p. 74; MARTINS, Joana Boaventura. *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p.39.

que a falta de informação ao arguido sobre seu direito ao silêncio ingressa na seara das proibições de valoração de prova²²¹.

No que tange à disponibilização de provas, o *nemo tenetur* tem como conteúdo essencial a proibição de que, no processo penal, o arguido seja coagido a ativamente fornecer elementos probatórios que possam contribuir para a sua condenação²²². Dessa explanação, aceita pela doutrina maioritária, surge duas conclusões cruciais: o direito a não autoincriminação somente abrangeria comportamentos autoculpantes ativos do arguido e obtidos mediante coação²²³.

Embora seja corrente minoritária, existem entendimentos no sentido de que é praticamente impossível separar com precisão o que se enquadraria em comportamentos ativos/passivos, de forma que não haveria justificativa para tratamentos díspares. Ademais, argumenta-se ainda, em favor de um só regramento, que as duas questões compartilham de um mesmo viés axiológico-normativo²²⁴.

Em contrapartida, os adeptos da corrente maioritária, sustentam diferença, para os fins do direito à não autoincriminação, entre os comportamentos ativos e os passivos. No que tange aos comportamentos ativos, trata-se de disponibilizar meios de provas que refletem a personalidade do arguido, vez que trazidas aos autos por sua própria iniciativa, consoante sua versão sobre o objeto do processo. Nos casos de comportamentos passivos, por sua vez, as provas são adquiridas diante do aproveitamento do arguido, que, naquela circunstância, figura legitimamente como objeto de prova, ou seja, embora não haja espontaneidade na produção da prova, esta surgirá, nos meandros do processo penal, como um elemento probatório

²²¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. Op. cit., p.43; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., 2013, p. 126.

²²² «Em acréscimo, a recusa do acusado em colaborar na persecução penal não poderá ser interpretada desfavoravelmente a ele, em face do princípio da presunção de inocência». Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p.102.

²²³ ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., 2014, p.143-144. Sobre a temática, assevera Costa: «Embora aí manifestamente a título de *obiter dictum*, o TEDH começou por afirmar, no Acórdão Saunders, que, tal como é comumente entendido na generalidade dos sistemas jurídicos das Partes contraentes da Convenção, o direito à não auto-incriminação não abrange a utilização em quaisquer processos penais, de elementos suscetíveis de serem obtidos do acusado através do exercício de poderes compulsórios, contando que a respectiva existência seja independente da vontade do suspeito, tais como documentos apreendidos em buscas, amostras de sangue ou de urina e tecidos corporais para testes de ADN». Cf. COSTA, Joana. Op. cit., p.156.

²²⁴ Sobre o direito à não autoincriminação, assevera Giacomolli: «Abarca, portanto, tanto um comportamento ativo (declarar, comparecer na reconstituição do delito, teste do etilómetro, colheita de material à perícia grafotécnica, v. g.), quanto passivo (reconhecimento, extração coativa de sangue ou de material genético, v.g.) do investigado ou acusado, em razão da instrumentalização, por inexistir uma distinção qualitativa entre ação e omissão e por representar a passividade forçada, em certas circunstâncias, maior tormento e humilhação em relação à colaboração ativa». Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 123-124. No mesmo sentido: DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p.29 e ss; QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 366-368.

confeccionado pelas instâncias de controle, o que representa uma ingerência bem mais leve à dignidade humana do arguido²²⁵.

Outra celeuma que avulta do direito à não autoincriminação diz respeito a distinção entre o uso da coação e dos meios enganosos para a obtenção da prova autoincriminadora. O posicionamento maioritário entende que a liberdade em relação ao erro não encontra guarida no princípio *nemo tenetur*, que protege tão somente os casos de coação; mas existem vozes a sustentar que mencionado princípio engloba ainda proteção às autoinculpações obtidas por formas enganosas, tendo em vista que ambas as formas (coação e engodo) são ferramentas aptas a manipular o arguido²²⁶.

Referido princípio tem, pois, no processo penal, papel preventivo (visa impedir que o arguido seja coativamente obrigado a fornecer ativamente meios de prova que lhe sejam desfavoráveis) e repressivo (traz como sanção, aos meios de prova obtidos em desrespeito ao princípio, a impossibilidade de valoração).

Por fim, frisa-se que o direito à não autoincriminação vigora em toda a persecução penal, independente da natureza ou gravidade do crime apurado e a despeito do interesse social na repressão criminosa²²⁷.

2.2.2. Presunção de inocência enquanto norma de juízo, *in dubio pro reo* e *favor rei*

É no estudo da presunção de inocência como “norma de juízo” que afloram dois importantes institutos: o *in dubio pro reo* e o *favor rei*. Ambos são critérios axiológicos que norteiam qualquer decisão judicial no curso da persecução penal²²⁸.

²²⁵ «Do lado da contribuição ativa, o arguido é forçado a um ato de vontade, que representa o seu agir para o exterior como expressão da sua liberdade pessoal de decisão. O arguido é instrumentalizado para fins processuais não apenas como corpo, mas também como personalidade, capaz de uma decisão autônoma de vontade». Cf. ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., 2014, p.144, nota de rodapé nº 26. Ainda em favor de que o *nemo tenetur* seja indiferente aos comportamentos autoincriminatórios de contribuição passiva: MARTINS, Joana Boaventura. Op. cit., p.37-38

²²⁶ Em favor da corrente maioritária: ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., 2014, p.144-145, nota de rodapé nº 26. Em sentido contrário: JESUS, Francisco Marcolino de. Op. cit., p.153; DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. Op. cit., p. 34; QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 369.

²²⁷ Costa Andrade assevera que entendimento pacificado sobre a matéria sustenta que o *nemo tenetur* tem caráter absoluto. Dito de outra forma: não admite relativização, ou seja, não há que ser ponderado face a proteção de outros direitos/interesses assegurados constitucionalmente. O caráter absoluto do *nemo tenetur* vincula-se à doutrina da «área nuclear inviolável da vida privada». Para um entendimento pormenorizado da matéria, vide ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., 2014, p.146-148. Queijo, que sustenta um versão mais ampla do *nemo tenetur*, vez que inclui no âmbito de proteção desse direito também as condutas passivas e as derivadas de meios enganosos, sustenta que lhe são admissíveis restrições. Cf. QUEIJO, Maria Elizabeth. Op. cit., p. 78.

²²⁸ «O princípio do *in dubio pro reo* não é, pois, um principio de direito probatório, mas antes uma regra de decisão na falta de convicção para além da dúvida razoável sobre os fatos». Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2011, p. 61. No mesmo diapasão: MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 470. Ainda sobre a

O in dubio pro reo implica que o magistrado decida favoravelmente ao arguido quando sobrevier dúvidas sobre situações fáticas na hora de decidir²²⁹. O *favor rei*, por seu turno, determina que o juiz, em havendo dúvidas sobre interpretação de lei, opte pela linha interpretativa que seja mais benéfica ao arguido²³⁰. Ambos são aplicáveis durante toda a persecução penal, ou seja, qualquer decisão judicial em matéria criminal deve ser norteadas por esses dois vetores²³¹.

Existe celeuma sobre a relação entre presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *favor rei*. Há quem entenda o *in dubio pro reo* e o *favor rei* como aspectos da presunção de inocência. Esse posicionamento fortalece os dois primeiros institutos, pois deixam de ser mera diretriz para galgar o status de imposição constitucional. Noutra norte, este entendimento também engradece a presunção de inocência, vez que esta não fica limitada apenas ao *in dubio pro reo*, mas desfruta de outros significados que podem ser empregados de forma autônoma ou concomitante²³². Antes da previsão da presunção de inocência nos tratados internacionais de direitos humanos e do implemento das teorias constitucionais sobre direitos

temática: «De todo lo dicho hasta ahora se deduce que el in dubio pro reo no constituye una regla de valoración probatoria, ni siquiera auxiliar, sino que se erige en un parámetro para ser aplicado, en su caso, una vez ya ha sido valorada la prueba, es decir, es una regla de decisión, no de valoración». Cf. SANCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. Op. cit., p.215.

²²⁹ Quanto ao *in dubio pro reo* ser forma de superação de dúvida fática em favor do imputado, v: TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p.201-207; NEVES, António Castanheira. *Sumários de processo criminal*. Coimbra: edição policopiada, 1967-1968. p. 56; Monteiro, Cristina Líbano Monteiro. Op. cit., p. 9, 50-54 e 65-70, CASTRO, Jorge. Op., p.512-518 e TEIXEIRA, Carlos Adérito. “Indícios Suficientes”: Parâmetro de Racionalidade e “Instância” de legitimação concreta do poder dever de acusar. In *Revista do CEJ*. N. 1, p. 151-190. 2º semestre 2004, p.179. Todavia, deve-se frisar que «não obstante este princípio constituir um critério de dúvida quanto à ocorrência dos fatos, a verificação do seu respeito – indagar se a dúvida foi resolvida favoravelmente ao arguido – é, em si, uma questão de direito, suscetível de apreciação por via de recurso». Cf. BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit., p. 440. No mesmo sentido: ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p.172-173.

²³⁰ RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 72; PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernández de Freitas. *A tutela da liberdade no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2005, p.80; ARDO, Miguel Angel Montañés. *La Presunción de Inocencia: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1999, p. 35. Em sentido contrário: «(...) Nos casos de dúvida a respeito da questão jurídica o tribunal não tem que escolher a interpretação mais favorável ao réu, mas apenas aquela que é a correta». Cf. JESUS, Francisco Marcolino de. Op. cit., p.142; NEVES, António Castanheira. Op. cit., 1967-1968. p. 59.

²³¹ O *favor rei* deve ser observado pelo Poder Legislativo (na criação das leis) e Poder Judiciário (na aplicação das leis), ao passo que o *in dubio pro reo* dirige-se ao Poder Judiciário, uma vez que as leis são isentas de dúvidas fáticas. Sobre a matéria, vide MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 365-366. No que tange ao *in dubio pro reo*, colaciona-se trecho de decisão do tribunal sobre a temática: «Depois de um primeiro momento em que se negou a sua aplicação, a jurisprudência vem agora, pacificamente, admitindo a aplicação do princípio “*in dubio pro reo*” em todas as fases do processo». (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 3555/09.TDLSB.L1-5, de 16-11-10, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 5ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa).

²³² MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 367, 404-405. O autor noticia que a doutrina maioritária espanhola segue nesse diapasão. A título de exemplo, citamos: SANCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. Op. cit., p.214.

fundamentais, existiam (e ainda existem) entendimentos de que o *favor rei* é princípio geral de direito, utilizado como diretriz na interpretação das leis e do qual decorre a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Há ainda vozes a sustentar que presunção de inocência e *in dubio pro reo* são expressões sinônimas²³³.

No presente trabalho, adotar-se-á o entendimento de que o *in dubio pro reo* e o *favor rei* são manifestações da presunção de inocência enquanto “norma de juízo”. Nessa esteira argumentativa, é possível dizer que a inobservância desses vetores implica descumprimento de princípio constitucional²³⁴.

Em virtude de sua complexidade e extensão, não há possibilidade de se aprofundar na presente investigação o tema da motivação das decisões judiciais. Todavia, é preciso fincar que ele é o meio mais apropriado para se analisar se as razões que levaram o magistrado a decidir de determinada forma respeitaram o princípio da presunção de inocência. É cediço que não há possibilidade de interpretação fática ou legal isenta de qualquer carga de subjetividade do magistrado e é justamente a motivação da decisão que permite (às vezes) analisar até que ponto esses influxos subjetivos interferiram no resultado conferido à questão²³⁵.

As escolhas judiciais, em um plano ideal, deveriam ser fulcradas em critérios puramente racionais, todavia a natureza humana do julgador não permite que assim seja²³⁶. A

²³³ CAVALEIRO FERREIRA, Curso de Processo Penal. Lisboa : Editora Danúbio, 1986, p. 216. Sobre a relação entre presunção de inocência, *in dubio pro reo* e *favor rei*, vide SOTELO, José Luis Vazquez., Op. cit., p. 265-268, 291-292. Moraes entende o *in dubio pro reo* e o *favor rei* como aspectos da presunção de inocência e notícia que a doutrina maioritária espanhola segue nesse diapasão. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 367-369, 404-405. Costa também segue nesse diapasão, ao enunciar que «a regra do *in dubio pro reo* é uma das manifestações do princípio da presunção de inocência». Cf. COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 71. Ainda no mesmo sentido: BOLINA, Helena Magalhães. Op. cit., p. 443-446. Vilela entende que o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo* são aplicação concreta do *favor rei*, mas pontua que no direito português ainda é comum associar-se a presunção de inocência ao *in dubio pro reo*. Cf. VILELA, Alexandra. Op. cit., p.71-72 e 76 e ss. Dias entendia que a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* eram institutos equivalentes, cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 2004, p.213-214. Todavia, em obra posterior, reconheceu uma ampliação do princípio de forma a abranger não apenas regra de prova, mas também o estatuto do arguido (tanto quando objeto de medidas de coação, quanto como meio de prova). Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 1993, p. 26-28. Discorrendo sobre presunção de inocência, assevera Antunes que «Desta presunção decorre que, não obstante esta sujeição, o tribunal deve dar como provados os fatos favoráveis ao arguido, quando fica aquém da dúvida razoável, apesar de toda a prova produzida. É com este conteúdo que se afirma um dos mais marcantes princípios gerais do processo penal – o princípio do *in dubio pro reo*». Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 41.

²³⁴ O *in dubio pro reo* e o *favor rei*, considerados como aspectos da presunção de inocência, tem âmbito de aplicação semelhante ao princípio constitucional, ou seja, a utilização dos institutos não é exclusiva do processo penal. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 369. Todavia, é nos meandros do processo penal que a matéria será estudada na presente investigação.

²³⁵ Ibidem, p. 476.

²³⁶ A convicção é sempre uma demonstração da verdade na medida em que o juízo a pode alcançar, CAVALEIRO FERREIRA. Op. cit., p. 204.

pré-compreensão que o juiz tem a respeito dos fatos e das coisas lhe impede de analisar o material probatório de forma neutra²³⁷. A decisão judicial sofre influência das provas carreadas aos autos, de questões pessoais do julgador (formação religiosa, educacional, profissional, social, etc.) e também questões externas (vida política, economia, pressão social e midiática, dentre outras)²³⁸. Estas duas últimas são indubitavelmente formas ilegítimas de dissipar a presunção de inocência, todavia, em que pese a motivação dos atos judiciais, é difícil comprovar o âmbito de influência desses elementos na decisão²³⁹. Desta feita, para dotar as decisões de maior racionalidade, deve-se exigir que o magistrado aponte não apenas os parâmetros fáticos-legais em que baseou sua decisão, mas também demonstre que esta era a melhor opção para o caso concreto, dentro das matizes constitucionais²⁴⁰. Toda a motivação decisória, para se coadunar com o princípio constitucional da presunção de inocência deve ser norteada pelo *in dubio pro reo* em questão fática e pelo *favor rei* em questão legal. Destarte, o “estado de inocência” do arguido é um pré-juízo constitucionalmente garantido²⁴¹.

Analizadas as diversas manifestações da presunção de inocência na persecução penal, passa-se ao estudo de como o “estado de inocência”, assegurado constitucional e convencionalmente ao arguido, projeta-se ao longo do processo penal²⁴², mais precisamente nas fases de inquérito, instrução e julgamento.

²³⁷ TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.182-184; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 311. Sobre pré-compreensão e o princípio da presunção de inocência, vide PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p.56 e ss; PATRÍCIO, Rui. Imparcialidade e Processo Penal: Três Problemas. In *Revista Julgar*. N.30, 2016, p. 48 e ss.

²³⁸ BENTO, Messias José Caldeira. Refletindo sobre o poder dos juízes. In: *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 280. Assevera Costa Andrade: «Na certeza de que o resultado da interpretação e aplicação da lei penal é, também ele, tributário da intervenção de irreduzíveis *second codes*. Que, mesmo sendo informais e apócrifos, não deixam de codeterminar o sentido último com que a *law in books* se atualiza em *law in action*». Cf. ANDRADE, Manoel da Costa. Op. cit., 2009, p.59.

²³⁹ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 476-477.

²⁴⁰ TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p. 171-172; SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 273-274; Monteiro, Cristina Líbano Monteiro. Op. cit., p. 52; SANCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. Op. cit., p.112 e s. Sobre a temática, preceitua Moraes: «Assim, devem ser considerados como violadores do atual modelo constitucional e, portanto, da presunção de inocência como “norma de juízo”, argumentos baseados em linhas criminológicas justificadoras, p. ex., do direito penal (e processual penal) do autor, do direito penal (e processual penal) do inimigo, de teorias “eficientistas” com as quais se busca a eliminação de diversos aspectos das garantias constitucionais do devido processo legal, assim como de uma política criminal de emergência punitiva e do direito penal (e processual penal) de “Lei e Ordem” (Law and Order)». MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 478.

²⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os Juízes Criminais, vistos por nós, os Juízes Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.37.

²⁴² Sobre o princípio da presunção de inocência, leciona Silva que «(...) não tem reflexos apenas num ou noutro ponto instituto processual, mas se há de projetar no processo penal em geral, na organização e funcionamento dos tribunais, no direito penitenciário e até porventura no direito penal». Cf. SILVA, Germano Marques da.

3. A VALORAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA AO LONGO DA PERSECUÇÃO PENAL

As decisões judiciais compreendem um processo cognitivo²⁴³, na medida em o magistrado, mediante as provas carreadas aos autos, terá de apurar a certeza²⁴⁴ sobre os fatos alegados na peça acusatória, que, a princípio, lhe eram desconhecidos. Trata-se de uma tarefa árdua, vez que inexistente uma possibilidade de se reconstruir fatos passados nos mesmos moldes de sua ocorrência²⁴⁵. Ademais, o processo penal arraigado no Estado Democrático de Direito impõe limites para a busca da certeza sobre os fatos apurados, vez que as provas ilícitas são inadmissíveis e, portanto, não poderão ser consideradas para o convencimento judicial. Noutra norte, é cediço que é vedado aos juízes invocar o *non liquet* e manter insolúvel a questão que lhes foi apresentada. Dito de outra forma, ainda que subsista dúvidas, o magistrado há de decidir a causa.

O processo penal fulcrado na presunção de inocência opta pela proteção dos direitos fundamentais da pessoa em detrimento do direito de punir do Estado. Dito de outra forma, havendo dúvidas fáticas, avoca-se o *in dubio pro reo*²⁴⁶.

O *in dubio pro societate* não encontra guarida no processo penal guiado pela presunção de inocência. Não haveria lógica que o órgão acusador fosse o beneficiado pela ausência de elementos suficientes para o transcorrer do processo penal ou provas indubitáveis para garantir um desfecho de condenação.

Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa, Direito e Justiça. In *Revista Direito e Justiça*. Vol. III, 1987-1988, p. 166.

²⁴³ «Em todo processo cognitivo parte-se da ignorância sobre um determinado fato ou sobre algo (objeto a se conhecer) com o objetivo de se chegar a um estado subjetivo de certeza». MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 402.

²⁴⁴ Badaró assevera que « “certeza” e “verdade” são conceitos intimamente ligados, mas não se confundem. A verdade é “um conceito de relação”, uma concordância entre o objeto e a imagem que o sujeito dele capta. A certeza, por sua vez, é uma “manifestação subjetiva da verdade”; a certeza do juiz é a verdade do processo.» Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2003, p. 25-26.

²⁴⁵ «per rendere Gisustizia non é indispensabile conoscere la verità assoluta; saranno le prove a dirci quanto l'ipotesi è probabile o, viceversa, da scartare. Non occorre che le ricostruzione del fatto storico sia perfetta; è sufficiente che sia ragionevole e che rispetti i principi generali che esamineremo e tra quali è ricompresa la presunzione di innocenza». Cf. TONINI, Paolo, *La Prova Penale*. (s.l) : Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 31.

²⁴⁶ Conforme explicitado no item 2.2.2, para onde remete-se o leitor, compreende-se o *in dubio pro reo* como um dos desdobramentos da presunção de inocência. O *in dubio pro reo* como critério de solução de dúvida quanto à legitimidade da persecução penal serve como «um guardião do próprio Estado de Direito material e não somente da liberdade individual da cada cidadão» Cf. Monteiro, Cristina Líbano Monteiro. Op. cit., p. 64. É importante fincar, todavia, que « só é legítimo avocar a regra do *in dubio pro reo* desde que todas as outras formas de solucionar o problema se tenham mostrado, de todo em todo, inconsequentes ou metodologicamente erradas». Cf. COSTA, José de Faria. *O perigo em direito penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 552.

A persecução penal percorre as fases previstas no ordenamento português: há um caminho que tem como ponto de partida a investigação e segue até a decisão final de mérito. Todavia, o avanço de uma fase para outra não é algo automático, dependendo de decisão judicial que avalie a viabilidade legítima de prosseguimento do feito. Essa legitimidade tem conexão com os elementos probatórios carreados aos autos. A mera existência do processo penal atua em desfavor da honra do arguido, causa-lhe prejuízos econômicos e sociais e ainda reverbera um custo para o Estado.

A presunção de inocência vigora durante todo o transcorrer da persecução penal e, conseqüente, vale o mesmo para o *in dubio pro reo*, que é uma das manifestações daquele direito fundamental. Em outras palavras, sempre que houver dúvida fática por oportunidade de qualquer decisão judicial – não apenas a decisão de mérito que opte por absolvição ou condenação, mas também decisões que imponham qualquer medida de coação ao arguido ou que permitam o avanço do processo penal para uma próxima fase – deve-se recorrer à regra do *in dubio pro reo*²⁴⁷.

Passa-se a analisar, pois, a valoração do princípio da presunção de inocência nas diversas fases do processo penal português.

3.1. Fase de inquérito e o princípio da presunção de inocência

O inquérito, etapa obrigatória do processo penal comum, é a fase investigativa, cuja direção compete ao Ministério Público, auxiliado pelos órgãos de polícia criminal. Estes atuam em conformidade com as determinações ministeriais e sob sua dependência funcional²⁴⁸.

Em que pese seja o Ministério Público o responsável pelo desenvolvimento do inquérito, existem atos que só podem ser executados ou autorizados pelo juiz da instrução, em razão de sua ligação com os direitos fundamentais ou em decorrência de cláusula de reserva de juiz²⁴⁹. Nestas situações, o juiz de instrução age na qualidade de juiz das liberdades²⁵⁰²⁵¹.

²⁴⁷ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 406. No mesmo sentido: TORRES, Jaime Vegas. Op. cit., p. 211-213; TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.187; Monteiro, Cristina Líbano Monteiro. Op. cit., p. 74.

²⁴⁸ Sobre as relações entre o Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal, no âmbito do inquérito, vide MOURA, Adriano Souto. A investigação e suas exigências no inquérito. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 73-86.

²⁴⁹ A título de exemplo, as medidas de coação e garantia patrimonial, exceto termo de identidade e residência, durante o inquérito, são decretadas por despacho judicial.

²⁵⁰ Somente uma atuação na qualidade de juiz de liberdades assegura obediência ao procedimento acusatório e garante ainda que o juiz da instrução possa exercer o controle judicial da decisão de arquivar o inquérito ou

Em virtude do princípio da legalidade²⁵², ressalvadas as hipóteses previstas no CPP, a notícia de um crime implica abertura de inquérito. Esta fase investigativa tem por objetivo, mediante a colheita de provas, investigar sobre a existência de materialidade e autoria de um crime²⁵³ para, ao final do procedimento, o Ministério Público decidir sobre a dedução da acusação²⁵⁴ ou arquivamento²⁵⁵ do feito²⁵⁶.

deduzir acusação sem intervenção de seus pré-juízos. Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p.81-82. Sobre a figura jurídica do “juiz das liberdades”, vide RODRIGUES, Anabela. A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, STVDIA IVRIDICA, 61, p. 944 e ss; RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matiz de um processo penal europeu. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 709-724.

²⁵¹ No Brasil, o juiz das liberdades é o mesmo juiz que procede a instrução e julgamento do caso. Entende-se tal regramento violador do princípio da presunção de inocência, vez que a atividade do julgador, já na fase do inquérito (ainda que limitada a qualidade de garantidor dos direitos fundamentais) conduz inevitavelmente a pré-juízos sobre a solução de mérito do caso e, conseqüentemente, interfere na almejada imparcialidade do juiz. Nas palavras de Padro: «O problema consiste em saber se é possível assegurar a correta valoração da prova, com emprego de standard probatório do processo penal derivado da presunção de inocência ...». Cf. PRADO, Geraldo. Parecer. Avaliação e Valoração da Prova no Processo Penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 210. Ainda sobre a temática, vide CHOUKR, Fauzi Hassan. Op. cit., p.17-18.

²⁵² Sobre o princípio da legalidade, vide MENDES, Paulo de Sousa. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015, p.205-206.

²⁵³ «Sem prejuízo de, na primeira fase da investigação criminal – entre nós o inquérito –, não haver ainda uma vinculação temática (que, como é sabido, só passa a existir com uma acusação em sentido material), a tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos impõe que toda a investigação criminal seja tematicamente orientada e circunscrita por fatos típicos concretos – desde logo, os constantes da notícia do crime –, imputáveis a alguém cuja responsabilidade criminal seja suscetível de ser apurada (...).» Cf. VEIGA, Raul Soares. O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 185.

²⁵⁴ «A ideia segundo a qual existe um verdadeiro dever de promoção processual para a entidade – no caso português, o Ministério Público – a quem incumbe a abertura do inquérito e a dedução da acusação, se continua a ser a regra no nosso direito processual penal é, porém, uma regra sujeira a um cada vez maior número de exceções». Cf. SANTOS, Cláudia Cruz. Decisão Penal Negociada. In *Revista Julgar*. N.25, 2015, p. 150. O princípio da legalidade admite mitigações. Desta feita, ainda que existam indícios suficientes de autoria delituosa, o Ministério Público, como alternativa à dedução de acusação, pode propor o arquivamento em caso de dispensa de pena ou a suspensão provisória do processo. Estas hipóteses de diversão, simples ou com intervenção, respectivamente, dependem de anuência do juiz da instrução. Para uma compreensão do instituto da diversão, vide DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 360. Para uma visão pormenorizada dos institutos do arquivamento em caso de dispensa de pena ou a suspensão provisória do processo, vide SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 104-112.

Pontua-se que o procedimento previsto no art. 280º do CPPP (arquivamento em caso de dispensa de pena) ocorre sem manifestação do arguido, razão pela qual seu “estado de inocência” é preservado com relação aos fatos constantes do inquérito arquivado. Cf. Ibidem, p. 105. Parte da doutrina, todavia, entende que o arquivamento do feito não tem o condão de “apagar” os efeitos deletérios que a simples existência de um processo desencadeia na vida do arguido; o mero arquivamento do feito deixaria, pois, dúvidas sobre o “estado de inocência” do arguido, razão pela qual defende-se ser preferível que a persecução penal siga seu curso até a prolação de uma sentença absolutória. Sobre a temática, vide VILELA, Alexandra. Op. cit., p. 122-123; ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade – reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, ps. 325-338.

Ressalta-se ainda que, a qualquer momento do inquérito, exigindo-se tão somente que existam indícios (e não indícios suficientes) de autoria, o Ministério Público pode enviar o processo para a mediação. Para uma visão

A revisão processual penal de 2007 estabeleceu a publicidade, como regra, na fase de inquérito. Trata-se de uma questão polêmica, que ainda não encontrou uma solução pacífica na doutrina. Justifica-se, por um lado, que o novo regramento assegura melhor direito de defesa ao arguido²⁵⁷. Por outro prisma, porém, entende-se temerária tornar pública esta fase inicial do processo, colocando-se em xeque a efetividade da investigação e a reputação do arguido²⁵⁸ sem que se saiba sequer se serão colhidos elementos probatórios aptos a justificar uma acusação. Na vigência da redação anterior, que contemplava o segredo de justiça, justificava-se esse regramento, dentre outras fundamentações, pelo respeito ao princípio da presunção de inocência que tem plena aplicabilidade nessa fase de inquérito²⁵⁹.

O Ministério Público não tem interesse no resultado da causa, o que o impele a buscar a verdade mediante a realização de todas as diligências que possam elucidar o caso, sendo-lhe indiferente que delas possam resultar elementos desfavoráveis a uma tese acusatória²⁶⁰. Afinal, a fase de inquérito não tem por finalidade fundamentar a acusação, mas sim decidir acerca de sua dedução ou não²⁶¹.

Também em consonância com o princípio da legalidade, o Ministério Público é obrigado a deduzir acusação sempre que recolher “indícios suficientes de se ter verificado

minudente do instituto da mediação penal, vide SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 631 e ss. e SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojeto que introduz a mediação penal de adultos em Portugal*. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 2006, p.85 e ss.

²⁵⁵ O ato se materializa mediante despacho fundamentado do Ministério Público. Todavia, o advento de novos elementos probatórios que ponham em cheque os fundamentos do arquivamento, autoriza a reabertura da investigação. Sobre a *clausula rebus sic stantibus* que incide sobre o despacho de arquivamento, vide RODRIGUES, Anabela. *O Inquérito no novo Código de Processo Penal*. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 76.

²⁵⁶ Preceitua o artigo 262º, nº1, do CPP: «o inquérito compreende o conjunto de diligências que visam investigar a existência de um crime, determinar seus agentes e a responsabilidade deles e descobrir e recolher provas, em ordem à decisão sobre a acusação».

²⁵⁷ «O paradigma do inquérito passou a ser o da publicidade, com o que ganhou significado prático acrescido o direito reconhecido ao arguido de nele intervir, oferecendo provas e requerendo as diligências que se lhe afigurem necessárias». Cf. BRANDÃO, Nuno. *A nova face da instrução*. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 18, n.2 e 3, abr./set. 2008, p.235-237. A publicidade do processo penal está regulamentada no art. 86º do CPP e os nºs 2º a 6º deste disposto legal dispõem sobre a possibilidade do inquérito tramitar sob segredo de justiça.

²⁵⁸ «(...) quanto à defesa da honorabilidade do suspeito/arguido a questão assume atualmente novos contornos em razão da expansão dos meios de comunicação social, de liberdade de informação e do chamado “jornalismo de investigação.» Cf. SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, 2014, p. 96-97.

²⁵⁹ ANTUNES, Maria João. *Op. cit.*, 2003, p. 1244-1245. Em sentido contrário: « se o princípio fundamento do segredo de justiça fosse a presunção de inocência do arguido também existiria segredo na fase de julgamento». Cf. VEIGA, Raul Soares. *Op. cit.*, p. 200.

²⁶⁰ MOURA, Adriano Souto. *Op. cit.*, p. 76.

²⁶¹ RODRIGUES, Anabela. *Op. cit.*, 1995, p. 74 ; SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, 2014, p. 89.

crime e de quem foi o seu agente” (art. 283º, nº1, do CPP)²⁶². Desta feita, não se exige certeza de autoria e materialidade, ou seja, admite-se dúvidas quanto à solução de mérito da causa. Todavia é necessário que haja justa causa para o oferecimento da peça acusatória, sob pena de faltar legitimidade para a existência da ação penal. Dito de outra forma: a regra do *in dubio pro reo* terá aplicação se houver dúvidas quanto à existência de indícios²⁶³ suficientes do prática do crime e do responsável por sua autoria.²⁶⁴. Ressalta-se que o *in dubio pro reo* também servirá como norte quando a dúvida recair sobre a suficiência de indícios no que tange a elementos qualificadores ou privilegiantes do tipo legal de crime, situações em que a acusação terá de se restringir à forma simples do crime²⁶⁵.

Alguns doutrinadores brasileiros, em que pese reconheçam o princípio constitucional da presunção de inocência, sustentam a aplicação do *in dubio pro societate* no momento em que o juiz vai decidir pelo recebimento/rejeição da denúncia²⁶⁶. Alegam para tanto que, como as dúvidas poderão ser sanadas até a sentença transitada em julgado, não é possível utilizar-se a regra do *in dubio pro reo* para impedir o andamento do processo. Parte da jurisprudência

²⁶² «A exigência da obtenção de indícios suficientes como condição do exercício da ação penal pelo Ministério Público tem o seu fundamento no preceito constitucional que considera que “todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação». Cf. CARMO, Rui do. Algumas notas sobre o encerramento do inquérito. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 107.

²⁶³ Sobre o conceito de indícios: «De um ponto de vista abrangente, os indícios são sinais, vestígios, referências factuais, etc. que permitem entrever algo, sem revelar diretamente, constituindo princípio de prova, ou ainda que sugerem no espírito do julgador a adequação da condição causal, equiparando o valor probatório ao da prova direta». Cf. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.155.

²⁶⁴ Sobre a aplicação do *in dubio pro reo* em caso de dúvidas fáticas quanto à presença de indícios suficientes: «E do juízo sobre a existência, ou não, de indícios suficientes, não pode excluir-se a aplicação do princípio do *in dubio pro reo*, pois reduz(iria) desproporcionada e injustificadamente as garantias de defesa, nomeadamente a presunção de inocência do arguido». Cf. CARMO, Rui do. Op. cit., p. 108-109. No mesmo sentido: MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 415-418; COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 71; TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p. 186; Acórdão nº 226/97 do Tribunal Constitucional, BMJ 465/140.

²⁶⁵ Teixeira exemplifica situações dessa natureza: «(...) rege o *in dubio pro reo*, que se trate v.g. de dúvida sobre o valor de objeto furtado do interior da habitação (cujo sentido deve ser considerado de “valor diminuto”) ou sobre a data do fato para efeitos de prescrição ou anistia (que ainda é matéria de prova do fato)». TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.188.

²⁶⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, versão e-book, p.380. Discorrendo sobre a temática, Prado explica que tal pensamento resvala uma verdadeira aplicação de «*in dubio contra reum* no direito brasileiro, aqui eufemisticamente denominado *in dubio pro societate*». PRADO, Geraldo. Op. cit., 2009, p. 712. Na página 715 da mesma obra, o autor explana ainda: «A leitura do informe n. 86/90 da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que se dirige aos Estados submetidos à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), aponta para a prevalência da presunção de inocência em um nível tal que a mera aparência de responsabilidade penal do suspeito ou indiciado não autoriza o prosseguimento da persecução penal, indicando, ao revés, como obrigatório, o imediato encerramento do processo». Em favor da aplicação do *in dubio pro reo* em toda a persecução penal: LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 1071-1074, RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. versão e-book. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 186-187.

segue nesse diapasão²⁶⁷. Todavia, esse pensamento há de ser rechaçado, pois cabe aos magistrados decidirem se a persecução que até então se desenvolveu desfruta de legitimidade para prosseguir²⁶⁸. O “estado de inocência” do arguido o protege contra acusações infundadas ou temerárias. Ademais, existe interesse público em coibir gastos com processos desnecessários²⁶⁹.

Por definição legal, “consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança” (art. 283º, nº2, do CPP).

É preciso, pois, esmiuçar o que se entende pela expressão “indícios suficientes”²⁷⁰, de forma a auferir se a decisão do Ministério Público coaduna-se com o princípio da presunção de inocência. É importante frisar que essa avaliação tem que levar em consideração o caso concreto, não podendo se restringir ao plano abstrato²⁷¹.

É a partir da análise do material probatório acostado aos autos do inquérito que o Ministério Público deve concluir pela existência ou não de indícios suficientes. Esta suficiência, segundo definição legal, vincula-se a juízo de prognose sobre um decreto condenatório ao final do processo e não ao desenvolvimento regular do feito criminal²⁷². Questão se impõe, pois, em definir o que se entende por “possibilidade razoável de condenação”. Em torno da celeuma, existem posicionamentos divergentes.

Uma primeira corrente entende que o conceito legal supra referido encontra-se preenchido com a simples possibilidade, ainda que ínfima, de uma decisão condenatória na fase de julgamento²⁷³. Os adeptos deste pensamento estabelecem uma analogia entre a decisão

²⁶⁷ Moraes esclarece ainda que a adoção jurisprudencial do *in dubio pro societate* deve-se ao excesso de processos que abarrotam o Judiciário, conduzindo os juízes a uma decisão mais cômoda de análise superficial dos autos, relegando ao momento da sentença uma análise minuciosa do caso concreto. O autor critica essa praxe judicial, por entender que, além do descumprimento do princípio constitucional da presunção de inocência, cidadão resta injustamente prejudicado com a ineficiência do sistema punitivo. Moraes considera um mal «compensar as falhas estruturais com a redução dos direitos constitucionais». Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 417.

²⁶⁸ Com efeito, pondera Silveira: «Excluir o princípio da presunção de inocência da valoração da prova indiciária reduz desproporcionada e injustamente as garantias de defesa do arguido em processo penal, o que contraria a Constituição». Cf. SILVEIRA, Jorge Noronha. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 171.

²⁶⁹ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 73.

²⁷⁰ Sobre o termo “indícios suficientes”, Palma assevera que «uma peça chave num Direito Processual Penal da presunção de inocência». Cf. PALMA, Maria Fernanda. Op. cit., 2005, p. 273

²⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 2004, p.133; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 416.

²⁷² TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.155-156; SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p.160 e 165.

²⁷³ Esse posicionamento já é considerado superado pela jurisprudência lusa, conforme se infere, a título de exemplo, do trecho da seguinte decisão do tribunal: «Quanto ao que se deve entender por indícios suficientes

de pronúncia e o despacho liminar de saneamento do processo no qual o juiz rejeita a acusação por considerá-la manifestamente infundada (art. 311º, nº2, alínea a) do CPP), ou seja, entendem que a pronúncia somente é descabida diante de uma gritante desnecessidade de submissão do arguido a julgamento. Impende destacar que essa comparação não tem razão de ser, uma vez que a decisão do juiz do julgamento quanto ao saneamento do processo é de natureza formal, não abrangendo uma análise meritória sobre os indícios até então trazidos ao caderno processual²⁷⁴.

Outras vezes sustentam que a expressão legal “possibilidade razoável se ser aplicada uma pena ou medida de segurança ao arguido” pode ser auferida pela fórmula matemática-estatística. Trata-se da denominada teoria da probabilidade predominante²⁷⁵. Dito de outra forma: a partir do momento em que o material probatório acenar uma chance de condenação superior a 50% (cinquenta por cento), esta suplanta a possibilidade de absolvição. Essa é a corrente que melhor se encaixa na letra da lei, se o termo “razoável” for interpretado na acepção de moderação²⁷⁶. Pensa-se, todavia, ser bastante temerária essa forma de leitura do texto legal do art. 283º, nº2, do CPP, vez que, por exemplo, se há 55%(cinquenta e cinco por cento) de condenação, há 45%(quarenta e cinco por cento) de absolvição, número suficiente para que a dúvida não seja superada de forma razoável²⁷⁷.

uma primeira posição (minoritária e que podemos considerar já ultrapassada) defende que a suficiência de indícios basta-se com a mera possibilidade (ainda que diminuta) de futura condenação em julgamento». (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 3555/09.TDLSB.L1-5, de 16-11-10, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 5ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa).

²⁷⁴ SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p. 161.

²⁷⁵ Colacionam-se aqui excertos de acórdãos que demonstram que esse posicionamento encontra adesão em parte da jurisprudência portuguesa: «Quer a doutrina quer a jurisprudência vem entendendo aquela «possibilidade razoável» de condenação uma possibilidade mais positiva que negativa» (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 32/07.8TACNT.C1, de 12-05-10, Relator José Eduardo Martins, julgado à unanimidade pela 5ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra); «Nestes termos, vem-se entendendo que a «possibilidade razoável» de condenação é uma possibilidade mais positiva que negativa; «o juiz só deve pronunciar o arguido quando, pelos elementos de prova recolhidos nos autos, forma a sua convicção no sentido de que é mais provável que o arguido tenha cometido o crime do que o não tenha cometido» ou os indícios são os suficientes quando haja «uma alta probabilidade de futura condenação do arguido, ou, pelo menos, uma probabilidade mais forte de condenação do que de absolvição». (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 06P2315, de 28-06-2006, Relator Pereira Moreira, julgado à unanimidade pelo Supremo Tribunal de Justiça). Ainda no mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 866/14.7PDVNG.P1, de 07-12-16, Relator Manuel Soares, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto.

²⁷⁶ SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p. 162-164.

²⁷⁷ Teixeira manifesta-se em desfavor desse raciocínio: «Entendimento este que rejeita uma prática judiciária de cedência a preconceitos de, a partir de uma mediana de indícios, acusar e deixar funcionar a contingência da prova e o alvedrio judicial, ou acusar para sancionar o arguido ou acusar para fazer alguma justiça ao ofendido». Cf. TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.157-159.

Há ainda juristas que sustentam que a suficiência de indícios somente é alcançada quando estes implicarem uma alta possibilidade de condenação do arguido que será submetido a julgamento, ou seja, exige-se uma possibilidade qualificada que suplanta a mera probabilidade predominante²⁷⁸²⁷⁹. Para essa corrente, o termo “razoável”, constante do art. 283º, nº2, do CPP, foi empregado no sentido de exigir-se indícios suficientemente adequados/razoáveis para uma futura condenação²⁸⁰. Desta feita, entende-se por indícios suficientes o conjunto probatório que, já existente na fase de inquérito, autoriza um prognóstico razoável de condenação para a fase de julgamento. Avulta, pois, a importância de se investigar o nível de expectativa que as provas coligidas na fase de investigação relevam para um decreto condenatório. A exigência legal de “possibilidade razoável de condenação” – dentro de um Estado Democrático de Direito, cujo o princípio da presunção de inocência é um de seus pilares –, somente encontra guarida na possibilidade particularmente qualificada ou na probabilidade elevada de condenação²⁸¹.

²⁷⁸ «A determinação do grau de possibilidade passa pela bitola da possibilidade particularmente qualificada ou de probabilidade elevada, por ser a melhor salvaguarda a referencia de condenação, a exigência de verdade do julgamento e os princípios que convergem no procedimento já nesse momento (presunção de inocência, *in dubio pro reo*, etc) ». Ibidem., p.189.

²⁷⁹ Parcela considerável da jurisprudência manifesta-se em favor desse entendimento: «a posição que recolhe os favores da maioria da doutrina advoga ser necessário que dos indícios resulte uma forte ou séria possibilidade de condenação em julgamento. Fala-se, a este propósito, em “possibilidade particularmente qualificada” ou de “probabilidade elevada” de condenação» (Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 3555/09.TDLSB.L1-5, de 16-11-10, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 5ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa); «Para a pronúncia, não obstante não ser necessária a certeza da existência da infração, os factos indiciários deverão ser suficientes e bastantes por forma que, logicamente relacionados e conjugados, consubstanciem um todo persuasivo da culpabilidade do arguido, impondo um juízo de *razoável* probabilidade de condenação no que respeita aos factos que lhe são imputados. A suficiência dos indícios de futura condenação do arguido, aferida por um juízo de alta probabilidade, em face das regras da experiência comum e livre apreciação da prova, tem de ser compatibilizada com os princípios *in dubio pro reo* e da presunção da inocência». (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 130/13.9TAIDN.C1, de 25-02-15, Relator Orlando Gonçalves, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra). Também nesse diapasão: Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 1083/13.9GDSTB.E1, de 02-06-15, Relator Fernando Pina, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Évora; Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 192/11.3GCVPA.P1, de 06-11-13, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 1ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto; Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 831/11.6TAFAP.G1, de 17-02-14, Relator Maria Luísa Arantes, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães; Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 202/13.0GAVLC.P1, de 28-10-15, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 1ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto; Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 417/14.3JDLSB.E1, de 24-05-16, Relator António João Latas, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Évora.

²⁸⁰ SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p. 162-164.

²⁸¹ TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.156-161. No mesmo sentido, leciona Silveira: «Do princípio da presunção de inocência deve recorrer a proibição de submeter uma pessoa a julgamento penal imputando-lhes fatos relativamente aos quais persistam dúvidas razoáveis. Só quando essas dúvidas sejam ultrapassadas, de forma demonstrada, é que será legítimo afirmar a suficiência dos indícios. A honra de uma pessoa não deve ser

Antunes²⁸² entende existir “indícios suficientes” quando a condenação do arguido seja mais provável que sua absolvição, conclusão a que se chega também por uma prognose das provas que serão objeto de conhecimento e valoração do tribunal, por ocasião da fase de julgamento.

Acerca da temática, impende ainda estabelecer a (in)diferença que existe entre juízo de probabilidade, inerente à dedução de acusação e decisão de pronúncia, e juízo de certeza em que se assenta a sentença condenatória.

Para parte da doutrina, vigora a ideia de que o juízo de probabilidade que autoriza a dedução de acusação e a decisão de pronúncia está aquém do juízo de certeza exigido para uma decisão condenatória na fase de julgamento. A fase preparatória serviria, pois, como um filtragem dos casos que deveriam atingir a fase de julgamento²⁸³.

Teixeira²⁸⁴ entende que o acervo probatório que autoriza a acusação deve ser equivalente ao que fundamentaria uma condenação, na hipótese imaginária do julgador ter de

posta em jogo enquanto subsistirem dúvidas razoáveis quanto ao fundamento da acusação». Cf. SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p. 170.

²⁸² ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p.86.

²⁸³ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 170-171; Na jurisprudência, cita-se o Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 866/14.7PDVNG.P1, de 07-12-16, Relator Manuel Soares, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 130/13.9TAIDN.C1, de 25-02-15, Relator Orlando Gonçalves, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra. Silveira, embora não concorde, esclarece que esse raciocínio baseia-se na «convicção de que o grau de exigência do juízo indiciário que está presente ao longo do processo penal vai, em regra, crescendo à medida que este vai progredindo. Pode começar com uma mera possibilidade, ainda que diminuta, na qual se enquadra o conceito de suspeito; vai evoluindo ao longo do inquérito, à medida que vão sendo recolhidas as provas; passa pela constituição de arguido; no momento da acusação e da pronúncia já deve traduzir uma maior probabilidade de condenação do que de absolvição; e vai consolidando-se, num crescendo de exigência, até culminar com o juízo de certeza formulado na sentença final». Cf. SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p. 167. O autor assevera ainda que os adeptos da teoria da probabilidade predominante seguem essa linha de pensamento.

²⁸⁴ TEIXEIRA, Carlos Adérito. Op. cit., p.156-161. Assevera o autor, na p. 161: «Na pretensão à verdade, a formulação do despacho acusatório implica uma convicção que superou todas as dúvidas “razoáveis” sobre os aspectos determinantes, à semelhança do que sucede em julgamento. De resto, uma inquestionável certeza de julgamento só seria concebível por duas vias: através de um sistema de provas legais, qual resíduo de epistemologia mágico-ordálica, conduzindo a um juízo processual infalível de verdade formal, eventualmente de sentido contrário ao da convicção do julgador; ou através de provas científicas, não obstante estas serem, metodologicamente, construídas na base de uma escala de probabilidades (v.g. exame de DNA) e assinalando a margem de erro que o método usado comporta (mesmo que deva ser desconsiderado) (...)Por conseguinte, o juízo ou convicção a estabelecer nessa fase há de ser equivalente ao de julgamento, na sua estrutura fenomenológica, na objetividade de indagação fática e apreciação do material probatório, na conformação normativa pelas mesmas proibições de valoração da prova, na racionalidade lógica e metodológica em que assenta a sua livre apreciação dos elementos de prova coligidos, na parametrização (em prognose, na acusação, e atual, no julgamento) própria de condenação e no grau de convicção (que não se compadece, em ambos os casos, com a ideia de verossimilhança ou de admissão de margem razoável de dúvida). ». Sobre a temática, leciona Castanheira Neves que na suficiência de indícios está contida «a mesma exigência de “verdade” requerida pelo julgamento final – só que a instrução preparatória (e até a contraditória) não mobiliza os mesmos elementos probatórios e de esclarecimento, e portanto de convicção, que estarão ao dispor do juiz na fase de julgamento, e por isso, mas só por isso, o que seria insuficiente para a sentença pode ser bastante ou suficiente para a

firmar seu juízo de convicção com base nas mesmas circunstâncias temporais e probatórias em que foi deduzida a peça acusatória. Em que pese reconheça que a corrente majoritária pensa de forma diversa, o autor entende equivalentes o nível de certeza que conduz o Ministério Público a deduzir acusação, com base nos indícios suficientes, e a decisão judicial de condenação, fundada no material probatório colhido na fase de julgamento²⁸⁵.

Silveira²⁸⁶ também diverge da ideia de que o juízo de probabilidade indiciário seja mais frágil que o juízo de mérito da sentença condenatória. Sustenta sua opinião no fato de que, findo o inquérito, o Ministério Público já produziu todas as provas que possam justificar uma futura condenação e dificilmente produzirá novos elementos probatórios até a fase de julgamento. Defende, pois, que a suficiência de indícios que autoriza a dedução da acusação vincula-se a «uma verdadeira convicção de probabilidade» de condenação do arguido na fase de julgamento. Por fim, o autor pondera que a diferenciação entre o “juízo de probabilidade” e o “juízo de certeza” baseia-se «na confiança que nele podemos depositar e não o grau de exigência que nele está pressuposta»²⁸⁷.

Para Palma²⁸⁸, o conceito legal de “indícios suficientes” não é meramente descritivo, mas sim dotado de normatividade: deve ser feito um juízo de culpa provisório. Dito de outra forma: não cabe ao Ministério Público deduzir acusação por mera “cautela”, mas sim porque mediante uma avaliação preliminar, devidamente fundamentada, pressupõe a culpa do arguido. Desta feita, a autora rechaça que o embate entre mera possibilidade ou alta probabilidade de condenação seja resolvido por um juízo descritivo. Preceitua a autora que «a probabilidade de condenação significaria, no entendimento que proponho, um envolvimento da acusação com a intervenção do Direito e não meramente uma remissão para o juízo,

acusação» Cf. vide NEVES, António Castanheira. Op. cit., 1967-1968. p. 39. No mesmo diapasão: DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 2004, p.133.

²⁸⁵ Também em defesa de que inexistente diferença que existe entre juízo de probabilidade, inerente à dedução de acusação e decisão de pronúncia, e juízo de certeza em que se assenta a sentença condenatória, vide CARMO, Rui do. Op. cit., p. 108. Palavras do autor: «na decisão sobre a existência de indícios suficientes não há um juízo de verdade menos exigente do que no julgamento, antes são dois distintos momentos cognitivos e comunicacionais».

²⁸⁶ Cf. SILVEIRA, Jorge Noronha. Op. cit., p. 167-169. Na p. 169, leciona o autor: «Uma dúvida razoável no final do inquérito dificilmente se dissipará durante a audiência de julgamento; pelo contrário, uma convicção que aponte para a condenação no final do inquérito pode facilmente, depois de sujeita a uma apreciação oral e contraditória na audiência, converter-se em dúvida razoável».

²⁸⁷ «O juízo de probabilidade não dispensa o juízo de certeza porque, para condenar uma pessoa, o conceito de justiça num Estado de direito exige que a convicção se forme com base na produção concentrada das provas numa audiência, com respeito pelos princípios da publicidade, do contraditório, da oralidade e da imediação. Garantias que não é possível satisfazer no final da fase preparatória». Ibidem, p. 172.

²⁸⁸ PALMA, Maria Fernanda. Op. cit., 2005, p. 273. Preceitua a autora que «Na perspectiva do legislador, os indícios suficientes pressupõem um ponto de vista da acusação sobre a culpa do agente».

estatisticamente possível, do julgador»²⁸⁹. Desta feita, aufere-se a suficiência dos indícios pela relação de causalidade entre estes e uma possível condenação e não por uma qualificação de sua intensidade (fortes, médios ou fracos). Este raciocínio permite inclusive uma compreensão sistémica do CPP, vez este que exige “indícios suficientes” para a dedução de acusação e “indícios fortes” para a decretação de prisão preventiva²⁹⁰. Os indícios suficientes necessariamente tem de ser fortes, mas os fortes indícios podem não ser suficientes, razão pela qual ser possível prisão preventiva ainda na fase de inquérito²⁹¹²⁹².

A análise da (in)existência de “fortes indícios”²⁹³ para a decretação de prisão preventiva ou de outra medida de coação grave, no transcorrer do inquérito²⁹⁴, leva em consideração os elementos probatórios até então colhidos²⁹⁵. Considera-se que há “fortes indícios” quando estas provas permitirem concluir que há maior probabilidade de dedução de acusação do que de arquivamento do inquérito²⁹⁶. Finca-se ainda que, na fase de inquérito, em virtude do princípio da acusação, o juiz só pode decretar medida de coação quando houver requerimento ministerial nesse sentido. Todavia, a lei autoriza, nos casos elencados no art. 194º, nº 2, do CPP, que o juiz decida por medida de coação mais grave que a pleiteada pelo Ministério Público. Entende-se que essa permissão legal não se coaduna com os princípios da

²⁸⁹ A autora elucida seu raciocínio mediante apresentação de exemplos: «Assim, o MP não poderá deixar de acusar quando haja indícios claros da prática de um crime de abuso de poder apesar de, em casos semelhantes, os tribunais não terem condenado ainda, se na interpretação do Direito que faz e segundo um ponto de vista juridicamente sustentável aos agentes deverem ser condenados. E o mesmo se dirá dos casos, tão controvertidos, de aborto, em que a possibilidade estatística de condenação de mulher é mínima. A não acusação em casos destes só pode ter como fundamento fortes razões de ilicitude ou de culpa (que a meu ver existem sempre) e não meramente a possibilidade estatística e um juízo de oportunidade». Cf. *Ibidem*, p. 274.

²⁹⁰ O CPP exige que “fortes indícios” sejam atestados para autorizar que sejam decretadas em desfavor do arguido medidas de coação mais graves, conforme se verifica da leitura dos artigos 200º e 202º do CPP.

²⁹¹ PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005, p. 274-275. No que tange à relação entre “indícios suficientes” e “fortes indícios”, segue nesse mesmo diapasão: TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Op. cit.*, p. 127; ANTUNES, Maria João. *Op. cit.*, 2003, p. 1251-1252; PEREIRA, Rui. *A Reforma do Processo Penal*. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Direito Penal e de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 232.

²⁹² Em sentido contrário, Silveira sustenta que que “fortes indícios” e “indícios suficientes” são expressões dotadas do mesmo significado. Leciona o autor: « Fortes indícios da prática de um crime não pode significar menos que indícios de que resultem uma possibilidade razoável de condenação». SILVEIRA, Jorge Noronha. *Op. cit.*, p. 174. E ainda existem vozes a defender que « o que se considera “fortes” será algo mais, um plus, dir-se-ia em relação ao critério de indícios “suficientes”». Cf. LOPES, José António Mouraz. *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p.136.

²⁹³ Moraes enfatiza que «meras suspeitas, conclusões infundadas ou conjecturas baseadas na experiência ou em lógica investigativa, mas sem comprovação fática no caso, não são suficientes para lastrear, legitimamente, a medida coativa mais restritiva». Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. cit.*, p. 86

²⁹⁴ Pontua-se que, por força do art. 192º, n.1 do CPP, só podem ser aplicadas medidas de coação e de garantia patrimonial em face do arguido, o que implica a impossibilidade de decretação de tais medidas em desfavor do mero suspeito.

²⁹⁵ SILVEIRA, Jorge Noronha. *Op. cit.*, p. 174. No mesmo sentido: SILVA, Germano Marques da. *Op. cit.*, 2014, p. 75; BRANDÃO, Nuno. *Op. cit.*, 2008, p. 87.

²⁹⁶ ANTUNES, Maria João. *Op. cit.*, 2003, p. 1251-1252.

necessidade, da adequação e da proporcionalidade inerentes à aplicação das medidas de coação, pois o órgão ministerial é o responsável pela direção do inquérito, cabendo ao juiz intervir nessa fase processual apenas como juiz das liberdades (e não juiz da investigação)²⁹⁷. Ademais, entende-se que esse regramento da matéria interfere na imparcialidade do juiz²⁹⁸ e ainda pode resvalar prejuízo no andamento da investigação planejada pelo Ministério Público²⁹⁹.

Findo o inquérito, somente havendo indícios suficientes, pode haver peça acusatória. A acusação³⁰⁰ delimita o objeto do processo, ou seja, determina «os poderes de cognição do tribunal (juiz do julgamento) e a extensão do caso julgado (limites da coisa julgada)»³⁰¹. Essa pertinência temática entre acusação (ou requerimento para a abertura da instrução do

²⁹⁷ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p.145-147. Em sentido contrário, DIAS, Jorge de Figueiredo. Por onde vai o Processo Penal português: por estradas ou por veredas? In *As conferências do Centro de Estudos Universitários*. Coimbra: Almedina, 2014, p.62-67. Nesta obra, leciona Dias (p.64-66): «(...) mesmo quando o juiz chegue a agravar o pedido do Ministério Público, não pode ver-se aí sem mais uma violação da estrutura acusatória do processo penal: a questão das medidas de coação não respeita ao objeto do processo penal, mas a um seu, digamos, “incidente”, se bem que com consequências, por vezes drásticas, sobre a liberdade e a segurança do arguido (...). uma tal solução respeitaria suficientemente as funções diferenciadas do Ministério Público e do juiz das liberdades na fase do inquérito: ao juiz pertence sempre, mesmo no inquérito, uma posição supraordenada relativamente ao Ministério Público no que respeita ao seu controlo judicial, e sem que possa ou deva afirmar-se que isso nada tem a ver com a atividade investigatória do Ministério Público; pois é precisamente com esta atividade que tem a ver o poder e a função judicial de controle da atividade do Ministério Público – “Juiz das liberdades” significa apenas que o juiz, no inquérito, só pode intervir em questões que, como é o caso das medidas de coação, contendem diretamente com as liberdades do arguido, não tem de significar que ele não pode dissentir de uma proposta do Ministério Público. Trata-se ali de uma limitação o juiz de instrução quanto ao objeto ou matéria; não de uma limitação à liberdade de sua decisão».

²⁹⁸ «A razão está em que quando o juiz toma a iniciativa de aplicar uma medida de coação que não tenha sido requerida pelo Ministério Público é, de certo modo, a imparcialidade do órgão jurisdicional que é posta em causa, pois que o tribunal deixa de ser então o órgão do Estado de quem o arguido espera que aprecie a causa com isenção, como terceiro indiferente ao resultado (...)». Cf. SILVA, Germano Marques da. Notas soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português. In CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). *Processo Penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesas e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82. Ver-se-á no item 3.2 deste trabalho que existe entendimento no sentido do simples fato do juiz da instrução ter decretado medida de coação em desfavor do arguido na fase de inquérito, ainda que nas conformidades do pleito ministerial, já compromete sua imparcialidade.

²⁹⁹ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2003, p. 1265. Sobre a vinculação temática, leciona Gaspar: «O princípio é justificado por um efetivo e consistente direito de defesa do arguido contra alongamentos arbitrários da atividade cognitiva do tribunal, assegurando o direito ao contraditório e audiência». Cf. GASPARGASPAR, António Henriques. Op. cit., p. 88.

³⁰⁰ Mendes esclarece que a palavra “acusação” deve ser tomada no seu sentido material, o que significa dizer que o requerimento para a abertura da instrução do assistente e o despacho de pronúncia equivalem à acusação. Cf. MENDES, Paulo de Sousa. Op. cit., 2015, p. 144.

³⁰¹ Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p.72-73. Sobre a temática, preceitua Castanheira Neves que vigora uma «correlatividade intencional entre um problema e uma solução». NEVES, António Castanheira. Op. cit., 1967-1968. p. 212.

assistente ou pronúncia) e decisão de mérito encontra respaldo no princípio da identidade, princípio da unidade e princípio da consunção³⁰².

A decisão do Ministério Público entre deduzir acusação ou proferir despacho de arquivamento³⁰³ está sujeita a controle judicial, mediante o requerimento de abertura de instrução.

Passa-se a estudar, pois, a valoração da presunção de inocência na fase de instrução.

3.2. Fase de instrução e o princípio da presunção de inocência

A fase de instrução é uma fase facultativa do processo penal comum, cuja instauração ocorre, nos ditames do art. 287º, nº 1, do CPP, a requerimento do arguido – com relação aos fatos que o Ministério Público ou o assistente (em caso de procedimento dependente de acusação particular) tenham deduzido acusação –, ou do assistente, se o procedimento prescindir de acusação particular – no que tange aos fatos pelo qual o Ministério Público proferiu despacho de arquivamento³⁰⁴.

A fase instrutória visa à comprovação judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito³⁰⁵ e, conseqüentemente, determina o término do processo penal ou a sua

³⁰² Sobre a temática e para uma visão pormenorizada de cada um dos princípios mencionados, vide *Ibidem*, p. 211-220.

³⁰³ O arquivamento poderá ainda ser alvo de intervenção hierárquica. Sobre essa modalidade de controle hierárquico, vide ANTUNES, Maria João. *Op. cit.*, 2016, p.66 e 93.

³⁰⁴ Parte da doutrina entende que a fase de instrução é prejudicial aos interesses do arguido, vez que eventual decisão de pronúncia reverterá efeitos sobre o pré-juízo que formará o juiz de julgamento em desfavor do arguido, levando-se em consideração que haverá duas decisões contrárias a tese defensiva, sendo uma delas – a pronúncia –, inclusive, proveniente da magistratura judicial. Há vozes em sentido dissonante, com as quais concordamos, no sentido de enfatizar que, em não havendo fase de instrução, cabe ao juiz do julgamento despachar pela designação de data para a audiência de julgamento ou pela rejeição da acusação por ser esta manifestamente infundada. Caso o despacho seja no sentido de haver julgamento, certamente o juiz levará consigo o pré-juízo de não ter entendido a acusação como manifestamente infundada. Ademais, frisa-se o quão importante é que a defesa tenha oportunidade de evitar que o arguido seja submetido a julgamento, mormente porque o próprio direito do arguido só ser submetido a julgamento quando houver indícios suficientes de autoria e materialidade decorre do princípio da presunção de inocência. Sobre a temática, vide VEIGA, Raul Soares. *Op. cit.*, p. 192-197.

³⁰⁵ Sobre a finalidade reservada à fase de instrução, modo de controle judicial da decisão final do inquérito, vide RODRIGUES, Anabela. *Op. cit.*, 1995, p. 77; ANTUNES, Maria João. *Op. cit.*, 2003, p. 1247; SILVEIRA, Jorge Noronha. *Op. cit.*, p. 126 e 159; PALMA, Maria Fernanda. *Op. cit.*, 2005, ps. 278. Por ser apenas uma fase de controle judicial da decisão de deduzir acusação ou de arquivar o inquérito, ao juiz da instrução é vedado pronunciar o arguido por fatos que impliquem alteração substancial dos descritos na peça acusatória (acusação do Ministério Público ou requerimento do assistente para abertura da instrução). Esse desiderato encontra guarida nos princípios processuais penais da máxima acusatoriedade possível, do efeito da vinculação temática do tribunal e ainda no efetivo exercício direito de defesa conferido ao arguido. Todavia, algumas modificações operadas no CPP (arts. 86º, nº1, 289º, nº 2 e 303º, nº. 3 e 5) põem em cheque se a fase de instrução ainda mantém essa configuração. Para a compreensão da matéria, que foge ao nosso objeto de estudo, vide MENDES, Paulo de Sousa. O regime de alteração substancial de factos no processo penal. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por

evolução para a fase de julgamento. Aquela fase processual é dirigida pelo juiz de instrução, ao qual compete a realização de todos os atos³⁰⁶ que possam influenciar na decisão de pronúncia ou não pronúncia, que é proferida após a realização do debate instrutório³⁰⁷.

A reforma processual penal operada em 2007 tornou pública a instrução, ressalvadas as exceções previstas em lei³⁰⁸. Entende-se que tal modificação resvalou prejuízo à condição de inocente do arguido, mormente quando a fase instrutória é requerida pelo assistente, o que significa dizer que o Ministério Público, após a análise do material probatório colhido no inquérito, decidiu pelo arquivamento do caso e ainda assim este ganhará conhecimento externo. No que tange à instrução a requerimento do arguido, já valia a regra da publicidade, todavia este, por mera manifestação de vontade, poderia optar pelo segredo de justiça: tratava-se de um modo que dispunha para que sua acusação fosse analisada judicialmente antes de ser submetido a julgamento público; diante da reforma operada, essa razão perdeu sentido de ser, já que a reputação do arguido já será questionada socialmente pela publicidade do inquérito³⁰⁹.

Durante a instrução, o juiz pode decretar medidas de coação e de garantia patrimonial em desfavor do arguido. No caso das medidas de coação mais graves, a lei impõe como exigência para a sua decretação a existência de “indícios fortes” de autoria delitiva. Entende-se que tais indícios podem ser qualificados como “fortes” quando, diante das provas até então coletadas no processo, considera-se mais provável a decisão de pronúncia do que a decisão de não pronúncia³¹⁰.

O juiz da instrução, como dito anteriormente, pode decretar, a pedido do Ministério Público, medidas de coação já na fase de inquérito. Entende-se que quando essa possibilidade legal ocorre no caso concreto, resta afetada a imparcialidade do juiz, e conseqüentemente

ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 755-768; BRANDÃO, Nuno. Op. cit., abr./set. 2008, p.240 e ss. ; ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 98-103; SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 145-150 e167-169.

³⁰⁶ Destaca-se que não cabe ao juiz de instrução o controle sobre a forma como o Ministério Público conduziu a investigação, mas tão somente o controle sobre a decisão tomada no encerramento do inquérito (dedução de acusação ou arquivamento). Preceitua Antunes: A fase de instrução é «um suplemento de investigação autónomo», mas não configura «suplemento autónomo de investigação». ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 101-102. Na obra mencionada, a autora esclarece ainda quais os limites para a atividade do juiz de instrução nessa fase processual.

³⁰⁷ Ao contrário dos atos de instrução, o debate instrutório é obrigatório, sob pena de nulidade. Ibidem, p. 102-103.

³⁰⁸ Para Silva, no que diz respeito à fase de instrução, «a assistência do público é limitada ao debate instrutório e não a quaisquer atos de instrução» ao passo que os sujeitos processuais podem assistir também aos atos instrutórios. Cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 155.

³⁰⁹ BRANDÃO, Nuno. Op. cit., abr./set. 2008, p.241-244.

³¹⁰ Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2003, p. 1251-1252.

comprometido o princípio da presunção de inocência, pois a participação do julgador na fase de inquérito, ainda que adstrita à figura do juiz das liberdades, implica inexoravelmente pré-juízos quanto à decisão de pronúncia/não pronúncia³¹¹. Questiona-se, pois, porque a regra do art. 40º do CPP, aplicável ao juiz do julgamento, não seria extensível ao juiz de instrução que aplicou medidas de coação no curso do inquérito³¹². É cediço que há a possibilidade, nos termos do art. 43º, nº2 do CPP, de o juiz que interveio em fases anteriores do processo ser declarado recusado ou escusado, mas as consequências de tal desiderato não são as mesmas da declaração de impedimento. Ademais, essa possibilidade está atrelada à exigência de “motivo sério e grave” que afete a imparcialidade do julgador, o que dificilmente é reconhecido na prática dos Tribunais³¹³.

O encerramento da instrução ocorre com o despacho de pronúncia³¹⁴ ou não pronúncia, a depender da existência ou não, respectivamente, de indícios suficientes de se terem verificados os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança, conforme preceitua o art. 308º, nº1, do CPP.

Mais uma vez o ponto fulcral para a decisão judicial implica na compreensão do que sejam indícios suficientes. Destarte, a decisão judicial sobre pronunciar ou não o arguido guarda semelhanças com a decisão em torno da dedução de acusação³¹⁵, ou seja, continuar a ser aceitável dúvidas sobre o mérito da causa³¹⁶, contudo exige-se certeza quanto à existência de indícios suficientes de autoria³¹⁷³¹⁸.

³¹¹ «(...) o primeiro contato que o sujeito toma com o objeto é, qualquer fenômeno de conhecimento, determinante. Viu-se igualmente que, em sede de decisão judicial, é inevitável a formação de “pré-juízos” por parte do julgador quando do primeiro contato com o caso. Viu-se ainda que esses “pré-juízos”, essa antecipação de sentido, condicionam (podem condicionar) a valoração dos fatos e, bem assim, a heurística e a hermenêutica da norma, influenciando, ipso facto, a decisão final». Cf. PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2016, p. 55. No mesma linha de raciocínio: PEREIRA, Rui. Op. cit., 2006, p. 228.

³¹² «(...) a anterior intervenção na aplicação das medidas de coação tanto pode abalar a imparcialidade (objetivamente, e também subjetivamente) do juiz de julgamento quanto a do juiz de instrução. Não vejo que haja diferença, pelo que só posso criticar o facto de o legislador não vedar expressamente ao juiz que antes aplicou medidas de coação ser o juiz de instrução no mesmo processo». Cf. PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2016, p. 54.

³¹³ Ibidem, p. 53-55.

³¹⁴ Pontua-se que, como substitutivo à decisão de pronúncia, o juiz da instrução poderá optar pelo arquivamento em caso de dispensa de pena (nessa situação, dependerá de anuência do arguido) ou pela suspensão provisória do processo. Sobre esses institutos, vide SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 104-112.

³¹⁵ Cf. VEIGA, Raul Soares. Op. cit., p. 199; GASPARG, António Henriques. Op. cit., p. 92.

³¹⁶ Todavia, pondera-se, até por uma questão de economia processual, que é possível realiza-se um juízo de mérito nessa fase processual, a exemplo da decisão judicial que decreta inexistente os pressupostos de punibilidade. Cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 127 e 161.

³¹⁷ Exige-se certeza quanto à existência de indícios suficientes: «(...) dúvida que não permite formular um juízo de indiciação suficiente da prática pelos mesmos de um crime de ofensa à integridade física. Assim, atento o princípio *in dubio pro reo*, emanação do princípio da presunção da inocência, aplicável não apenas na fase de julgamento, mas também nesta fase de instrução, a dúvida inultrapassável tem que ser valorada a favor dos

Segundo Palma³¹⁹, a decisão de pronúncia deve apresentar fundamentos fáticos e jurídicos que justifiquem um juízo provisório de culpa do arguido, não podendo o julgador submeter o agente à julgamento, com base apenas em probabilidade estatística de condenação. Os fundamentos fáticos ligam-se à probabilidade que se tem de demonstrar os fatos de forma hábil a ser superado a regra do *in dubio pro reo* na fase de julgamento ao passo que os fundamentos jurídicos devem assinalar se cabe uma responsabilização penal do acusado no caso da comprovação cabal dos fatos alegados como prováveis.

Em que pese a redação do art. 307º, n.1 do CPP³²⁰, entende-se que o magistrado não pode pronunciar o arguido com o mero fundamento de que a acusação deduzida (ou requerimento do assistente para abertura da instrução) foi idônea e portanto é legítimo o avanço do feito para julgamento³²¹. Entre a acusação e a decisão de pronúncia/ não pronúncia, percorreu-se uma fase de instrução preliminar, o que conduz ao órgão acusatório o ônus de fortalecer os elementos probatórios em desfavor do arguido como condição para que a persecução penal possa avançar mais um degrau (ou juízo de admissibilidade). Desta feita, em caso de dúvidas, aplica-se o *in dubio pro reo* e prevalece a não pronúncia³²². Apenas a certeza judicial (indícios suficientes de materialidade e autoria) autoriza que o arguido seja pronunciado³²³.

Caso o juiz da instrução decida pela pronúncia, em concordância com os termos propostos na acusação deduzida pelo Ministério Público, a decisão é irrecorrível³²⁴. Alega-se,

arguido». (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 58/12.0GBSBG.C1, de 28-01-15, Relatora Olga Maurício, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra). Quanto ao mérito da causa, todavia, continuam a ser admissíveis dúvidas, vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 03P1493, de 21-05-2003, Relator Henriques Gaspar, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça

³¹⁸ Sobre o que sejam “indícios suficientes”, remete-se o leitor para o item anterior deste trabalho.

³¹⁹ PALMA, Maria Fernanda. Op. cit., 2005, ps. 278-279. Na página 278, a autora diz: «Só esta interpretação exigente quanto à natureza do despacho de pronúncia pode justificar a sua submissão ao princípio *in dubio pro reo*, se bem que numa dimensão distinta da que vale em sede de julgamento».

³²⁰ «Encerrado o debate instrutório, o juiz profere despacho de pronúncia ou de não pronúncia, que é logo ditado para a acta, considerando-se notificado aos presentes, podendo fundamentar por remissão para as razões de facto e de direito enunciadas na acusação ou no requerimento de abertura da instrução».

³²¹ PALMA, Maria Fernanda. Op. cit., 2005, ps. 279.

³²² COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 71.

³²³ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 421-422.

³²⁴ Dispõe o art. 310º, n.1, do CPP: «A decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos factos constantes da acusação do Ministério Público, formulada nos termos do artigo 283.º ou do n.º 4 do artigo 285.º, é irrecorrível, mesmo na parte em que apreciar nulidades e outras questões prévias ou incidentais, e determina a remessa imediata dos autos ao tribunal competente para o julgamento». Em favor da constitucionalidade deste dispositivo legal, vide ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal – “direito constitucional aplicado”. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 750; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2011, p. 352. Em sede jurisprudencial, remete-se à

para tanto, que, além da decisão já ter passado por duplo crivo (Ministério Público e juiz da instrução) e o processo ter de seguir com celeridade³²⁵, o arguido não fica prejudicado em seu direito de defesa, vez que poderá exercê-lo durante a fase de julgamento e ainda com possibilidade de recorrer em caso de sentença que lhe seja desfavorável. Esse mesmo argumento, a *contrario sensu*, explica o porquê do assistente ter a faculdade de recorrer do despacho de não pronúncia, pois esta decisão põe fim ao processo e a via recursal se apresenta com oportunidade para que o assistente continue buscando seus interesses no processo penal³²⁶.

Entende-se, todavia, que o fundamento retromencionado há de ser rechaçado³²⁷, visto que se assim o fosse, haveria de se questionar até mesmo a razão de ser da fase de instrução, pois o arguido poderia exercer seu direito de defesa e contraditório diretamente na fase de julgamento e recorrer em caso de decreto condenatório. Ademais, entende-se plenamente razoável que o arguido, presumido inocente, disponha de todas as ferramentas para tentar convencer o Judiciário da desnecessidade de sua submissão à estigmatizante fase de julgamento³²⁸. É cediço que o processo penal não pode ser moroso, mas entende-se positiva a

leitura do Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 47/13.7TAGMR-A.G1, de 20-02-17, Relator António Sobrinho, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães; ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2011, p. 352.

³²⁵ O critério da celeridade processual como argumento para a irrecorribilidade da decisão instrutória que pronunciar o arguido pelos fatos narrados na peça acusatória do Ministério Público já constava da exposição de motivos da proposta de Lei nº21/IV, que concebeu o CPP/1987. Cf. LOPES, José Mouraz. *Garantia Judiciária no Processo Penal: Do Juiz e da instrução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 90.

³²⁶ Cf. VEIGA, Raul Soares. Op. cit., p. 209-213. Antunes entende que, em caso de não pronúncia após pedido de arquivamento do inquérito pelo Ministério Público, a decisão também deveria ser irrecorrível e fundamenta esse posicionamento nos seguintes termos: «Não será, certamente, o obstáculo à irrecorribilidade da decisão instrutória que não pronunciar o arguido na sequência de um despacho de arquivamento do inquérito, o direito de acesso aos tribunais por parte do assistente, ne, tão pouco o princípio do juiz natural». ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 106.

³²⁷ Sobre o art. 310º, n.1 do CPP, leciona Veiga: «(...) é inconstitucional por violar as garantias de defesa do arguido, designadamente o direito ao recurso, o princípio da presunção de inocência do arguido e o direito à não submissão a julgamento sem que tenha havido uma efetiva comprovação judicial da existência de indícios suficientes da prática de um crime». Cf. VEIGA, Raul Soares. Op. cit., p. 214, nota de rodapé nº 14. Nesse diapasão, transcreve-se trecho de decisão judicial que atesta a preocupação de que o arguido só seja submetido à julgamento quando restarem cabalmente demonstrado os indícios suficientes de autoria e materialidade delitiva: «Por força do princípio constitucional do in dubio pro reo, entende o Tribunal Constitucional que, apesar de não ter concluído pela inconstitucionalidade da irrecorribilidade do despacho de pronúncia, nos casos do artigo 310.o, do CPP, não deixa de reconhecer um direito do arguido de não ser submetido a julgamento no caso de não existirem indícios suficientes, como manifestação da presunção de inocência (cf. Acórdão n.o 226/97, em BMJ n.o 465, páginas 140 e seguintes)». (Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 32/07.8TACNT.C1, de 12-05-10, Relator José Eduardo Martins, julgado à unanimidade pela 5ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra).

³²⁸ Considera-se que o direito de não ser submetido a julgamento sem que tenha havido uma efetiva comprovação judicial da existência de indícios suficientes da prática de um crime decorre do princípio da presunção de inocência. Assim se manifestou as Senhoras Juízas Conselheiras, Doutoradas Maria Fernanda Palma e Maria dos Prazeres Beleza, em votos proferidos nos Acórdãos nº459/00 e nº 68/00, respectivamente, ambos do

proposta de Veiga no sentido de que, uma vez admitido recurso da decisão de pronúncia inteiramente conforme os termos da acusação deduzida, este poderia seguir em regime de urgência, atendendo aos ditames da celeridade processual³²⁹ e, concomitantemente, à proteção dos direitos fundamentais do arguido³³⁰.

A decisão de pronúncia, além de autorizar que o processo prossiga para a fase de julgamento, serve como parâmetro para fixar o objeto dessa nova etapa processual.

3.3. Fase de julgamento e o princípio da presunção de inocência

A fase de julgamento é de competência do tribunal (tribunal singular, tribunal coletivo ou tribunal do júri, conforme as norma de organização judiciária)³³¹. É, ao final desta fase, que será declarado o direito ao caso concreto. Para tanto, o tribunal só poderá, em regra, considerar para a formação de sua convicção os elementos probatórios que tiverem sido produzidos ou examinados na audiência de julgamento.

Vigora também nessa fase a publicidade do processo, especialmente na audiência de julgamento, conforme determinação do art. 206º da CRP e art. 321º do CPP. Todavia, pode ser que o princípio da publicidade sofra mitigações, como forma de compatibilizar as diversas finalidades que devem ser satisfeitas no processo penal³³².

Pelas regras do CPP, na fase de julgamento são solucionados dois pontos cruciais³³³: a questão da culpabilidade e a questão da imposição da sanção penal³³⁴, sendo que esta restará prejudicada, caso o tribunal entenda pela absolvição do arguido³³⁵.

Tribunal Constitucional, conforme relatado por Veiga, vide Cf. VEIGA, Raul Soares. Op. cit., p. 216 e 217, nota de rodapé nº 14

³²⁹ «Uma celeridade processual que leve à restrição das garantias de defesa do arguido será contrária aos fins da descoberta da verdade material e da justa decisão da causa e, portanto, ao princípio da presunção de inocência do arguido». Cf. Ibidem, p. 215, nota de rodapé nº 14.

³³⁰ Palavras de Veiga: «(...) que tal recurso suba imediatamente, com efeito suspensivo da marcha do processo (sendo então natural que suba nos próprios autos), mas estabelecendo-se um regime de urgência para o julgamento em trinta dias desse recurso, sendo porventura tal regime de urgência conjugado com um desmotivador regime de pesadas custas, a suportar pelo recorrente cujo recurso fosse julgado manifestamente infundado». Cf. Ibidem, p. 213-214.

³³¹ Utilizar-se-á, nesse item do trabalho, a expressão tribunal no sentido genérico, para abranger o tribunal singular, o tribunal coletivo e o tribunal do júri.

³³² «Só que, no jogo da concordância prática das finalidades conflitantes apontadas ao processo penal e no da necessária ponderação dos direitos conflitantes que integram o conjunto dos direitos dos cidadãos que ao processo penal cabe proteger, o principio de publicidade sofre as limitações que sejam necessárias para salvaguardar certos direitos das pessoas e para garantir a realização da justiça e a descoberta da verdade material, por via do normal funcionamento dos tribunais» Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2003, p. 1242-1243.

³³³ O CPP adotou, pois, o sistema de *césure*, de forma que a fase de julgamento é cindida em dois momentos diferentes: um relativo à determinação da culpabilidade e outro inerente à determinação da sanção penal.

A questão da culpabilidade diz respeito ao mérito da causa, vale dizer: implica analisar se é imputável a prática da conduta criminosa ao arguido e se inexistente qualquer fato justificativo ou circunstância desculpante. Somente após a formação de uma certeza judicial, para além de qualquer dúvida razoável, passa-se à determinação da sanção aplicável ao caso concreto³³⁶.

As fases preliminares (inquérito e instrução) admitem dúvida quanto ao mérito da causa, exigindo tão somente certeza quanto a existência de indícios suficientes de materialidade do crime e autoria delitiva. Na fase de julgamento, o mérito da causa há de ser solucionado e se houver dúvidas, impõem-se a absolvição do arguido pela aplicação do *in dubio pro reo*. Destarte, é nessa fase processual que o princípio do *in dubio pro reo* revela sua maior expressão na persecução penal³³⁷.

Registra-se também que a norma do *in dubio pro reo* não se restringe ao maniqueísmo absolvição/condenação, sendo perfeitamente possível o seu emprego em favor de uma condenação menos prejudicial ao arguido³³⁸. A título de exemplo, cita-se a possibilidade de o juiz entender como certo a materialidade e autoria do fato, mas gozar de dúvida no que tange à existência de uma qualificadora sustentada na peça acusatória. O princípio da presunção de inocência vai ditar como solução uma condenação ao crime em sua modalidade simples, sendo afastada a incidência da qualificadora pela aplicação do *in dubio pro reo*. Aplica-se igualmente esse raciocínio jurídico para os casos em que a dúvida consista na (in)existência de fatos justificativos ou circunstâncias desculpantes³³⁹.

³³⁴ Foge aos limites do presente trabalho o estudo sobre a aplicação da pena ao caso concreto. Para uma análise percuciente da matéria, vide ANTUNES, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015, p. 48 e ss.

³³⁵ Conforme se extrai da leitura do art. 376º, nº 3, CPP, caso o arguido seja inimputável e tenha em seu desfavor aplicada uma medida de segurança, embora a sentença seja absolutória, terão condão de condenatória para fins de recurso, fundamentação e regime da medida de segurança aplicada.

³³⁶ «Uma condenação sem comprovação segura de que o acusado realizou culpavelmente um tipo penal não serviria ao interesse de ninguém». Cf. SCHUNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 228

³³⁷ Sobre o *in dubio pro reo*, leciona Castro «(...) o momento por excelência de aplicação do princípio é naturalmente o do julgamento, e em particular o da elaboração da sentença ou do acórdão final». Cf. CASTRO, Jorge. Op. cit., p.521. No mesmo sentido: MATTA, Paulo Saragoça da. Op. cit., p. 229-230; COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 71.

³³⁸ Monteiro, Cristina Líbano Monteiro. Op. cit., p. 69-70; SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2008, p. 126; GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 124-125.

³³⁹ SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 202; JESUS, Francisco Marcolino de. Op. cit., p.142; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 406-407.

Das explanações acima expostas, decorre uma ilação lógica: a insuficiência de provas para uma condenação conduz a uma sentença absolutória, nos mesmos termos em que esta é decretada nas situações em que resta provada a inocência do arguido. No ordenamento jurídico brasileiro, todavia, o regramento da matéria é digno de nota.

O Código de Processo Penal Brasileiro elenca, nos incisos do art. 386, sete modalidades diferentes que podem figurar na parte dispositiva da sentença absolutória. Dentre elas, destaca-se, para fins do presente trabalho, a absolvição fulcrada na insuficiência de provas para condenar o acusado³⁴⁰. A doutrina a denomina de “absolvição de segunda classe”³⁴¹, sentenças absolutórias de segunda categoria³⁴² ou “decisão dúbia”³⁴³. Os órgãos responsáveis pela persecução penal não foram capazes de provar a culpa do réu e fazem com que a dúvida, que deveria ser apta a lhe manter o estado de inocência, o persiga como se fosse um “talvez culpado” que recebeu uma sentença absolutória. Esse tipo de sentença não se coaduna com o princípio da presunção de inocência³⁴⁴, que dita que o imputado deve ser tido como inocente desde antes do início do processo até decisão final transitada em julgado que o declare culpado.

Por todo o exposto, questiona-se a (in)constitucionalidade do inciso VII do art. 386 do CPPB. Em torno da matéria, surge debate se a retirada desse dispositivo legal reafirmaria o princípio constitucional da presunção de inocência ou o faria perder força, na medida em que surgiria uma tendência subjetiva dos magistrados a condenar os acusados e relegar o *in dubio*

³⁴⁰ Dispõe o art. 386, inc. VII do CPPB: « O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VII – não existir prova suficiente para a condenação».

³⁴¹ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito Processual Penal. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p.306.

³⁴² ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2009, p. 439

³⁴³ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 407. Assevera o autor: «Tal constatação não é fruto de purismo técnico, mas decorrência lógica em se criar dois tipos de “absolvição”, uma baseada na certeza judicial (incisos I a VI do art. 386) e outra na dúvida (inciso VII), o que deixa clara a intenção, desde o regime autoritário facista e de o Estado Novo brasileiro, em marcar o indivíduo».

³⁴⁴ Sentenças absolutórias por insuficiência de provas para condenar se enquadra nos modelos processuais que adotam como parâmetro a presunção de culpa. Sobre suas origens, assevera Moraes «modelo desenvolvido na Inquisição para aplicar penas mitigadas ou declarar “absolvição de instância” em cuja ocorrência o processo poderia ser reaberto e o “absolvido” novamente acionado». Ibidem, p. 408. Sua previsão no Código de Processo Penal Brasileiro, que data de 1941, explica-se pela influência que este recebeu do Código Italiano de 1930, onde foi rejeitada a presunção de inocência. Mais uma vez, cita-se ensinamento de Moraes: «necessário se compreender que nessa legislação facista aquela forma de “absolvição dúbia” tinha uma razão política que procurava “justifica-se” tecnicamente. A “justificativa” de cunho técnico-processual baseava-se no fato daquele sistema processual dividir-se em duas fases: como a primeira fase estava sob os auspícios de um juiz de instrução, a segunda fase já começava com um material probatório de incriminação selecionado por aquele juiz. Assim, não havendo confirmação por outras provas incriminadoras, ou mesmo se surgissem nessa segunda fase provas de defesa em sentido contrário, não se eliminava aquele material probatório que lhe dera início e, portanto, permaneceria um quid probatório que, se não era suficiente para condenar, era suficiente para impedir a declaração de uma absolvição “plena”». Ibidem, p. 408.

pro reo ao ostracismo. Pensa-se que essa preocupação não tem razão de ser, pois a dúvida judicial continuará exposta e fundamentada durante a fase de motivação da sentença, apenas vai ser modificada a parte dispositiva da decisão para que seja assegurado ao réu seu “estado de inocência”³⁴⁵. Ademais, os juízes que agirem de forma diversa desse direcionamento estarão descumprindo preceito constitucional e suas decisões podem ser alvo de impugnação e reforma. Enfatiza-se ainda que a supressão do inciso em questão não afetaria qualquer pedido de indenização na seara cível, vez que, como dito linhas pretéritas, a dúvida estará fundamentada na motivação da sentença³⁴⁶.

Retomando ao processo penal português, surge questionamento no que tange às regras dos arts. 372º, nº 2 e 425º, nº 2, ambos do CPP. Numa primeira leitura dos dispositivos legais, pode-se concluir que o regramento da matéria é benéfico ao arguido na medida em que o permite conhecer eventuais discordâncias entre os juízes no que tange aos casos de decreto condenatório. Todavia, noutro norte, também será facultado ao público saber da existência de possíveis teses conflitantes entre os julgadores em caso de sentenças absolutórias. Dito de outra forma: o conhecimento de eventual voto vencido quanto à matéria de fato reverbera prejuízo irreversível ao arguido, pois penderá contra si uma suspeita sobre sua inocência, que foi questionada por um dos julgadores componentes do tribunal³⁴⁷.

Como dito anteriormente, é na fase de julgamento que se encerra (ressalvado, logicamente, a possibilidade de recurso) a solução da causa: decide-se pela absolvição ou condenação do arguido. É cediço que as garantias de defesa são asseguradas desde o momento em que há a constituição do arguido. Ainda nas fases preliminares (inquérito e instrução), o

³⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., 2003, p. 380-381.

³⁴⁶ Em torno das argumentações em prol da inconstitucionalidade do inciso VII do art. 386 do CPPB, vide MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 409-412. Albuquerque também critica uma diferenciação entre sentenças absolutórias de primeira categoria (fulcradas na comprovação de absolvição) e sentenças absolutórias de segunda categoria (derivadas da aplicação do *in dubio pro reo*). Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2009, p. 439. Ressalta-se que, em que pese a discussão sobre a constitucionalidade do disposto legal em análise, o fundamento legal da absolvição por insuficiência de provas para condenar é o mais utilizado na parte dispositiva das sentenças absolutórias na Justiça brasileira. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit., 2008, p.306 e GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, versão e-book, p. 655.

³⁴⁷ « Pode haver uma absolvição no coletivo em que um dos juízes vota vencido quanto à matéria de fato. Ora, esta mancha é irreparável. O prejuízo é definitivo. Sobre o arguido penderá sempre a suspeita da prática do crime pois ele teve contra ele uma das vozes do tribunal. A menos que, também aqui voltando ao passado pré-liberal, se admita que o arguido tem legitimidade para recorrer da absolvição com voto vencido quanto à matéria de fato! Mais uma vez, o regresso ao passado longínquo das absolvições de natureza variada coloca não só problemas de legitimidade para interposição de recurso pelo arguido, como esbarra em última análise com a presunção de inocência. O voto de vencido quanto à matéria de fato junto à sentença absolutória prejudica materialmente a presunção de inocência que decorre dessa absolvição». Cf. ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. Op. cit., 2009, p. 440.

arguido pode oferecer provas e requerer diligências, bem como pode pugnar pela abertura da fase de instrução (caso o inquérito conclua pela dedução de acusação) e ainda participar do debate instrutório. Todavia, é no julgamento onde os direitos de defesa afloram como maior vigor³⁴⁸: o contraditório experimente sua máxima aplicação (art.327º)³⁴⁹; a confissão, feita nos termos do art. 344º do CPP, adquire valor diferenciado; apenas as provas produzidas em audiência de julgamento, em regra, podem ser valoradas na decisão judicial (art.355 º); existe previsão, com efeito exclusivamente em favor da defesa, das últimas declarações do arguido (art.361º). Esse conjunto de fatores assegura que o arguido possa efetivamente participar do debate sobre as questões fáticas e jurídicas que envolvem o objeto do processo³⁵⁰.

Destarte, pode-se afirmar ainda que é na fase de julgamento que a presunção de inocência (e não apenas sua manifestação enquanto *in dubio pro reo*) ganha maior expressão nos meandros do processo penal, o que não impede, todavia, conforme será demonstrado nas linhas abaixo, que surjam questionamentos em torno de alguns regramentos e sua compatibilidade com o “estado de inocência” do arguido.

O julgamento da causa deve embasar-se nas provas colhidas durante a audiência de julgamento³⁵¹. Ocorre que o tribunal do julgamento tem acesso aos autos das fases preliminares. Não se nega, por um lado, que este regramento seja favorável à busca da verdade e economia processual³⁵².

Noutro norte, o art. 311º do CPP³⁵³ determina que o tribunal do julgamento não apenas tenha acesso aos autos das fases preliminares, como também que proceda ao saneamento do

³⁴⁸ «(...) em sede de julgamento, fase em que o contraditório, a oralidade e a imediação têm lugar de excelência e onde o Julgador pode em plenitude realizar, apreciar e aquilatar de todos esses elementos probatórios». (Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 831/11.6TAFAG1, de 17-02-14, Relator Maria Luísa Arantes, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães). No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 866/14.7PDVNG.P1, de 07-12-16, Relator Manuel Soares, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto.

³⁴⁹ Sobre o princípio do contraditório, leciona Rui Patrício: «(...) há de assumir a sua expressão máxima na fase de julgamento (ao contrário das fases anteriores), pois nela se concentra a produção, a crítica e a contradição das provas em que o tribunal irá fundar sua convicção». Cf. PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p. 64.

³⁵⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 1995, ps. 28. No mesmo sentido: PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p.19-21; JESUS, Francisco Marcolino de. Op. cit., p.152.

³⁵¹ «Com efeito, a produção e o exame da prova relevante para a decisão, em julgamento, sobre os fatos com interesse para a definição da responsabilidade penal do arguido e para sua eventual punição criminal deve, por norma, processar-se exclusivamente no âmbito da audiência (imediação no sentido objetivo ou material – art. 355º) e diretamente perante o tribunal com competência para proferir a sentença (imediação em sentido subjetivo ou formal)». Cf. BRANDÃO, Nuno. Op. cit., 2016, p.109

³⁵² Cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 208-209.

³⁵³ «Art. 311: 1- Recebidos os autos no tribunal, o presidente pronuncia-se sobre as nulidades e outras questões prévias ou incidentais que obstem à apreciação do mérito da causa, de que possa desde logo conhecer; 2 - Se o processo tiver sido remetido para julgamento sem ter havido instrução, o presidente despacha no sentido: a) De rejeitar a acusação, se a considerar manifestamente infundada; b) De não aceitar a acusação do assistente ou do

feito. É cediço que a decisão judicial quanto ao saneamento do processo não abrange o mérito da causa, mas ainda assim, para que o julgador o faça, é preciso que tenha conhecimento total ou parcial dos autos, o que desencadeia em sua mente, inevitavelmente, pré-juízos. E diz-se mais: esses pré-juízos tendem a ser desfavoráveis ao arguido, pois, no momento do saneamento, os autos processuais contam com elementos que corroboram mais com a tese acusatória que com a defensiva, a exemplo dos despachos de acusação e pronúncia³⁵⁴; e, na hipótese de ter não havido instrução, o papel de aceitação ou rejeição da peça acusatória é incumbência do tribunal. Destarte, muitas vezes até de forma inconsciente, o julgador acaba indevidamente por sopesar as provas produzidas no inquérito e/ou instrução para solucionar o mérito da causa. Essa constatação revela um dupla violação ao princípio da presunção de inocência: primeiramente porque cria uma necessidade, que não se coaduna como tarefa do presumido inocente, de a defesa afastar do tribunal o pré-juízo inclinado para a culpabilidade do arguido: ademais, quando o tribunal findar a atividade probatória e restar dúvidas sobre a responsabilidade penal do arguido, a questão que seria solucionada pela aplicação da norma do *in dubio pro reo* pode sofrer ingerências dos pré-juízos de culpabilidade e reverberar em uma decisão desfavorável ao arguido³⁵⁵.

Ministério Público na parte em que ela representa uma alteração substancial dos factos, nos termos do n.º 1 do artigo 284.º e do n.º 4 do artigo 285.º, respectivamente. 3 - Para efeitos do disposto no número anterior, a acusação considera-se manifestamente infundada: a) Quando não contenha a identificação do arguido; b) Quando não contenha a narração dos factos; c) Se não indicar as disposições legais aplicáveis ou as provas que a fundamentam; ou d) Se os factos não constituírem crime».

³⁵⁴ Os despachos de acusação e pronúncia podem ser interpretados pelo julgador como se a presunção de inocência tenha perdido força ao longo da persecução penal, já que existem dois juízos (embora indiciários) desfavoráveis ao arguido. Nas palavras de Pereira: «o juiz do julgamento, ciente de que já houve despachos de vários magistrados que consideraram haver indícios fortes ou suficientes (aplicação e manutenção da prisão preventiva, acusação e pronúncia), poderá presumir culpado o arguido, invertendo o princípio da presunção de inocência». PEREIRA, Rui. Op. cit., 2006, p. 229.

³⁵⁵ PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p. 59 e ss. Na p. 76 da citada obra, pontua Rui Patrício: «Pretendermos que o juiz de julgamento, depois de ler o processo (ou parte dele), se alheie do que leu, quando da audiência de julgamento e da decisão final, é pretendermos – permita-se a expressão – a quadratura do círculo». Discorrendo sobre o sistema alemão, Schunemann pondera: «Afinal, para que se chegue à verdade material na audiência de instrução e julgamento, o acesso aos autos da investigação por parte do juiz que deve produzir e avaliar as provas e, além disso, proferir a sentença , é de um lado irrenunciável, mas de outro também ameaçador. Essa ameaça exerce seus efeitos exclusivamente em desfavor do acusado e coloca igualmente em perigo a *fairness* do processo.». E mais adiante, ainda falando sobre a mesma problemática, discorre o autor: «Essa assimetria em desfavor do acusado persiste ao longo de todo o processo “como uma doença perpétua”. A razão para tal reside no já descrito papel processual que incumbe ao juiz alemão, que conduz a produção de provas a partir da base e da rota de marcha que lhe são dadas pelos autos da investigação preliminar, a respeito dos quais, ademais, ele próprio, por ocasião do recebimento da denúncia e abertura do processo, já se manifestara no sentido de sua idoneidade para fundamentar uma alta probabilidade de condenação. (...) em razão do qual o juiz analisa o resultado da produção de prova não mais de forma neutra, mas na direção das hipóteses de acusação, de uma forma, portanto, desfigurada e assimétrica. Esse mecanismo opera de forma inconsciente e não pode, assim, ser superado através de um dever legal de objetividade». Cf. SCHUNEMANN, Bernd. Op. cit., p. 230-232. Ainda sobre a temática, vide Cf. PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2016, p. 55-60.

Pontua-se que há ainda, além dos despachos de acusação e pronúncia, outros elementos constantes dos autos que podem influenciar na criação de pré-juízos de culpabilidade do arguido, a exemplo das decisões judiciais que decretaram medidas de coação nas fases preliminares e a juntada aos autos do certificado do registro criminal do arguido³⁵⁶.

É também digno de nota a forma como se inicia a audiência de julgamento: em seguida aos atos introdutórios e eventuais exposições introdutórias (de difícil ocorrência prática, diga-se de passagem), o arguido é identificado e o tribunal procede com a leitura ou exposição dos fatos criminosos supostamente praticados pelo arguido. Desta feita, nesse momento processual, a acusação é apresentada pelo julgador e não pelo Ministério Público, titular da ação penal, e, o arguido é de logo caracterizado, não como mero sujeito processual, mas como sujeito processual imputado da prática do crime narrado na peça acusatória³⁵⁷.

Conforme regramento do art. 341.º do CPP, a primeira prova a ser produzida em audiência deve ser as declarações do arguido. Justifica-se, para tanto, que, caso o acusado opte por confessar os fatos em sua totalidade e sem reservas, opera-se uma economia processual com a dispensa de produção das outras provas porventura existentes. Alega-se ainda que o arguido é quem dispõe de melhores condições para narrar as circunstâncias do suposto fato delituoso e nortear, caso se faça necessária a continuidade da atividade probatória, os rumos que devem seguir a audiência³⁵⁸.

No que tange às declarações do arguido, imprescindível diferenciar as questões inerentes à sua identidade das relativas aos fatos objeto do processo. As primeiras tem de ser necessariamente respondidas pelo arguido, sob pena de responsabilização penal³⁵⁹ ao passo

³⁵⁶ PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p. 73.

³⁵⁷ Ibidem, p. 62.

³⁵⁸ Cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p. 225. A legislação brasileira regulamenta a oitiva do acusado como última prova a ser produzida na audiência de julgamento, no procedimento ordinário, sob o fundamento de que o interrogatório do réu não é apenas um meio de prova, mas também um meio de defesa e, assim sendo, é necessário que o acusado tenha acesso a todos os meios de provas, para que depois possa, se o desejar, se manifestar acerca de cada um. Leciona Lopes Jr.: «Com relação ao valor probatório do interrogatório, propugnamos por um modelo constitucional em que o interrogatório seja orientado pela presunção de inocência, visto assim como o principal meio de exercício da autodefesa e que tem, por isso, a função de dar materialmente vida ao contraditório, permitindo ao sujeito passivo refutar a imputação ou aduzir argumentos para justificar sua conduta». Cf. LOPES JR., Aury. Op. cit., 2013, p. 1030. Ressalta-se, todavia, que o ordenamento brasileiro não prevê a possibilidade, prevista no CPP, das últimas declarações do arguido.

³⁵⁹ Dispõe o art. 342.º do CPP: «1- O presidente começa por perguntar ao arguido pelo seu nome, filiação, freguesia e concelho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, local de trabalho e residência e, se necessário, pede-lhe a exibição de documento oficial bastante de identificação. 2- O presidente adverte o arguido de que a falta de resposta às perguntas feitas ou a falsidade da mesma o pode fazer incorrer em responsabilidade penal».

que, quanto às segundas, o arguido pode fazer valer seu direito ao silêncio, sem que isso implique qualquer prejuízo a sua defesa³⁶⁰.

Na vigência do atual do CPP, o arguido não é obrigado ainda a responder questões atinentes aos seus antecedentes criminais. O novo regramento encontra consonância no direito ao silêncio do arguido, vez que manifestações sobre antecedentes resvala consequências na sua responsabilização criminal³⁶¹. Todavia, enfatiza-se que nada impede que sejam juntados aos autos o certificado do registro criminal³⁶² do arguido ou lhe sejam dirigidas perguntas sobre o assunto³⁶³.

Entende-se que a juntada aos autos do certificado do registro criminal do arguido contribui para um pré-juízo empírico de culpa, que viola o princípio da presunção de inocência, mormente porque vigora, para fins de fixar eventual responsabilidade penal do arguido, o direito penal do fato em contraposição ao direito penal do autor³⁶⁴. Ademais, há vezes a sustentar ainda que o prévio conhecimento, por parte do tribunal, do certificado do registro criminal vai de encontro ao princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido³⁶⁵. Desta feita, entende-se que o tribunal, como forma de preservar sua

³⁶⁰ Dita o art. 343.º do CPP: «1- O presidente informa o arguido de que tem direito a prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objecto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo».

³⁶¹ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 122.

³⁶² «(...) o desaparecimento do aspecto vexatório e estigmatizante que para o arguido resultava da declaração oral obrigatória de seus antecedentes criminais. Mas, tal declaração não é necessária: o passado criminal do arguido é na mesma publicitado e conhecido e o estigma violador das garantias de defesa do arguido continua presente». Cf. VEIGA, Catarina. *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 51.

³⁶³ Sobre a matéria, vide art. 140.º do CPP, com remissão ao art. 128º do mesmo diploma legal e o art. 8º, nº 2, alínea a), da Lei nº 37/2015. Em sentido contrário: Silva entende que é vedado questionamentos acerca dos antecedentes criminais do arguido, sendo possível apenas a juntada do certificado do registro criminal, cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p.227.

³⁶⁴ «No plano da concretização, a presunção de inocência refere-se ao fato do suspeito ou condenação em determinado processo, independentemente de já ter sido condenado em outro. A quebra da inocência em um processo não irradia seus efeitos em outro e nem diminui o âmbito de sua concretude, em face da condição de ser humano e cidadão. Por isso, o processo e o julgamento não se fundem no que o acusado foi ou é (direito penal do autor), mas numa situação situação fática determinada (direito penal do fato)». Cf. GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit., p. 126.

³⁶⁵ Sobre a incompatibilidade entre o conhecimento pelo tribunal dos antecedentes do arguido ainda no início do julgamento e o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido, explana Rui Patrício: «(...) o arguido não é mero objeto ou meio de prova, mas sim um livre contraditor do acusador, com armas iguais às dele (de onde decorre, entre outras consequências, que a utilização do arguido como meio de prova é sempre limitada pelo integral respeito pela sua decisão de vontade, isto é, o arguido, em matéria de prova, não pode ser obrigado a colaborar com o tribunal)». PATRÍCIO, Rui. Op. cit., 2004, p. 83. Na mesma obra, p.86, o autor replica ainda que « (...) o sistema de *césure*, independentemente das várias configurações que pode assumir, tem uma finalidade dupla, no que diz respeito à audiência de julgamento: visa, por um lado, garantir a imparcialidade do julgador, evitando que sua decisão, no que toca ao juízo da culpa, seja influenciada pelos antecedentes criminais e policiais do arguido, pela sua personalidade ou condições sociais (...)».

imparcialidade, só deveria ter acesso a tal documento após a formação do juízo de culpa e, logicamente, antes da imposição da pena.

Sobre os fatos objeto do processo, o arguido, preso ou solto, pode adotar três posturas distintas, quando de suas declarações: permanecer em silêncio, confessar os fatos ou declará-los inverídicos. O arguido não presta juramento, de forma que não caberá responsabilidade penal caso preste declarações falsas³⁶⁶.

Caso o arguido opte por confessar os fatos que lhe são imputados, desde que se trate de confissão integral e sem reservas, o artigo 344º do atual CPP determina as seguintes implicações³⁶⁷: <<a) Renúncia à produção da prova relativa aos factos imputados e consequente consideração destes como provados; b) Passagem de imediato às alegações orais e, se o arguido não dever ser absolvido por outros motivos, à determinação da sanção aplicável; e c) Redução da taxa de justiça em metade>>. Frisa-se que para que a confissão tenha o condão de produzir esses efeitos, além de ser integral e sem reservas, é necessário ainda que seja livre e relativa a delito punível com pena de prisão não superior a 5 (cinco) anos³⁶⁸. Existindo pluralidade de arguidos, exige-se ainda que a confissão seja feita nestes termos por todos e de forma coerente. Este regramento é novidade trazida pelo atual CPP, visto que na vigência do Código anterior, a confissão, por si só, não tinha força de corpo de delito. Para tanto, argumentava-se, a possibilidade de haver confissões obtidas por meios ilícitos (v. g. coação física ou moral) ou de conteúdo falso (v. g. decorrentes de anomalias psíquicas, visando atingir objetivos escusos, como, p. ex., proteger o verdadeiro autor da infração penal, garantir a impunidade de coautores ou escamotear crime mais grave) ou ainda

³⁶⁶ «As declarações prestadas pelo arguido no decurso da audiência devem ser consideradas como manifestação pessoal do seu direito de defesa, disponível, por isso, e não como meio de prova sujeita ao dever de verdade». Cf. SILVA, Germano Marques da. Op. cit., 2014, p.227.

³⁶⁷ Ressalta-se ainda que a confissão deve ser considerada quando da fixação do *quantum* da pena, nos termos do art. 71º, n. 1 e 2, alínea e do CP.

³⁶⁸ A estipulação de pena não superior a cinco anos como critério para que a confissão possa produzir os efeitos previstos no art. 344º do CPP objetiva estabelecer regramento menos rigoroso à pequena e média criminalidade, permitindo que as situações assim compreendidas possam ser resolvidas de forma consensual e também mais amena, já que dispensa-se a realização da audiência de julgamento, considerada por alguns como uma verdadeira «cerimônia degradante». Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 124. Sobre a expressão “cerimônias degradantes”, mentalizada por H. Garfinkel, em 1956, trata-se de ritos que são impostos aos indivíduos abarcados por alguma problemática penal, tirando-lhes sua identidade original e a fornecendo outra, humilhante. Em que pese ser o julgamento criminal o seu expoente máximo, o indivíduo pode ser atingido por esse degradante fenômeno antes mesmo de ser iniciado o processo penal, basta-se pensar num caso de prisão em suposto estado de flagrância com grande repercussão midiática. Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. Op. cit., p. 350

porque o arguido ignorava as consequências legais do ato³⁶⁹. Rebate-se, em favor da atual disciplina da matéria, que a vedação da valoração da confissão sem consonância com outros meios de prova não foi suficiente para afastar procedimentos escusos e reforça-se ainda que atualmente respeita-se o princípio da legalidade das provas. Ademais, as autoincriminações falsas podem ser isentas dos efeitos do art. 344º do CPP, na medida em que o juiz não restar convencido de que se trate de confissão livre³⁷⁰.

O princípio da livre apreciação das provas é plenamente válido nas situações em que o arguido nega os fatos, os admite parcialmente ou os confesse na sua integralidade, mas não reste preenchido, nesta última hipótese, todos os requisitos exigidos no art. 344º do CPP³⁷¹.

Nos casos em que o arguido confessa os fatos de forma integral e sem reservas, atendidas todas as circunstâncias traçadas no art. 344º do CPP, tem-se a impressão de que o princípio da livre apreciação das provas é mitigado, vez que o regramento legal determina como consequência desse tipo de confissão que os fatos sejam tido como verdadeiros e que a audiência siga diretamente para a fase das alegações orais. Ocorre que, para que assim seja, faz-se necessário que o magistrado, com fulcro no princípio da livre apreciação da prova, analise se, de fato, tratou-se de uma confissão livre³⁷².

A confissão válida (nos termos do art. 344º do CPP) implica, todavia, renúncia do arguido à presunção de inocência como “norma de juízo”, mais especificadamente no seu desdobramento de *in dubio pro reo*, e ainda enquanto “norma probatória” (o órgão de acusação perde a incumbência de carrear aos autos prova incriminadora). Todavia, a presunção de inocência tem plena aplicação enquanto “norma de tratamento” (a confissão válida não autoriza, por si só, a decretação de qualquer medida de coação em desfavor do arguido) e enquanto “norma de juízo” no seu desdobramento do *favor rei* (havendo dúvidas quanto à interpretação de lei, deve-se optar pela interpretação mais benéfica ao acusado)³⁷³.

³⁶⁹ Esses argumentos ainda hoje encontram guarida no ordenamento jurídico brasileiro, onde a confissão, antes tida como “rainha das provas” (“*probatio probatissima*”), perdeu seu valor absoluto. Desta feita, o magistrado tem que contrastar o seu conteúdo com o restante das provas trazidas ao processo, ainda que se trate de confissão livre, integral e sem reservas, a fim de verificar a consonância de todo o conjunto probatório. Ademais, para que a confissão seja válida, é necessário que a autoridade judiciária apure a veracidade do seu conteúdo, a espontaneidade das declarações e a certeza de que o arguido teve orientação técnica de defensor antes do ato. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 523-524.

³⁷⁰ ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 123-124.

³⁷¹ Pontua-se que o princípio da livre apreciação de provas é ainda plenamente válido para as confissões feitas nas fases de inquérito e instrução. GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. Crime. *Medidas de Coação e Prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador*. Coimbra: Almedina, 2015, p.290.

³⁷² ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2016, p. 270.

³⁷³ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 526-527.

No que tange ao princípio da livre apreciação da prova, a lei lhe impõe mitigação nas hipóteses em que o arguido opta pelo silêncio, vez que é expressa em ditar que tal comportamento não pode ser interpretado em prejuízo do arguido. É preciso, todavia, fincar que, no plano fático, a opção pelo silêncio pode impedir que a autoridade julgadora tenha conhecimento de circunstâncias que poderiam excluir uma condenação ou simplesmente amenizar a reprimenda penal³⁷⁴. A possibilidade do arguido valer-se do seu direito ao silêncio deflui da aplicação do princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido.

Ainda em torno das declarações do arguido, em decorrência de mudança processual operada em 2013, finca-se que é permitida a reprodução ou leitura de declarações feitas pelo arguido no decorrer do processo, desde que a seu próprio pedido ou que a prova tenha sido colhida por autoridade judiciária e que o arguido tenha tido assistência técnica de defensor³⁷⁵ e ciência de que as declarações por eles prestadas poderiam ser valoradas como prova, ainda que ausente ou silente por ocasião da audiência de julgamento³⁷⁶.

O direito ao silêncio do arguido permite que este opte por permanecer calado na audiência de julgamento, ao passo que o princípio da imediação, que dita ser imprescindível o contato direto do juiz com a fonte de prova, assegura que apenas as declarações eventualmente prestadas nesta fase processual possam ser valoradas como prova. Destarte, torna-se questionável se o novo regramento retromencionado se coadunaria com o direito ao silêncio do arguido e ainda com o princípio da imediação³⁷⁷.

³⁷⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 2004, p.449; MATTA, Paulo Saragoça da. Op. cit., p.259.

³⁷⁵ Ressalta-se que a necessidade de assistência técnica de defensor é «imposta pela efetividade do direito de defesa do arguido e não pelo princípio do contraditório». Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 18, 1971, p.193

³⁷⁶ A matéria é regulamentada no art. 357º do CPP, que dispõe: «1- A reprodução ou leitura de declarações anteriormente feitas pelo arguido no processo só é permitida: a) A sua própria solicitação e, neste caso, seja qual for a entidade perante a qual tiverem sido prestadas; ou b) Quando tenham sido feitas perante autoridade judiciária com assistência de defensor e o arguido tenha sido informado nos termos e para os efeitos do disposto na alínea b) do n.º 4 do artigo 141.; 2 - As declarações anteriormente prestadas pelo arguido reproduzidas ou lidas em audiência não valem como confissão nos termos e para os efeitos do artigo 344; 3- É correspondentemente aplicável o disposto nos n.os 7 a 9 do artigo anterior ».

³⁷⁷ Antunes explicita que «da conjugação do direito ao silêncio com o princípio de que só a prova produzida em audiência serve para formar a convicção do tribunal, nada mais pode resultar, sob pena de esvaziamento do conteúdo de um e outro, do que a proibição de valoração das declarações prestadas pelo arguido antes do julgamento». ANTUNES, Maria João. Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, in *Sub Judice*, nº 4, 1992, p. 25. Em sentido contrário, diz Martins: «(...) estamos agora em condições de objetivar que nem um (direito ao silêncio) nem outro princípio (produção das provas em audiência) são absolutos, antes suscetíveis de concordância prática com os demais valores em causa. Aí está mais uma vez o direito positivo a falar por si: o resultado das escutas telefônicas, em termos práticos, mais não é do que a utilização do que o arguido disse antes do julgamento, sem ser advertido de que suas palavras poderiam vir a ser utilizadas, na audiência, ainda que aqui se remeta ao silêncio». Cf. MARTINS, Joana Boaventura. Op. cit., p. 38. O dever do

De plano, enfatiza-se, mais uma vez, que o processo penal visa finalidades distintas (proteção dos direitos fundamentais, busca da verdade e restabelecimento da paz jurídica comunitária) e que, muitas vezes, com o fito de harmonizá-las são tomadas medidas que, respeitando sempre o princípio da dignidade da pessoa humana, mitigam o conteúdo de cada uma e, ao mesmo tempo, as preserva no máximo possível.

Admitir a valoração das declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento, em qualquer circunstância, seria uma solução harmônica com a finalidade processual de proteção dos direitos fundamentais? Noutra norte, admitir que o direito ao silêncio do arguido, por ocasião da audiência de julgamento, possa tornar sem nenhum efeito qualquer declaração sua prestada anteriormente, contempla as finalidades processuais de busca da verdade e realização da justiça no caso concreto? Pensa-se que a resposta é negativa para as duas hipóteses levantadas.

Acredita-se que a solução encontrada pelo CPP visa, justamente, harmonizar as antinomias da melhor forma possível³⁷⁸. Permitir-se a valoração das declarações do arguido prestadas em fase anterior ao julgamento, mas lhe são asseguradas todas as garantias de defesa, vez que tais declarações tem de ser feitas com assistência de defensor e com ciência de que seu conteúdo poderá ser valorado como prova. Ademais, caso as declarações anteriores do arguido reconheçam como verdadeiro o fato criminoso que lhe é imputado, ainda assim não tem força de produzir os efeitos da confissão feita em julgamento, nos parâmetros do art. 344º do mesmo diploma legal³⁷⁹.

Frisa-se ainda que o direito ao silêncio é <<um direito de exercício atual>>, vale dizer: ao arguido é assegurado o direito de não se manifestar, sem que desse comportamento lhe recaia prejuízo no plano jurídico, em cada ato processual em possa prestar declarações, mas essa opção não vincula os atos futuros (o arguido pode manifestar-se em interrogatórios posteriores), nem tem o condão de desconstituir os atos pretéritos (eventuais declarações que

arguido de responder com verdade às indagações sobre sua identidade corrobora o entendimento de que o direito ao silêncio não é absoluto.

³⁷⁸ O presente trabalho não perde, com este posicionamento, o cunho garantista dos direitos fundamentais, pois «Ser garantista não significa adotar uma postura refratária, em gênero, à intervenção jurídico-penal, e tampouco militar, em qualquer circunstância, pela aplicação da solução processual mais benéfica ao acusado» Cf. FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado (versão e-book), 2012, item 2.3.1.

³⁷⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. Op. cit., 2014, p.67-71; MESQUITA, Paulo Dá. Op. cit., 2015, p. 118-119; MESQUITA, Paulo Dá. A utilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal. In *As alterações de 2013 aos Código Penal e Processo penal: uma Reforma cirúrgica?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 149 e ss.; Em defesa do novo regramento da matéria, antes mesmo da mudança no CPP, vide: MESQUITA, Paulo Dá. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 255-256; MARTINS, Joana Boaventura. Op. cit., p.31.

o arguido tenha prestado em momento processual anterior). Destarte, caso o arguido tenha prestado declarações antes da fase de julgamento e decida, nessa ocasião, por nada declarar, o seu silêncio não será valorado, mas as declarações porventura já feitas poderão ser analisadas, como todo os demais elementos probatórios lícitos, para formar a convicção judicial. Não se ignora a vigência e importância do princípio da imediação, todavia a própria lei autoriza, excepcionalmente, que provas obtidas nas fase de inquérito e julgamento possam ser também valoradas para a decisão da causa penal³⁸⁰.

Analisada a incidência da presunção de inocência nas fases de inquérito, instrução e julgamento, resta responder ao questionamento lançado na introdução da presente investigação: Os despachos de acusação e pronúncia produzem impactos sobre a força do princípio da presunção de inocência na fase de julgamento? Não existe uma resposta unívoca em torno da matéria, conforme se depreenderá do próximo item deste trabalho.

3.4. Em arremate: (in)subsistência da visão gradualista da presunção de inocência

Como decorrência da análise do princípio da presunção de inocência ao longo da persecução penal surgem dois posicionamentos contrapostos: os que aderem e os que rejeitam a visão gradualista da presunção de inocência.

Nessa toada, parte da doutrina entende que vigora uma visão gradualista da presunção de inocência, ou seja, o princípio da presunção de inocência vigora até o trânsito em julgado da sentença condenatória, todavia com intensidade diferente em cada fase processual. Dito de outra forma, admite-se que o estado de inocência vai perdendo força ao tempo em que a persecução penal vai contemplando decisões desfavoráveis ao arguido (dedução da acusação e despacho de pronúncia)³⁸¹. Sustentam, pois, que ditas decisões se fundam em alto grau de probabilidade de autoria e materialidade, o que justificaria o reconhecimento de um enfraquecimento da presunção de inocência do arguido. Esse fundamento remonta aos ideais das Escolas Positivista³⁸² e Técnico-Jurídica de presunção da culpa, vez que se parte da

³⁸⁰ MARTINS, Joana Boaventura. Op. cit., p.39 e ss.

³⁸¹ MOURA, José Souto de. Op. cit., p. 36. Em favor de uma visão gradualista da presunção de inocência, também se manifestou o Ministro do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, Gilmar Mendes, conforme se infere da leitura do voto que proferiu acerca da (im)possibilidade de execução provisória da pena, nos autos Ação Declaratória de Constitucionalidade: nº 43. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>> acesso em 03-12-16.

³⁸² “Para Ferri, na medida em que se caminhava na persecução penal em direção à certeza judicial da delinquência, com a mesma intensidade se desfazia a lógica jurídica da presunção de inocência. Assim, em perfeita sintonia com Garafolo afirmava ser uma impropriedade lógica aceitar-se a presunção de inocência apos a sentença condenatória do juiz”. Cf. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 115.

diretriz de que a medida que a persecução penal avança, a decisão final já é certa (condenação)³⁸³.

Em contraposição à visão gradualista da presunção de inocência, entende-se que a presunção de inocência vale de forma uniforme durante o transcorrer de todas as fases processuais penais³⁸⁴. Antunes³⁸⁵ manifesta-se contra a posição gradualista, mas pondera que as decisões judiciais de acusação e pronúncia (na hipótese de haver fase de instrução) não deixam de reverberar efeitos sobre o princípio da presunção de inocência.

O objeto do presente trabalho recaiu sobre a valoração do princípio da presunção de inocência da fase de inquérito à fase de julgamento e a conclusão a que chegamos foi que, em que pese dois juízos indiciários em desfavor do arguido (dedução de acusação e despacho de pronúncia, na hipótese de haver fase de instrução), a presunção de inocência não resta enfraquecida na fase de julgamento, pelo contrário: é nesta fase que o princípio constitucional releva maior veemência, pois a sentença condenatória, ainda que recorrível, exige um grau de certeza que dissipe qualquer dúvida razoável³⁸⁶.

Os juízos indiciários que fundamentam as decisões de dedução de acusação e despacho de pronúncia exigem certeza quanto à legitimidade da continuidade da persecução penal (indícios suficientes de materialidade e autoria delitiva), mas admitem dúvidas sobre o mérito da causa. Quando o processo avança para a fase de julgamento, o direito de defesa adquire maior ímpeto e maiores são as exigências de provas veementes da culpa do arguido, vez que a sentença exige prova plena e eventuais dúvidas sobre o mérito implicam absolvição sob o influxo do *in dubio pro reo*³⁸⁷.

³⁸³ Ibidem., p. 455.

³⁸⁴ HASSEMER, Winfried. Op. cit., 2003, p.116-117. No mesmo sentido: COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 76 e CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 414-415.

³⁸⁵ «Embora seja de refutar uma concepção gradualista da presunção de inocência, podendo concordar-se com aqueles que afirmam que o princípio da presunção de inocência, até o trânsito em julgado da decisão condenatória ou vale sempre ou não, não podemos deixar de concluir que o sentido específico da evolução concreta da tramitação processual acaba por deixar rasto no princípio, nomeadamente por passar a ser outro o “jogo” da harmonização das finalidades do processo penal e dos diversos direitos fundamentais em conflito. A forma como este princípio se articula com outras garantias processuais do arguido é diferente consoante haja ou não dedução de acusação, haja ou não pronúncia ou haja ou não condenação» Cf. ANTUNES, Maria João. Op. cit., 2003, p. 1242, nota de rodapé nº 9.

³⁸⁶ «Para que seja proferida uma decisão final condenatória sabemos que é usual exigir-se, na esteira da tradição anglo-americana, uma certeza conseguida para além de toda a dúvida razoável. Já para ser proferido um despacho de acusação ou de pronúncia bastará que haja indícios suficientes da existência do crime e da identidade do seu agente». Cf. CASTRO, Jorge. Op. cit., p.522.

³⁸⁷ «Certamente ninguém achará razoável afirmar que o efeito da presunção de inocência no momento em que o tribunal decide sobre a culpabilidade, que obriga à formulação de uma convicção certa e isenta de dúvida razoável, é o mesmo que deve estar presente quando se investe alguém na qualidade de arguido por

A visão gradualista da presunção de inocência desvaloriza a fase de julgamento e o papel da defesa em juízo, pois crê que os elementos probatórios incriminadores apresentados nas fases preliminares são obstáculos dificilmente transponíveis para reverter a solução da causa em sentença de absolvição³⁸⁸.

Pensa-se que aceitar a visão gradualista da presunção de inocência é o mesmo que admitir que, a partir de determinado momento processual, passa a vigorar a presunção de culpa em total dissonância com o imperativo constitucional que é enfático em separar o inocente do doravante culpado somente quando do trânsito em julgado da sentença condenatória³⁸⁹.

existir *suspeita fundada* de ser autor de um crime (artigo 58º n° 1 al. a)), quando se sujeita um arguido a medidas de coação, em que são necessários *fundados indícios* (artigos 174, n° 5 al. a)) ou *fortes indícios* da prática de um crime (artigos 200º, 201º, 202º e 203º) ou quando se decide imputar formalmente a prática do crime e submeter o arguido ao julgamento, com base em *indícios suficientes* (artigos 283º n° 1 e 308º n° 1)». (Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo n° 866/14.7PDVNG.P1, de 07-12-16, Relator Manuel Soares, julgado à unanimidade pela 4ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto). Nesse sentido, vide ainda Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo n° 502/12.6PJPRT.P1, de 14-01-15, Relator Eduarda Lobo, julgado à unanimidade pela 1ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo n° 03P1493, de 21-05-2003, Relator Henriques Gaspar, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça.

³⁸⁸ MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 134

³⁸⁹ Posicionando-se contra a visão gradualista do princípio da presunção de inocência, vide CARVALHO, Américo A. Taipa de. Op. cit., p. 414-415; MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 445; HASSEMER, Winfried. Op. cit., 2003, p.116-117; COSTA, Eduardo Maia. Op. cit., p. 76.

CONCLUSÃO

A presunção de inocência não é uma presunção em sentido técnico. Existe celeuma em determinar a natureza jurídica do instituto. Para uns, seria uma verdade interina ao passo que outras vozes sustentam ser mera ficção jurídica. Todavia, existe unanimidade no reconhecimento do princípio da presunção de inocência como um direito fundamental que foi elaborado historicamente e angariou nesse interregno significados distintos.

A princípio, em decorrência da construção dada à matéria pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, a presunção de inocência se transvestia em norma de tratamento, vale dizer: assegurava ao arguido que não fosse tratado como culpado durante o transcorrer do processo penal. A consequência de tal desiderato recai sobre a limitação de medidas de coação que impliquem na restrição de direitos do arguido. Nessa seara, sobressair-se a impossibilidade de decretação de prisão preventiva com cariz de pena antecipada e por prazo indeterminado. Vê-se, pois, nítida limitação do poder punitivo estatal em face do respeito aos direitos fundamentais da pessoa.

As escolas penais italianas debatiam acerca do fundamento do processo penal, mais precisamente se este deveria ser norteado pela tutela da inocência do acusado e as garantias que daí derivam ou se pelos interesses de defesa da sociedade face à criminalidade. A adoção da presunção de inocência implica, pois, a opção por um modelo de processo penal em que a proteção dos direitos fundamentais da pessoa prevaleça diante direito de punir do Estado.

Os termos em que a presunção de inocência ganhou guarida na Declaração Universal de Direito dos Homens lhe trouxe uma nova perspectiva, consistente em uma norma probatória/ norma de juízo. Vale dizer: é tarefa da acusação provar a culpa do indivíduo. Isso implica na proposição de que o arguido tem direito ao silêncio e não é obrigado a produzir provas no curso do processo. Finda a produção probatória, vigora o princípio do *in dubio pro reo*: a existência de dúvidas sobre a culpa do arguido conduz necessariamente a uma sentença de absolvição.

De ver-se, pois, que a presunção de inocência manifesta-se de diferentes formas no curso do processo penal. O Estado é o detentor do *ius puniendi* que recai sobre os integrantes da sociedade e é também o garantidor do *ius libertatis* das pessoas. Na colisão entre esses institutos, a celeuma deve ser resolvida com a harmonização das antinomias da melhor maneira possível. É justamente da dialética entre o aparato punitivo estatal e o direito de

liberdade individual, que avulta a presunção de inocência: trata-se de uma opção política de proteger a pessoa em detrimento do poder punitivo do Estado, mormente quando se sabe da supremacia do poder punitivo estatal.

O princípio da presunção de inocência, elemento estruturante do modelo de processo penal adotado nos Estados Democráticos de Direito, é direito fundamental assegurado constitucional e convencionalmente. Na Constituição Portuguesa, referido princípio encontra assento no art. 32º, nº2. Portugal é ainda signatário da Convenção Europeia para Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis, que consagram, outrossim, a presunção de inocência como um elemento basilar da persecução penal. Todavia, não basta a sua enunciação, necessário de faz também a efetivação desse direito, que tem de ser respeitado pelo Estado e pelos particulares. Sua efetivação assegura um processo justo, com respeito à liberdade, igualdade e dignidade do ser humano submetido à persecução penal.

No quadro de violência que amedronta as sociedades atuais, sobreleva-se uma perigosa tendência a substituir-se o Estado Democrático de Direito por um Estado Policial, dotado de medidas repressivas que escamoteiam os direitos fundamentais, que são tratados como verdadeiros obstáculos na luta contra a criminalidade. Não se nega que sejam legítimas as pretensões da sociedade em ter um sistema punitivo eficaz. É preciso, todavia, frisar que inexistente vínculo entre o estado de inocência assegurado a todos que respondem a um processo penal e a ineficiência do sistema punitivo. A forma correta de solucionar a criminalidade é atuando sobre suas causas e não sobre suas consequências. Não se pode admitir que o pretense combate à violência sirva de pretexto para se relativizar, mitigar ou até mesmo descartar os direitos fundamentais, que foram erigidos em lutas seculares. É intolerável que o princípio da presunção de inocência seja desrespeitado, principalmente quando se sabe que a tutela da inocência é importante garantia assegurada ao acusado frente a eventual arbítrio do Estado.

A luta pela efetivação do princípio da presunção de inocência e de outros direitos fundamentais desvencilha-se das políticas repressivas que sustentam a flexibilização das garantias do processo penal e constitui pressuposto essencial para o resgate de um direito penal consoante a sua teleonomia no contexto do Estado Democrático de Direito.

É importante pontuar, noutra norte, que o direito fundamental ao “estado de inocência” não é absoluto. Por vezes, o princípio da presunção de inocência haverá de ser

restringido em favor de se estabelecer uma concordância prática frente a situações que lhe são, ao menos aparentemente, adversas. Destarte, a proteção dos direitos fundamentais não é a única finalidade tutelada pelo processo penal. Nessa seara, destaca-se a possibilidade de decretação das prisões preventivas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e resta, destarte, rechaçada a argumentação de que a adoção da presunção de inocência como eixo do processo penal representa óbice à proficuidade persecutória.

Todavia, finca-se que prisões com cariz de pena antecipada implicam violação, e não mera restrição, ao princípio da presunção de inocência. Configuram, pois, um retrocesso na salvaguarda dos direitos fundamentais da pessoa, a partir de interpretações regressistas que alteraram os parâmetros de legitimidade da decisão judicial, com o intuito de suprir a insuficiência estatal no seu papel de garantir a segurança pública da sociedade e combater a criminalidade.

Na perspectiva de um processo penal constitucional, convencional e humanitário, onde a balança entre a liberdade e sua cassação sempre pende em favor da primeira premissa, a pena somente pode ser aplicada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A liberdade individual tem conexão com a dignidade da pessoa humana, que é a pedra angular de todo o ordenamento jurídico. Desta feita, são admissíveis prisões preventivas no curso do processo penal, mas tais medidas de coação somente se justificam quando enquadráveis nas estreitas limitações constitucionais acautelatórias, revestidas do caráter da excepcionalidade e vinculativas às necessidades processuais.

Defende-se, pois, que a presunção de inocência, para além de sua incidência na seara probatória, produza efeitos enquanto norma de tratamento no processo penal. Se ao arguido não fosse atribuído um estatuto que lhe assegurasse o direito de ser tratado como inocente, questionar-se-ia a razão de ser do próprio devido processo legal, haja vista que, antes mesmo da conclusão do mérito da causa, o arguido já poderia sofrer as consequências de ser tido como uma pessoa culpada, e eventual sentença absolutória não seria capaz de reverter os efeitos perversos advindos desse tratamento.

No que tange à seara das “provas em processo penal”, a presunção de inocência se manifesta como norma probatória e como norma de juízo. Em que pese a doutrina majoritária tratar as expressões como sinônimas, vislumbra-se distinções que justifiquem um estudo apartado.

A presunção de inocência enquanto “norma probatória” implica que à acusação incumbe provar a culpa do arguido, mediante apresentação de provas lícitas e incriminadoras. Tal desiderato não impede que a defesa produza provas e requeira diligências ao longo da persecução penal, vez que o arguido desfruta da qualificação de sujeito processual.

Independente dos elementos probatórios carreados aos autos pela acusação e defesa, em virtude do princípio da investigação, o juiz pode ainda, de ofício, determinar a produção de provas que digam respeito ao objeto do processo e que entenda possam ajudar no deslinde da causa.

Da presunção de inocência enquanto norma probatória deriva ainda o princípio do respeito pela decisão de vontade do arguido: o arguido, enquanto objeto de diligências probatórias, tem assegurado o *nemo tenetur se ipsum accusare*, que engloba o direito ao silêncio e o direito de não disponibilizar meios de provas.

O direito ao silêncio, que tem de ser devidamente informado ao arguido, aplica-se às perguntas sobre os seus antecedentes criminais e sobre as circunstâncias do suposto fato criminoso. O partir da inocência e não da culpabilidade induz ainda que a opção do arguido pelo silêncio não lhe pode causar prejuízos de ordem jurídica. Já no plano fático, as palavras do arguido podem trazer aos autos subsídios aptos a afastar um decreto condenatório ou, ao menos, amenizar a sanção penal.

O *nemo tenetur se ipsum accusare* implica ainda que, no transcorrer da persecução penal, o arguido não possa ser coagido a ativamente disponibilizar provas que possam influenciar para a sua incriminação. Parte minoritária da doutrina amplia o âmbito de proteção do direito à não autoinculpação para abranger ainda as provas obtidas mediante comportamentos passivos do arguido e as confeccionadas mediante procedimentos enganosos.

Reunido todo o material probatório, é chegada a hora da decisão judicial. É nesse momento que avulta a presunção de inocência enquanto norma de juízo, determinando que o juiz, na aplicação da lei ao caso concreto, obedeça de forma imperativa o *in dubio pro reo* e o *favor rei*. Dito de outra forma, o preceito humanitário dita, respectivamente, que finda a atividade probatória, o juiz decida em favor do arguido sempre que restar dúvidas fáticas ou que haja pluralidade de escolhas jurídicas. Essa diretriz do direito fundamental ao “estado de inocência” fundamenta-se no respeito à dignidade da pessoa humana em toda e qualquer decisão judicial penal. Dito de outro forma, essa diretriz humanitária é válida não apenas para a decisão de mérito da causa, mas também para a dedução da acusação, despacho de

pronúncia e decretação de medidas de coação e garantia patrimonial. Admitir que a dúvida tenha o condão de restringir direitos fundamentais do indivíduo, em qualquer fase da persecução penal, implica em decisões inconstitucionais.

A obrigatoriedade da motivação das decisões judiciais é o meio mais propício para se averiguar se as razões de decidir do juiz se coadunaram com o princípio da presunção de inocência. Para impedir (ou, ao menos, minimizar) que as convicções pessoais e sociais do julgador também influenciem indevidamente sua decisão, deve o juiz mostrar claramente, além dos critérios fáticos-legais, as razões racionais que o convenceram de que a decisão tomada era a melhor para o caso concreto, dentro dos parâmetros constitucionais.

O princípio da presunção de inocência deve nortear o processo penal em todas as suas fases. Resta averiguar se sofre graduação ao longo da progressão persecutória ou se incide com a mesma “força” nas fases de inquérito, instrução e julgamento, que constituíram o objeto eleito para a presente investigação.

Na fase de inquérito, qualquer decisão judicial há de ser pautada pelo respeito ao princípio da presunção de inocência enquanto norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo. Adianta-se que o mesmo é válido para as fases de instrução e julgamento.

No transcorrer do inquérito, podem ser decretadas medidas de coação em desfavor do arguido. Para tanto, é preciso que o juiz das liberdades entenda pela existência de “fortes indícios”, consoante os elementos probatório existentes nos autos até o momento da decisão. É cediço que o juiz das liberdades não pode de ofício decretar medida de coação nesta fase processual, todavia, nos termos do art. 194º, nº 2, do CPP, é possível que opte por aplicar medida mais grave que a requerida pelo Ministério Público. Entende-se que essa brecha legal viola a presunção de inocência, vez que produz, inevitavelmente, pré-juízos desfavoráveis ao arguido.

Findo o inquérito, o Ministério Público decide pela dedução de acusação ou arquivamento do feito. Tal decisão baseia-se, respectivamente, na existência ou não de indícios suficientes de se ter verificado crime e de quem foi o seu agente (art. 283º, nº1, do CPP). Pontua-se, desde logo, que não se exige certeza quanto ao mérito da causa, mas apenas quanto a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade. É fundamental, pois, a compreensão do que sejam “indícios suficientes”, vez que a dúvida em torno de sua existência há de conduzir, por força do princípio da presunção de inocência enquanto norma de juízo, ao arquivamento do inquérito. O *in dubio pro reo* ordenará ainda a dedução de acusação na

forma simples do crime, quando dúvidas existirem acerca de indícios suficientes para qualificar o tipo legal do delito. O “estado de inocência” do arguido impede que lhe sejam deduzidas acusações sem justa causa.

O art. 283º, n.º 2, do CPP dispõe que “consideram-se suficientes os indícios sempre que deles resultar uma possibilidade razoável de ao arguido vir a ser aplicada, por força deles, em julgamento, uma pena ou uma medida de segurança”. Todavia, a definição legal de “indícios suficientes” levanta celeuma doutrinária acerca do significado da expressão “possibilidade razoável de condenação”.

Uma primeira corrente sustenta que a “possibilidade razoável de condenação” é traduzida mediante a simples possibilidade, ainda que mínima, de uma decisão condenatória na fase de julgamento. Dito de outra forma, entendem que o arquivamento do inquérito só é admissível diante de uma desnecessidade escancarada de submissão do arguido a julgamento.

Uma segunda corrente, nominada teoria da probabilidade predominante, entende que é por intermédio de uma fórmula matemática-estatística que se chega a conclusão se há ou não “possibilidade razoável de condenação”: quando as provas implicarem uma chance de condenação superior a 50% (cinquenta por cento), esta superou a possibilidade de absolvição. Se o termo “razoável” tiver sido utilizado pela lei no sentido de “moderação”, este é o pensamento que melhor responde à literalidade do art. 283º, n.º 2, do CPP. Todavia, entende-se, que essa corrente não corresponde à teologia de um processo penal arrimado na presunção de inocência, pois não se pode falar que a dúvida foi superada de forma razoável a autorizar um despacho de acusação quando houver, por exemplo, 47% (quarenta e sete por cento) de chance de absolvição.

Uma terceira corrente, a qual nos filiamos, entende que “possibilidade razoável de condenação” é uma expressão que só se encontra devidamente preenchida quando os indícios colhidos no inquérito forem suficientes para assegurar uma possibilidade qualificada de condenação, que vai além da simples probabilidade predominante. Dito de outro modo, sustenta-se que há “indícios suficientes” quando os elementos probatórios constantes na fase de inquérito lastrearem um prognóstico razoável de condenação para a fase de julgamento. Acredita-se que essa é a diretriz que se encaixa no modelo de processo penal regido pelo princípio da presunção de inocência.

Ressaltar-se que a avaliação da existência ou não de “indícios suficientes” é parametrizada, em cada caso concreto, pelos elementos probatórios carreados aos autos.

Pontua-se ainda que “indícios suficientes” é um termo mais exigente que “fortes indícios”, daí porque se explica a possibilidade de decretação da prisão preventiva ainda durante o transcorrer da fase de inquérito. Considera-se que há “fortes indícios” quando as provas até então colhidas permitirem concluir que a probabilidade de dedução de acusação suplanta a de arquivamento do inquérito.

A decisão do Ministério Público entre deduzir acusação ou proferir despacho de arquivamento submete-se a controle judicial, caso haja requerimento de abertura de instrução.

No transcorrer da fase de instrução, o juiz pode decretar medidas de coação e de garantia patrimonial em desfavor do arguido. Quando se trata de medidas de coação mais graves, sua decretação está condicionada à exigência legal da presença de “indícios fortes” de autoria delitiva. Considera-se que os “indícios fortes” encontram-se caracterizados quando, diante do conjunto probatório carreado aos autos, a probabilidade se inclina pela decisão de pronúncia em detrimento da decisão de não pronúncia.

Do encerramento da instrução, decorre um despacho de pronúncia ou não pronúncia, consoante a existência ou não, respectivamente, de indícios suficientes de se terem verificados os pressupostos de que depende a aplicação ao arguido de uma pena ou de uma medida de segurança (art. 308º, nº1, do CPP). O cerne da questão, mais uma vez, insere-se na compreensão do que sejam “indícios suficientes”, razão pela qual a discussão da questão remete às divergências doutrinárias sobre como deve ser interpretada a expressão “possibilidade razoável de condenação” para justificar uma decisão de acusação ou arquivamento, finda a fase de inquérito.

Em que pese as semelhanças que ligam a decisão de pronúncia/não pronúncia à decisão de dedução de acusação/arquivamento do inquérito, pontua-se que o juiz não pode submeter o arguido a julgamento com o mero fundamento de que a acusação deduzida (ou requerimento do assistente para abertura da instrução) foi idônea e portanto é legítima a progressão persecutória. O Ministério Público tem a obrigação de reforçar o conjunto probatório em desfavor da defesa, sob pena de a persecução penal não ultrapassar mais um juízo de admissibilidade. Continuam a ser admissíveis dúvidas sobre o mérito da causa, mas somente a certeza sobre a existência de indícios suficientes de materialidade e autoria podem embasar uma decisão de pronúncia, que conduz o avanço da marcha processual para a fase de julgamento, onde deverá ser declarado o direito ao caso concreto.

Na fase de julgamento, são decididas as questões da culpabilidade e imposição da pena (se houver condenação). No que tange à culpabilidade, trata-se de solucionar o mérito da causa: o julgador, com base, em regra, nas provas coligidas na audiência de julgamento, decidirá se estas foram suficientes para lhe trazer uma certeza, para além de qualquer dúvida razoável, sobre materialidade e autoria delitiva e ainda sobre a inexistência de fato justificativo ou circunstância desculpante. Dito de outro modo, dúvidas sobre o mérito da causa implicam absolvição do arguido, com fulcro no princípio do *in dubio pro reo*. Fica-se que este princípio é ainda plenamente aplicável em favor de uma condenação menos prejudicial ao arguido, como, v. g., se houver dúvida a respeito de uma qualificadora elencada na tese acusatória.

Destarte, é na fase de julgamento que a presunção de inocência angaria maior desempenho no processo penal: eventuais dúvidas sobre o mérito da causa, outrora admitidas no fim das fases de inquérito e instrução, conduzem no julgamento a uma sentença de absolvição; o direito de defesa do arguido, existente já nas fases preliminares, também adquire contornos mais fortes durante o julgamento, consoante se extrai da leitura dos arts. 327º, 344º, 355º e 361º, todos do CPP.

Noutro norte, alguns regramentos vigentes na fase de julgamento são questionáveis na conjectura de um processo penal parametrizado pela presunção de inocência.

O tribunal, na fase de julgamento, tem conhecimento dos autos das fases preliminares. Se, por uma lado, o disciplinamento da matéria favorece a busca da verdade e a economia processual, noutro norte, vai de encontro ao princípio da presunção de inocência. É, pois, inevitável que o saneamento do feito criminal, embora não adentre na questão meritória da causa, conceba pré-juízos na mente do julgador. E o mais alarmante: pré-juízos desfavoráveis à defesa, vez que os autos contém decisões significativas em desfavor do arguido (v. g., dedução de acusação, despacho de pronúncia, decretação de prisão preventiva). Desta feita, o arguido, no plano fático, terá de desconstruir esses pré-juízos de culpabilidade em dissonância com as garantias decorrentes do seu estado de inocência. Ademais, findo o julgamento, se houver dúvidas sobre a solução da causa, a aplicação do *in dubio pro reo* pode restar comprometida pelos ditos pré-juízos de culpabilidade.

Impende destacar ainda que a juntada aos autos do certificado do registro criminal também é apta a formar pré-juízos de culpabilidade em desfavor do arguido. Em virtude do direito ao silêncio, este não tem obrigação de responder acerca de seus antecedentes criminais,

mas o princípio do respeito pela sua decisão de vontade é violado na medida em que o tribunal tem acesso ao certificado do seu registro criminal, antes mesmo de decidir sobre a questão da culpabilidade. Acredita-se que a questão restaria isenta de críticas se o acesso ao certificado do registro criminal ocorresse apenas depois do arguido ser declarado culpado, para fins de produzir efeitos na determinação da sanção penal.

Por fim, outro ponto digno de nota na fase de julgamento diz respeito às consequências que a confissão válida, parametrizada por todas as exigências do art. 344º do CPP, reverbera no princípio da presunção de inocência. Uma vez que a confissão válida e sem reservas tem o condão de fazer-se considerar como verdadeiros os fatos alegados na tese acusatória, sem a necessidade de produção de provas do Ministério Público para tanto, conclui-se, pois, que essa conduta do arguido caracteriza renúncia à presunção de inocência enquanto “norma probatória” e como “norma de juízo”, mais especificadamente no seu desdobramento do *in dubio pro reo*. Pondera-se, todavia, que a presunção de inocência continua plenamente válida enquanto “norma de tratamento” e “norma de juízo” no seu desdobramento do *favor rei*.

Analisada a incidência do “estado de inocência” do arguido nas fases de inquérito, instrução e julgamento, conclui-se que o princípio da presunção de inocência não comporta descontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das sucessivas instâncias formais de controle.

É cediço que existe entendimento doutrinário divergente, no sentido de defender uma visão gradualista da presunção de inocência. Alega-se que o avançar da persecução penal é parametrizado por uma sequência de decisões desfavoráveis ao arguido (v. g., dedução da acusação, despacho de pronúncia), que são embasadas em alto grau de probabilidade de autoria e materialidade, o que conduziria ao enfraquecimento do estado de inocência do arguido na fase de julgamento.

Entende-se que apesar da existência de juízos indiciários em desfavor do arguido (dedução de acusação e despacho de pronúncia – nas situações em que houver instrução), é justamente na fase de julgamento que a presunção de inocência incide com maior vigor, haja vista que a sentença condenatória, ainda que recorrível, exige um grau de certeza quanto ao mérito da causa que impere sobre qualquer dúvida razoável. A simples progressão persecutória não configura garantia de decisão condenatória.

Rechaça-se, pois, a visão gradualista da presunção de inocência, por considerar-se inadmissível que a simples prossecução do processo penal seja apta a amortecer o direito fundamental à inocência. O preceito constitucional é enfático em assegurar o princípio da presunção de inocência até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Somente neste momento se opera a “certeza” exigida constitucionalmente para que seja afastado o “estado de inocência” do arguido. A dedução de acusação e o despacho de acusação representam apenas a conclusão de mais uma fase da persecução penal. O constituinte, consciente de todo o trâmite do processo penal, optou por assegurar o “estado de inocência” até a decisão da última instância judicial. Essa opção representa a conjugação dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana, da presunção de inocência e do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Paulo Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal: à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4 ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011

_____. Os princípios estruturantes do processo penal português – que futuro? In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 419-440.

ALEXANDRINO, Jose Melo. A natureza variável dos Direitos Humanos: Uma perspectiva da dogmática jurídica. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.107-132.

ALVES, Sílvia. *Punir e Humanizar: o direito penal setentista*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, Fundação para a ciência e a tecnologia, 2014.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Bruscamente no verão passado: a reforma do Código de Processo Penal*. Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente. Coimbra: Coimbra Editora, 2009

_____. Consenso e oportunidade – reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, ps. 319-358.

_____. ANDRADE, Manuel da Costa. *Nemo tenetur se ipsum accusare* e direito tributário. Ou a insustentável indolência de um acórdão (nº340/2013) do Tribunal Constitucional. In *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nov-dez. 2014, Ano 144, n. 3989, p.121-158.

_____. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

ANTÓN, Tomás Vives. El proceso penal de la presunción de inocencia. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 27-39. Coimbra: Almedina, 2004.

ANTUNES, Maria João. *Consequências jurídicas do crime*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2015

_____. Direito ao silêncio e leitura em audiência de declarações do arguido, in *Sub Judice*, nº 4, 1992, p. 25 e ss.

_____. ANTUNES, Maria João. Direito Processual Penal – “direito constitucional aplicado”. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 745-754.

_____. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2016

_____. O segredo de justiça e o direito de defesa do arguido sujeito a medida de coação, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 1237-1268.

ARAÚJO, Dyellber Fernando de Oliveira. Institutos penais de emergência – “novas” fórmulas para velhos dilemas – Uma análise dos novos estudos de política-criminal volatada aos indesejados pela sociedade. In: ANDRADE, Manuel da Costa; NEVES, Rita Castanheira. (coords.). *Direito Penal de hoje: novos desafios e novas respostas*. Coimbra: Coimbra, 2009, p.145-182.

ARIAS, Esteban Romero. *La Presuncion de Inocencia*. Estudio de alguna de las consecuencias de la constitucionalizacion de este derecho fundamental. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1985

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito Processual Penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008

_____. Ônus da prova no habeas corpus: *In dubio pro libertate*. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (coord.). *Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 227-251.

_____. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais LTDA, 2003

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 6.ed. São Paulo: Martin Claret, 2014

BELEZA, Tereza Pizarro. Prisão preventiva e direitos do arguido. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 671-685.

BELTRAMELLI NETO, Silvio. *Direitos Humanos*. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015

BENTO, Messias José Caldeira. Refletindo sobre o poder dos juízes. In: *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 275-300.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 17 ed. São Paulo: Saraiva (versão e-book), 2012

BOLINA, Helena Magalhães. Razão de ser, significado e consequências do princípio da presunção de inocência (art.32º, nº2, da CRP). *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, VOL. IXX (Separata), Estudos nos Cursos de Mestrado*, 1994, p. 433-461.

BRANDÃO, Cláudio. Francisco da Vitória e a raiz dogmática do Direito Penal. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.327-346.

BRANDÃO, Nuno. A nova face da instrução. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 18, n.2 e 3, p.227-255., abr./set. 2008.

_____. Era uma vez o princípio da concentração temporal? Notas sobre a revisão do artigo 328º do CPP. In *Revista Julgar*. N.28, 2016, p. 107-124.

_____. Medidas de coação: o procedimento de aplicação na revisão do Código de Processo Penal. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 18, n. 1, p.81-106, jan./mar. 2008

Brasil. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia>>, acesso em: 15-06-2016.

_____. <http://www.senado.gov.br/atividade/mateira/detalhes.asp?p_cod_mate=102115> acesso em 27/02/2017

_____. <http://www.cidh.org/annualrep/2004sp/Brasil.11634.htm>.> acesso em 07/06/2016

_____. <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/81192-aprovada-resolucao-que-regulamenta-as-audiencias-de-custodia> acesso em 20-12-2016.

_____. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp>, acesso em 07/06/2016

_____. Ministério da Justiça:Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/ministerio-da-justica-apoia-projeto-de-audiencia-de-custodia-de-presos>> acesso em 07/06/2016.

_____. <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/prende-primeiro-pergunta-depois-2548.html>, acesso em 07/12/2016.

_____.<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/02/b5718a7e7d6f2edee274f93861747304.pdf>> acesso em 27/02/2017

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas-corpus nº 128880, da 2º Turma do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Gilmar Mendes. Pate: Renan Fernandes Ricobello Quero. Impte.: Rodrigo Corrêa Godoy. Coator: Relator do HC nº 320641 do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, 27 de outubro de 2015. Lex: jurisprudência do STF.

BRONZE, Fernando José. *A metonimologia entre a semelhança e a diferença*. Coimbra: coimbra editora, 1994

_____. *Lições de Introdução ao Direito*. 2 ed. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Medo, direito penal e controle social: o paradigma da segurança cidadã e a criminalização da pobreza em face do

processo de expansão do direito punitivo. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 18, vol. 87, nov./dez./2010, p.277-297

CAMARGO, Monica Ovinski de. *Princípio da presunção de inocência no Brasil: o conflito entre punir e libertar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Volume I. 3 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. Ed (17. Reimpressão). Coimbra: Almedina, 2003.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, versão e-book.

CARMO, Rui do. Algumas notas sobre o encerramento do inquérito. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 103-116.

CARNELUTTI, Francesco; *As Misérias do Processo Penal*. São Paulo: Editora Nilobook, 2013

CARVALHO, Américo A. Taipa de. *Sucessão de leis penais*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Eles, os Juízes Criminais, vistos por nós, os Juízes Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CASARA, Rubens R. R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015

CASTRO, Jorge. Ainda a presunção de inocência. In *SCIENTIA IURIDICA (Revista de direito comparado português e brasileiro)*. Tomo LVIII, nº.317, p.511-539., jan./mar. 2009.

CAVALEIRO FERREIRA, *Curso de Processo Penal*. Lisboa : Editora Danúbio, 1986

CHOUKR, Fauzi Hassan. Modelos Processuais Penais. Apontamentos para a análise do papel do juiz na produção probatória. In SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel el (coord.). *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 211-222.

CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crime*. Traduzido por André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2013

CORREIA, Eduardo. *Direito Criminal*. Vol. II. Reimp. Coimbra: Almedina, 2014.

COSTA, Eduardo Maia. A presunção de inocência do arguido na fase de inquérito. In *Revista do Ministério Público*. Ano 23, n.92, p.65-79., out./dez. 2002.

COSTA, Joana. O princípio nemo tenetur na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In: *Revista do Ministério Público*. Lisboa. ISSN 0870-6107. Ano 32, N. 128, 2011, p.117-183

COSTA, José de Faria. *Beccaria e o direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2015

_____. *Linhas de Direito Penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005

_____. *Noções Fundamentais de Direito Penal (Fragmenta iuris poenalis)*. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2015

_____. *O perigo em direito penal*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

CROZARA, Rosberg de Souza. O juiz penal, a função contramajoritária dos direitos fundamentais e a presunção de inocência. In SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel el (coord.). *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 519-528.

DIAS, Augusto Silva; RAMOS, Vânia Costa. *O direito à não autoinculpação (nemo tenetur se ipsum accusare) no processo penal e contraordenacional português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *Supervisão, Direito ao Silêncio e Legalidade da Prova*. Coimbra: Almedina, 2009

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 2013

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processo Penal*. 1. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2004

_____. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Seção de Textos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1988-89

_____. O defensor e as declarações do arguido na instrução preparatória. In *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano 18, 1971, p.159-226.

_____. *O novo Código de Processo Penal*. Boletim do Ministério da Justiça. Lisboa, 1987

_____. Para uma reforma global do processo penal português (da sua necessidade e de algumas orientações fundamentais). In: *Para uma nova justiça penal*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 191-242.

_____. Por onde vai o Processo Penal português: por estradas ou por veredas? In *As conferencias do Centro de Estudos Universitários*. Coimbra: Almedina, 2014, p.49-88

_____. Sobre os Sujeitos Processuais no Código de Processo Penal, *In: Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, ps. 3-34.

DOTTI, René Ariel. Jurisprudência e Direito Penal. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 14, n. 58, jan./fev. 2006, ps. 195-204.

FELDENS, Luciano. *Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado (versão e-book), 2012

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4 ed. Tradução Juarez Tavares, Luiz Flavio Gomes, Ana Paula Zomer Sica e Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção de inocência e a construção da verdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: Nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2014

GARAFOLI, Vincenzo. Presunzione d'innocenza e considerazioni di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, out./dez. 1998, p. 1168-1200.

GARCIA, Bruna Pinotti; LAZARI, Rafael de. *Manual de Direitos Humanos*. 2 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2015

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. In BATISTA, Nilo (coord.). *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 71-94, ano 17, n. 19/20, p. 1º semestres de 2002, p. 85

GASPAR, António Henriques. As exigências da investigação no processo penal durante a fase de instrução. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 87-101.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2016

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Risco e processo penal: uma análise a partir dos direitos fundamentais do acusado*. 2 ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991

GONÇALVES, Fernando; ALVES, Manuel João. *Crime. Medidas de Coação e Prova: o agente infiltrado, encoberto e provocador*. Coimbra: Almedina, 2015

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, versão e-book

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Constituição, Ministério Público e Direito Penal: a defesa do estado democrático no âmbito punitivo*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010

_____. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

HAARSCHER, Guy. *A filosofia dos direitos do homem*. Traduzido por Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget, 1993

HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2. Ed. 1 reimp. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

_____. *Direito Penal Libertário*. Traduzido por Regina Greve. Belo Horizonte: editora Del Rey, 2007.

_____. Processo Penal e Direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 15-25. Coimbra: Almedina, 2004.

HOMEM, António Pedro Barbas. Do Direito Natural aos Direitos do Homem. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.73-106.

JESUS, Francisco Marcolino de. Os Meios de Obtenção da Prova em Processo Penal. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2016

LEAL, José Manuel Pires. O sentimento de insegurança na discursividade sobre o crime. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 17, n.º3, 2007, p.475-503

LEAL, Rui da Silva. Eu sou arguido... amanhã. Os direitos de garantia. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 117-126

LEMONS, Carolina Barreto; SILVA, Carlos Augusto Canêdo Gonçalves. Crime e Risco. Os novos rumos do Direito Penal: uma política criminal de defesa social. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 20, vol. 97, jul/ago./2012, p.393-419

LINHARES, José Manuel Aroso. Juízo ou decisão? Uma interrogação condutora no(s) mapa(s) do discurso jurídico contemporâneo. In BRONZE, Fernando José; LINHARES, José Manuel Aroso; MARQUES, Mário Alberto Reis; GAUDÊNCIO, Ana Margarida Simões (coords.). *Juízo ou decisão? O problema da realização jurisdicional do direito*. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016

LOPES JR, Aury; PAIVA, Caio. Audiência de custódia e a imediata apresentação do preso ao juiz: rumo à evolução civilizatória do processo penal. In *Revista Liberdades* n.º.17, set./dez. 2014, p. 11-23.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. *Direito Processual Penal*. 10 ed. São Paulo: Saraiva (versão e-book), 2013

_____. *Introdução crítica ao processual pena: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro; Lumen Juris, 2004.

LOPES, José António Mouraz. *A Tutela da Imparcialidade Endoprocessual no Processo Penal Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. *Garantia Judiciária no Processo Penal: Do Juiz e da instrução*. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MARQUES, Mário Reis. *Introdução ao direito*. Vol. I, 2 ed. Coimbra, Almedina: 2007

_____. O itinerário jusnaturalista dos direitos humanos da “primeira geração”. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 187-229.

MARTINS, Joana Boaventura. *Da valoração das declarações de arguido prestadas em fase anterior ao julgamento*. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MATTA, Paulo Saragoça da. A livre apreciação da prova e o dever de fundamentação da sentença. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 221- 279. Coimbra: Almedina, 2004.

MENDES, Paulo de Sousa. O regime de alteração substancial de factos no processo penal. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 755-768.

_____. As proibições de prova no processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 129-154. Coimbra: Almedina, 2004.

_____. *Lições de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 2015.

MESQUITA, Paulo Dá. A utilidade probatória no julgamento das declarações processuais anteriores do arguido e a revisão de 2013 do Código de Processo Penal. In *As alterações de 2013 aos Código Penal e Processo penal: uma Reforma cirúrgica?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 133 e ss.

_____. Alguns sinais sobre tendências actuais do processo penal português – convergências metodológicas sobre o contraditório, a prova, a imediação e a confiança nos juízes. In *Revista Julgar*. N.25, 2015, p. 109-144.

_____. *Processo penal, prova e sistema judiciário*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MIRZA, Flávio. Novos paradigmas da prisão preventiva: um claro retrocesso. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 24, vol. 122, ago./2016, p.115-134.

MONTEIRO, Cristina Líbano Monteiro. *Perigosidade de inimputáveis e in dubio pro reo*. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora: 1997

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

MOURA, Adriano Souto. A investigação e suas exigências no inquérito. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 73-86.

MOURA, José Souto de. A questão da presunção de inocência do arguido. In *Revista do Ministério Público*. Ano 11, n.42, p.31-47., abril/jun. 1990

MOUROS, Maria de Fátima Mata, *Direito à inocência – Ensaio de processo penal e jornalismo judiciário*. Estoril: Príncípia Editora, 2007.

NERY JÚNIOR, Nelsn; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. 1 ed. em e-book baseada na 5 ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014

NEVES, A. Castanheira. Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema – os modelos actualmente alternativos da realização jurisdicional do direito. In *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. LXXIV. Coimbra: Coimbra Editora, 1998

_____. *Sumários de processo criminal*. Coimbra: edição policopiada, 1967-1968

NEVES, Rosa Vieira. *A livre apreciação da prova e a obrigação de fundamentação da convicção* (na decisão final penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2011

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado: estudo integrado com direito penal e execução penal : apresentações esquemáticas da matéria*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

OLIVEIRA, Luciano. A Lei é o que o Senhor Major Quiser! Algumas Achegas Sociológicas ao Princípio da Legalidade no Brasil. *Princípio da Legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco; ADEODATO, João Maurício (Coords.). Rio de Janeiro: Forense, 2009

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Empório do Direito, 2015

PALMA, Maria Fernanda. Acusação e pronúncia num direito processual penal de conflito entre a presunção de inocência e a realização da justiça punitiva. In *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*. Vol.II, p. 267- 281.Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

_____. O problema penal do processo penal. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 41-53. Coimbra: Almedina, 2004

PARDO, Miguel Angel Montañés. *La Presunción de Inocencia: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial*. Pamplona:Aranzadi Editorial, 1999.

PATRÍCIO, Rui. Imparcialidade e Processo Penal: Três Problemas. In *Revista Julgar*. N.30, 2016, p. 41-61

_____. O direito fundamental à presunção de inocência (revisitado – a propósito do novo Código de Processo Penal de Cabo Verde). In *Revista do Ministério Público*. Ano 26, n.104, p.119-138., out/dez. 2005

_____. *O principio da presunção de inocência do arguido na fase do julgamento no actual proceso penal português* (alguns problemas e esboço para uma reforma do proceso penal português). 2º reimp. Lisboa: Associação Académica da Faculdade Direito Lisboa, 2004

PEREIRA, Rui. A Reforma do Processo Penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Direito Penal e de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 225-238.

_____. O domínio do inquérito pelo Ministério Público. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 119-131. Coimbra: Almedina, 2004.

PIMENTA, José da Costa. *Processo penal: sistema e princípios*. Tomo I. Lisboa: Livraria Petrony, 2004

PINHEIRO, Rui; MAURÍCIO, Artur. *A Constituição e o Processo Penal*. 1. ed. reimp., Coimbra: Coimbra Editora, 2007

PORFÍRIO, Geórgia Bajer Fernández de Freitas. *A tutela da liberdade no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 2005

Portugal, Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 03P1493, de 21-05-2003, Relator Henriques Gaspar, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Supremo Tribunal de Justiça

_____. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, processo nº 06P2315, de 28-06-2006, Relator Pereira Moreira, julgado à unanimidade pelo Supremo Tribunal de Justiça

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 32/07.8TACNT.C1, , de 12-05-10, Relator José Eduardo Martins, julgado à unanimidade pela 5º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 130/13.9TAIDN.C1, de 25-02-15, Relator Orlando Gonçalves, julgado à unanimidade pela 4º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, processo nº 58/12.0GBSBG.C1, de 28-01-15, Relatora Olga Maurício, julgado à unanimidade pela 4º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Coimbra

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 1083/13.9GDSTB.E1, de 02-06-15, Relator Fernando Pina, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Évora

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 1373/14.3PBSTB-A.E1, de 03-03-15, Relatora Ana Barata Brito, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Évora

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, processo nº 417/14.3JDLSB.E1, de 24-05-16, Relator António João Latas, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Évora

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 831/11.6TAFAP.G1, de 17-02-14, Relator Maria Luísa Arantes, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, processo nº 47/13.7TAGMR-A.G1, de 20-02-17, Relator António Sobrinho, julgado à unanimidade pela Seção Criminal do Tribunal da Relação de Guimarães.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, processo nº 3555/09.TDLSB.L1-5, de 16-11-10, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 5º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Lisboa.

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 192/11.3GCVPA.P1, de 06-11-13, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 1º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 502/12.6PJPRT.P1, de 14-01-15, Relator Eduarda Lobo, julgado à unanimidade pela 1º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 866/14.7PDVNG.P1, de 07-12-16, Relator Manuel Soares , julgado à unanimidade pela 4º Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto

_____. Acórdão do Tribunal da Relação de Porto, processo nº 202/13.0GAVLC.P1, de 28-10-15, Relator Neto de Moura, julgado à unanimidade pela 1ª Seção Criminal do Tribunal da Relação de Porto;

PRADO, Geraldo; CASARA, Rubens R. R. Eficientismo Repressivo e Garantismo Penal: dois exemplos de ingenuidade na seara epistemológica. In BATISTA, Vera Malaguti (coord.). *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Editora Revan, p. 67-74, ano 17, n. 19/20, p. 1º e 2º semestres de 2012.

PRADO, Geraldo. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In SCARPA, Antonio Oswaldo; HIRECHE, Gamil Foppel el (coord.). *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. 2 ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 691-717.

_____. Parecer. Avaliação e Valoração da Prova no Processo Penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *V Congresso de Direito Penal e de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 209-227.

PUENTE, Ana María Ovejero. *Constitución y Derecho a la Presunción de Inocencia*. Valencia: Tirant to blanch, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

RAMOS, Vânia Costa. *Corpus Juris 2000: imposição ao arguido de entrega de documentos para prova e nemo tenetur se ipsum accusare*. In: *Revista do Ministério Público*. ISSN 0870-6107. Ano 28, N. 109, 2007, p.57-96.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18 ed. versão e-book. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

RÊGO, George Browne. Pragmatismo e Direitos Humanos: uma abordagem interdisciplinar. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 231-262.

RISTORI, Adriana Dias Paes. *Sobre o silêncio do arguido no interrogatório no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROCHA, João Luís de Moraes. *Ordem pública e liberdade individual: um estudo sobre a prisão preventiva*. Coimbra: Almedina, 2005.

RODRIGUES, Anabela Miranda. As relações entre o Ministério Público e o Juiz de Instrução Criminal ou a matiz de um processo penal europeu. In MONTE, Mário Ferreira e outros (coord.). *Que futuro para o direito processual penal*. Simpósio em Homenagem a Jorge de Figueiredo Dias, por ocasião dos 20 anos do Código de Processo Penal Português. Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 709-724.

_____. O Inquérito no novo Código de Processo Penal. In: *Jornadas de Direito Processual Penal: O Novo Código de Processo Penal*, Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 59-80

_____. A fase preparatória do processo penal – tendências na Europa. O caso português, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, STVDIA IVRIDICA, 61, p. 941 e ss.

SANCHEZ, Javier; GÓMEZ-TRELLES, Vera. *Variaciones sobre la presunción de inocencia: Análisis funcional desde el Derecho penal*. Madri: Marcial Pons, 2012.

SÁNCHEZ, Jesus María Silva. *Perspectivas sobre la política criminal moderna*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, S/A, 1988

_____. *Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo*. Vol. VII. Tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011

SANGUINÉ, Odone. Efeitos perversos da prisão cautelar. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 18, nº.86. São Paulo: Revista dos Tribunais: set./out. 2010, p. 289-335.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2015

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Decisão Penal Negociada. In *Revista Julgar*. N.25, 2015, p. 145-160.

_____. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado. In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 17, n.3, p.459-474., jul./set. 2007.

_____. *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014

_____. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal de adultos em Portugal. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.85 e ss.

_____. *O crime de colarinho branco* (Da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal). Coimbra: Coimbra Editora, 2001

_____. Prisão preventiva – Habeas corpus – Recurso ordinário (Acórdão do Supremo Tribunal de Jística de 20 de fevereiro de 1997). In *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, ano 10, p.303-312, abr./jun. 2000

SCHUNEMANN, Bernd. Audiência de instrução e julgamento: modelo inquisitorial ou adversarial? Sobre a estrutura fundamental do processo penal no 3º milênio. In: SCHUNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 222-261.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de Processo Penal* Vol. II. 4. ed. Lisboa: Editora Verbo, 2008.

_____. *Direito Processual Penal Português - Do procedimento (marcha do processo)*. Vol. III. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014.

_____. *Direito Processual Penal Português – Noções Gerais, Sujeitos Processuais e Objeto*. Vol. I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2013.

_____. Notas soltas sobre as Alterações de 2007 ao Código de Processo Penal Português. In CARVALHO, L. G. Grandinetti Castanho de (Org.). *Processo Penal do Brasil e de Portugal. Estudo comparado: as reformas portuguesas e brasileira*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 71-93.

_____. Os novos desafios do processo penal. In VALENTE, Manuel Monteiro Guedes (coord.). *II Congresso de Direito Penal e de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 295-309.

_____. Princípios gerais do processo penal e Constituição da República Portuguesa, Direito e Justiça. In *Revista Direito e Justiça*. Vol. III, 1987-1988, p. 163 a 177.

SILVA, Monica Paraguassu Correia da. *Presunção de Inocência: uma questão de princípio de vingança e de princípio de justiça*. Niterói: Editora da UFF, 2011

SILVEIRA, Jorge Noronha. O conceito de indícios suficientes no processo penal português. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 155-181. Coimbra: Almedina, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Labirinto penal e o caso brasileiro. In HOMEM, António Pedro Barbas; BRANDÃO, Cláudio (org.) *Do Direito Natural aos Direitos Humanos*. Coimbra: Almedina, 2015, p.347-388.

SOUSA, Luís Filipe Pires. *Prova por Presunção no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2017

SOTELO, José Luis Vazquez. *Presunción de inocencia del imputado e intima convicción del Tribunal*. Barcelona: Bosch, 1984

STRECK, Lenio Luiz. A presunção de inocência e a impossibilidade de inversão do ônus da prova em matéria criminal: os Tribunais Estaduais contra o STF. In *Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná*. Ano 2, nº.3, p.201-220., dez./2015.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise – uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

SZESZ, André. *O juízo de periculosidade na prisão preventiva*. Belo Horizonte: Fórum, 2014

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TEIXEIRA, Carlos Adérito. “Indícios Suficientes”: Parâmetro de Racionalidade e “Instância” de legitimação concreta do poder de acusar. In *Revista do CEJ*. N. 1, p. 151-190. 2º semestre 2004.

TONINI, Paolo, *La Prova Penale*. (s.l) : Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2000, p. 31.

TÓPOR, Klayton Augusto Martins; NUNES, Andréia Ribeiro Nunes. *Audiência de custódia: controle jurisdicional da prisão em flagrante*. São Paulo: Empório do Direito, 2015.

TORRES, Jaime Vegas. *Presunción de inocência y prueba en el proceso penal*. Madri: La Ley, 1993

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 3 Vol. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2010

VEIGA, Catarina. *Considerações sobre a relevância dos antecedentes criminais do arguido no processo penal*. Coimbra: Almedina, 2000.

VEIGA, Raul Soares. O juiz de instrução e a tutela de direitos fundamentais. In: PALMA, Maria Fernanda (coord.). *Jornadas de Direito Processual Penal e Direitos Fundamentais*. p. 183-220. Coimbra: Almedina, 2004.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres : a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3 ed. Traduzido por Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3 ed. Traduzido por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2014

_____. ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal: parte general*. Buenos Aires: Ediar, 2002