

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

Bruno Massing de Oliveira

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO “VERDADE” INICIAL DO
PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: DELIMITAÇÃO DA
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO BRASILEIRO**

Passo Fundo

2018

Bruno Massing de Oliveira

**A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO “VERDADE” INICIAL DO
PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: DELIMITAÇÃO DA
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Mestrado em Direito, na Linha de Pesquisa Relações Sociais e Dimensões de Poder, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Passo Fundo

2018

Bruno Massing de Oliveira

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO “VERDADE” INICIAL DO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO: DELIMITAÇÃO DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO NO DIREITO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, do Mestrado em Direito, na Linha de pesquisa Relações Sociais e Dimensões de Poder, da Universidade de Passo Fundo, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito, sob a orientação do Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan.

Aprovada em _____ de _____ de _____.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan – UPF

Prof. Dr. _____ – _____

Prof. Dr. _____ – _____

Aos meus pais, Miriam e Silvio, que, desde cedo, com muita garra e luta, incentivaram e possibilitaram que os meus sonhos e os dos meus irmãos fossem alcançados por meio do estudo. E à Carla e ao Bento. À Carla, por sempre ter tido a compreensão de me esperar, com um sorriso no rosto, após as horas diárias de estudo que dediquei ao Mestrado, além das horas diárias que eu já dedicava ao meu trabalho, e, em especial, por ter me dado o Bento, que mudou incrivelmente as nossas vidas para melhor! E, ao Bento, que veio ao mundo durante a realização destes estudos, simplesmente por existir e me proporcionar saber o quanto a paternidade é algo bom e o quanto é recompensador saber que aquele “serzinho” depende um pouco de nós! Amo vocês!

Agradeço aos servidores e estagiários da 2ª Vara Criminal e do Juizado da Infância e da Juventude de Carazinho, em especial à Vivi e à Aline, por terem sido a minha retaguarda durante a realização destes estudos, permitindo que eu me ausentasse por algumas horas do Fórum de Carazinho durante a tarde para comparecer às aulas em Passo Fundo.

Agradeço, também, aos Colegas do Mestrado, pela amizade de nossa convivência diária e pelos interessantes debates realizados, que me possibilitaram saber o quanto somos diferentes e parecidos ao mesmo tempo no modo de pensar o mundo. Agradeço, ainda, aos Professores do Programa de Pós-Graduação da UPF, por terem “aberto as nossas mentes” e instigado o estudo e a pesquisa como modo prévio para emitir opiniões a respeito do sistema jurídico e das consequências que dele advêm. Agradeço, por fim, ao meu orientador, Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan, pela orientação dada e por incentivar em mim e nos seus demais alunos e orientandos que saiam do que é trivial na pesquisa jurídica, a fim de que os nossos trabalhos não se limitem a reproduzir os tradicionais argumentos já repetidos pela doutrina.

*A educação de todos, e principalmente a do juiz, há de preparar não para dominar, mas para condicionar, melhorar, compreender, inscrevendo em cada pessoa a consciência antropológica, a consciência ecológica, a consciência cívica terrena e a consciência espiritual da condição humana. O juiz do século XXI precisa ser o alicerce da compreensão. E, para isso, ele precisa apreender o que é compreensão (NALINI, José Renato. A formação do juiz e seu relacionamento com as partes, servidores e a imprensa. In: Estudo permanente da administração da justiça. **Revista CEJ**, Brasília, n. 13, pp. 162-170, jan./abr., 2001).*

RESUMO

O presente estudo versa sobre a delimitação da aplicação do princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro, ou seja, em que momento a garantia começa a produzir seus efeitos e em que momento ela os deixa de produzir. Menciona, inicialmente, a função dos princípios jurídicos para que se tenha um Estado Democrático de Direito, o papel dos princípios do processo penal para o julgamento do caso penal, a evolução do princípio da presunção de inocência durante os sistemas processuais e como a presunção de inocência deve ser entendida para que se tenha máxima eficácia desse direito fundamental. Após, num segundo momento da pesquisa, destaca as funções da presunção de inocência, como “norma probatória”, “norma de juízo” e “norma de tratamento”. Para tanto, examina a atividade do magistrado na gestão da prova, o encargo probatório no processo penal, como o juiz deve decidir o caso penal caso não comprovados os fatos alegados pela acusação e a prisão processual como meio previsto no sistema jurídico de excepcionar a presunção de inocência. Analisa a produção de efeitos da presunção de inocência durante os atos administrativos, durante os atos de investigação preliminar e os demais atos pré-processuais, durante o processo penal e durante a execução da pena. Ao final, a pesquisa conclui que o núcleo essencial da presunção de inocência vai desde os atos administrativos até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, período em que a garantia mais deve atuar para limitar o poder do Estado.

Palavras-chaves: Delimitação. Presunção de inocência. Processo penal. Princípio.

ABSTRACT

The present study deals with the delimitation of the application of the principle of presumption of innocence in the Brazilian criminal procedure, that is, at what moment the guarantee begins to produce its effects and at what point it stops them from producing. It mentions, initially, the role of the legal principles for a democratic state of law, the role of the principles of criminal procedure in criminal proceedings, the evolution of the principle of the presumption of innocence during procedural systems and the presumption of innocence must be understood in order to maximize the effectiveness of this fundamental right. Then, in a second moment of the research, it highlights the functions of presumption of innocence, as “probative norm”, “norm of judgment” and “norm of treatment”. In order to do so, it examines the activity of the magistrate in the management of evidence, the burden of proof in criminal proceedings, as the judge must decide the criminal case if the facts alleged by the prosecution are not proven and the procedural arrest as a means provided in the legal system to exclude the presumption of innocence. It analyzes the effects of the presumption of innocence during the administrative acts, during the preliminary investigation acts and other pre-procedural acts, during the criminal proceedings and during the execution of the sentence. In the end, the research concludes that the essential nucleus of the presumption of innocence ranges from administrative acts to the final *res judicata*, where the guarantee must act to limit the power of the state.

Key Words: Criminal proceedings. Delimitation. Presumption of innocence. Principle.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	12
1.1 Os Princípios Jurídicos e a Importância de sua Aplicação para o Estado Democrático de Direito	12
1.2 Os Princípios do Processo Penal como Instrumento para a Persecução Criminal Constitucional	19
1.3 Da Presunção de Culpabilidade à Presunção de Inocência	26
1.4 A Presunção de Inocência como “Verdade” Inicial do Processo Penal Democrático	36
2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO PRESUNÇÃO E ENQUANTO MEIO DE ASSEGURAR A LIBERDADE DAS PESSOAS NO PROCESSO PENAL	40
2.1 A Presunção de Inocência e a Gestão da Prova (“Norma Probatória” e “Norma de Juízo”)	41
2.2 A Presunção de Inocência e o Ônus Probatório	52
2.2.1 A Presunção de Inocência enquanto Regra de Instrução (“Norma Probatória”).....	54
2.2.2 A Presunção de Inocência enquanto Regra de Julgamento (“Norma de Juízo”)	59
2.3 A Presunção de Inocência e a Prisão Processual (“Norma de Tratamento”) ...	66
3 DELIMITAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O NÚCLEO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	79
3.1 A Presunção de Inocência durante o Ato Administrativo	79
3.2 A Presunção de Inocência durante a Investigação Preliminar e os Procedimentos Pré-Processuais	86
3.3 A Presunção de Inocência durante o Processo Penal (Uma Resposta Hermenêutica para a Execução Provisória da Pena de Prisão)	98
3.4 A Presunção de Inocência durante a Execução da Pena	109
CONCLUSÃO	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	120

INTRODUÇÃO

Em 17 de fevereiro de 2016, o STF decidiu que o acusado Márcio, o qual havia sido condenado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo à pena de 5 e 4 meses de reclusão pela prática do crime de roubo majorado, deveria iniciar imediatamente o cumprimento de sua sanção. Essa pessoa estava em liberdade desde a data da prática do crime, ou seja, a decisão que determinou sua prisão foi fundamentada simplesmente no esgotamento da jurisdição prestada pelo Tribunal de Justiça. Contra a decisão condenatória, a defesa de Márcio havia interposto recurso especial e extraordinário para as Cortes Superiores brasileiras.

O caso citado acima trata-se do julgamento pelo STF do HC 126292, que, modificando o entendimento anterior da Corte, passou a orientar a jurisprudência de todo País, para permitir que as penas de prisão sejam executadas já a partir do término da jurisdição dos Tribunais de Segunda Instância: a chamada execução provisória da pena de prisão. É o entendimento que prevalece, atualmente, na Suprema Corte brasileira.

O novo posicionamento do STF trouxe à tona uma série de críticas à decisão prolatada. Umas favoráveis, que dizem ter ela proporcionado uma maior efetividade ao sistema jurídico-penal, considerando o grande número de recursos que podem ser interpostos após as decisões prolatadas pelos Tribunais de Segundo Grau. E outras desfavoráveis, que sustentam não haver argumento jurídico no sistema processual brasileiro para se antecipar a execução da pena de prisão, além de acarretar, como consequência, um aumento do número de pessoas presas no falido sistema prisional brasileiro.

A partir disso, constatou-se a importância do tema a ser estudado. Refletiu-se que o que está por detrás dessa celeuma é o alcance da garantia da presunção de inocência, que é um dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição no sistema processual penal garantista.

Caso se pergunte para qualquer pessoa do povo, com o mínimo de senso democrático, o modo como um réu acusado de crime deve ser tratado, sem que exista ainda

sentença penal que delibere a respeito da culpabilidade do réu, a resposta, na imensa maioria dos casos, será uma só: deve ser tratado como inocente. Não precisa ser profissional do direito, portanto, para saber que mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente, pois o prejuízo de se condenar um inocente e fazê-lo cumprir uma pena de prisão (a maior das restrições da liberdade) é irreparável.

Enfim, a presunção de inocência trata de importante postulado democrático. Ela acompanha a ideia empírica que temos de fazer justiça, pois não deixa que nosso senso crítico concorde com a possibilidade de se condenar uma pessoa inocente num processo criminal. Por isso, ela está prevista na Constituição Federal como um direito fundamental a ser alcançado a todos, em especial aos acusados de crimes.

Diante desse contexto, surgiu a ideia de se fazer um estudo cujo objetivo é saber se existe um núcleo essencial do princípio da presunção de inocência no processo penal. A palavra núcleo aqui é empregada no sentido de conhecer se há um momento no Estado Democrático de Direito em que o Estado, enquanto órgão regulador das relações sociais, não pode abrir mão da garantia e deixar de tratar a pessoa como efetivamente inocente.

Para saber se existe esse núcleo, constatou-se, então, a necessidade de delimitar o princípio da presunção de inocência no processo penal brasileiro. Ou seja: em que momento essa garantia começa a produzir seus efeitos e em que momento ela os deixa de produzir? Trata-se da problemática proposta pelo presente trabalho. Para responder a essa indagação, o trabalho é dividido em três capítulos.

No primeiro deles, são tratadas as variáveis que necessariamente devem anteceder a uma análise aprofundada da presunção de inocência. Por isso, estudar-se-á, nesse momento, os princípios jurídicos e sua importância para o Estado Democrático de Direito. Após, examinar-se-á os princípios do processo penal como instrumento da persecução criminal garantista, ou seja, a função dos princípios do processo penal no sistema jurídico atual. Finalizando a primeira etapa, ingressar-se-á no estudo, em si, do princípio da presunção de inocência, pois será demonstrada a evolução da garantia nos momentos mais relevantes da história processual e, fundamentalmente, a ênfase ou o significado da garantia para se conferir a máxima eficácia a esse direito fundamental.

No segundo capítulo, por sua vez, estudar-se-á as principais funções ou eficácias do princípio da presunção de inocência durante o processo penal. Ver-se-á, nesse momento, a importância da presunção de inocência na gestão da prova processual, ou seja, qual o papel do magistrado no direito probatório, considerando a existência de um estado de inocente. A seguir, analisar-se-á a presunção de inocência e sua relação com o ônus probatório no

processo penal. Isto é, de quem é o encargo probatório no direito processual penal e como o juiz deve decidir o caso penal, considerando novamente aqui a existência de um estado de inocente. Por fim, nessa etapa, verificar-se-á a principal forma de excepcionar a garantia em estudo, que é por meio da prisão processual, que mitiga o princípio como regra de tratamento. O objetivo, nesse ponto, é saber se são legítimos os motivos no Estado Democrático de Direito para excepcionar a garantia durante a prisão processual.

Finalmente, ingressa-se no momento principal da pesquisa, que é delimitar o princípio da presunção de inocência. Nessa etapa, estudar-se-á, inicialmente, a incidência da presunção de inocência durante os atos administrativos, portanto antes mesmo de se falar em processo penal. Após, examinar-se-á a incidência do princípio nos atos de investigação preliminar e nos demais atos pré-processuais, ou seja, os efeitos da garantia naquele momento que antecede a existência de um processo penal, mas em que já existe a imputação, ainda que não-oficial, da ocorrência de um crime a uma pessoa. Posteriormente, analisar-se-á a atuação da garantia durante o processo penal, que é o instante auge do sistema de persecução, por ser o instrumento de que dispõe o Estado para confirmar o estado de inocência ou para formar a culpa do acusado. Aqui, será estudado qual o momento do processo penal em que a garantia deixa de produzir seus efeitos principais: se após o término da jurisdição dos Tribunais de Segundo Instância ou se após o término definitivo do processo penal. Por fim, examinar-se-á a possibilidade de incidência da presunção de inocência durante a execução da pena, quanto a fatos anteriores e posteriores ao término do processo penal.

O objetivo, como se vê, em especial pelo último capítulo, é, ao final desta pesquisa, responder em que momento a presunção de inocência produz os seus principais efeitos e em que momento ela deixa de os produzir. Com essa delimitação, verificar-se-á a possibilidade de se poder falar na existência de um núcleo essencial da garantia.

1 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Antes de a presunção de inocência ser em si estudada, necessário entender que ela é um princípio fundamental do processo penal. Por isso, duas categorias anteriores à presunção de inocência precisam ser entendidas e contextualizadas para seja formado a base para o ingresso no tema central da pesquisa. São elas: os princípios jurídicos e os princípios do processo penal.

Num primeiro momento, assim, serão analisados os princípios jurídicos, notadamente o tipo de direitos a que os princípios se referem ao serem positivos, a diferença entre princípios e regras e qual a sua função na prática interpretativa. A resposta a essas questões justificará a importância da sua aplicação para que se tenha um Estado Democrático de Direito.

Após, serão examinados os princípios do processo penal. Nesse ponto, deve-se entender qual a função dos princípios e dos próprios direitos fundamentais para se ter uma persecução criminal constitucional. Aliado isso, virá também uma análise a respeito da crítica à eficácia dos direitos fundamentais no atual contexto social. Tais circunstâncias são de importante entendimento para que se tenha uma resposta jurídica penal correta, ou seja, de acordo com o Estado Democrático de Direito e com a Constituição Federal.

Em seguida, parte-se para o estudo em si do princípio da presunção de inocência. Neste primeiro capítulo, ater-se-á às bases da garantia, que dizem respeito a sua evolução histórica, à origem da expressão, ao seu significado e, principalmente, ao modo como ela deve ser entendida para que consiga exercer o papel de princípio de direito fundamental.

O objetivo é, ao final deste primeiro capítulo, sair-se com um entendimento a respeito da máxima eficácia da presunção de inocência. Isso permitirá com que a garantia trabalhe ao lado dos demais princípios do processo penal para que a persecução criminal seja constitucional.

1.1 Os Princípios Jurídicos e a Importância de sua Aplicação para o Estado Democrático de Direito

Para compreender o significado dos princípios jurídicos e a importância de sua aplicação para o Estado Democrático de Direito, três abordagens merecem ser realizadas. Na primeira delas, ver-se-á que espécie de direitos os princípios positivam. Após, analisar-se-á a

diferença entre regras e princípios, pois isso é relevante para compreender o modo como serão aplicados os princípios. Em seguida, estudar-se-á a função dos princípios na prática interpretativa e sua relação com as regras.

Os direitos fundamentais são anteriores à sua positivação. Eles nascem da ideia de existência de direitos naturais universais, ou seja, políticas e valores inerentes ao homem e que transcendem o tempo e o espaço. Nesse sentido, Norberto Bobbio, ao tratar dos direitos naturais, ensina que “o homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) lhe pode subtrair, e que ele mesmo não pode alienar (mesmo que, em caso de necessidade, ele os aliene, a transferência não é válida) [...]”¹.

Por isso, ideias de igualdade e de humanidade já eram encontradas na antiguidade clássica e na Idade Média.² A própria previsão da Carta Magna de 1215, conquanto se destinasse a proteger direitos corporativos, já permitia a extração de direitos do homem a partir de seus escritos.³

No entanto, como ensina Gomes Canotilho, é com a positivação dos direitos fundamentais que eles assumem eficácia jurídica: “Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional (Grundrechtsnormen).”⁴

Portanto, não é a positivação dos direitos fundamentais, que ocorre com a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem de 1789⁵, que marca o surgimento dessa categoria de direitos. Eles existem antes, como explica a teoria do direito natural, como valores que são inerentes à categoria humana. Contudo, a partir de sua positivação eles passam a receber proteção estatal, ao serem previstos como princípios ou regras.

Há, desse modo, uma constante evolução do reconhecimento dos direitos fundamentais. Se outrora, antes de sua positivação, eles já eram constatados como direitos (naturais), também é verdade que as violações eram constantes e seguiam o costume de determinada época. A título de exemplo, cita-se o estatuto da escravidão⁶, amplamente aceito na antiguidade e no período medieval.

1 BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 28.

2 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, p. 381.

3 CANOTILHO, 2003, pp. 382-383.

4 CANOTILHO, 2003, p. 377.

5 CANOTILHO, 2003, p. 380.

6 CANOTILHO, 2003, p. 380.

Assim, nem todo o direito fundamental reconhecido e positivado atualmente foi considerado essencial em uma época passada: “Também os direitos do homem são direitos históricos, que emergem gradualmente das lutas que o homem trava por sua própria emancipação e das transformações das condições de vida que essas lutas produzem.”⁷

A partir dessas ideias, afirma-se que os princípios jurídicos preveem e positivam os valores ou imperativos sociais e culturais mais essenciais. São direitos considerados tão fundamentais por uma sociedade que ela resolve colocá-los no topo de seu ordenamento jurídico, que é a Constituição Federal.

Nesse momento, surge a primeira função dos princípios jurídicos para a existência do Estado Democrático de Direito: eles preveem e conferem eficácia jurídica aos direitos mais fundamentais, ou seja, as finalidades sociais e culturais almejadas pelo Estado. Ao aplicar os princípios, por consequência, o intérprete concretizará as escolhas fundamentais realizadas pelo Estado de Direito.

Desse modo, não é correto dizer que os princípios jurídicos, ao preverem direitos fundamentais, só são considerados princípios porque estão previstos na Constituição Federal. Eles existem antes disso. Poderiam até nem estar nela. Outros princípios poderiam constar na Carta Magna. No entanto, eles passam a estar porque representam valores considerados essenciais pela sociedade em uma determinada época.

Nesse sentido, é a lição de Alberto Binder, ao assentar que, com o processo de constitucionalização dos Estados, os princípios jurídicos passam a ser “considerados o núcleo de um Estado de direito e por isso foram consagrados em todos os pactos internacionais de direitos humanos.”⁸

No atual contexto do Estado Democrático de Direito, o estudo dos princípios jurídicos é tema que assume ainda maior relevância, considerando a afirmação de parcela da doutrina⁹ de excesso de discricionariedade nas decisões judiciais. A correta aplicação das regras e dos princípios aparece como um modo de limitar o decisionismo discricionário dos julgadores e, por conseguinte, conferir uma resposta jurídica adequada durante a prestação jurisdicional.

Ronald Dworkin¹⁰ explica que a distinção entre regras e princípios é de natureza

7 BOBBIO, 1992, p. 32.

8 BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 42.

9 Por todos, ver Lenio Streck, que afirma que “O resultado é uma espécie de reprimatização das velhas teses das teorias positivistas clássicas e das do neopositivismo que, evidentemente, trazem consigo o mesmo vírus que contamina o legatário: a aposta na discricionariedade judicial para resolver o problema da decisão.” (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 501).

10 DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

lógica. Os dois são considerados enunciados normativos. Mas as regras se diferenciam dos princípios porque são aplicáveis da maneira do tudo-ou-nada: ou uma regra é válida, e, neste caso, ela deve ser aceita, ou uma regra é inválida, hipótese em que ela em nada contribui para a formação da decisão.

Os princípios, por representarem valores e finalidades considerados essenciais pelo Estado, possuem uma dimensão de peso ou de importância, algo que as regras não possuem. Quando os princípios se inter cruzarem, o conflito entre eles deve ser resolvido considerando a força relativa de cada um.¹¹

Constata-se, assim, que a diferença entre princípios e regras está fundamentada no tipo de direito por eles protegidos. Como visto, os princípios tutelarão os valores mais essenciais reconhecidos por determinada sociedade. Nas palavras de Lenio Streck: “os princípios aparecem como os indícios formais (formale Anzeign) que mostram o caminho – legítimo – para a formação do direito.”¹²

Às regras, por sua vez, estarão destinados a tutela não dos direitos mais essenciais, mas sim das condutas que, embora também sejam importantes, mereçam ser disciplinadas de maneira mais específica pelo direito. Por isso, como se verá a seguir, toda regra será fundamentada em um princípio instituidor.

Estabelecida a diferença entre regra e princípio, parte-se agora para o estudo do modo como as regras e os princípios se relacionam e a forma com que eles devem ser aplicados. Isso também contribui para a elaboração de uma resposta jurídica adequada pelo intérprete e, ao mesmo tempo, para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

Segundo Lenio Streck¹³, haverá uma resposta constitucionalmente adequada quando os juízes demonstrarem a legitimidade de suas decisões, o que ocorre mediante a exposição pelo intérprete de que a regra concretizada (norma) é instituída por um princípio. Portanto, a regra deverá ser interpretada de acordo com o princípio jurídico que a legitima.

A aplicação da regra fundamentada em princípio, conforme explicado acima, é o que torna a decisão judicial correta do ponto de vista jurídico¹⁴, porque é por meio dos princípios que se permite que o elemento compreensivo da decisão vá além simplesmente das regras.¹⁵ Isso demonstra como o direito, durante a interpretação, leva em conta valores e escolhas que não estão previstos apenas nas regras, mas também em princípios, o que confere

11 DWORKIN, 2002, p. 42.

12 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 545.

13 STRECK, 2011, p. 546.

14 STRECK, 2011. p. 546.

15 STRECK, 2011, p. 568.

normatividade a esta última categoria jurídica.

Ademais, havendo regras válidas e que regulam inteiramente o assunto, não há espaço para escolhas pelo julgador, sob pena de discricionariedade arbitrária. Nem os princípios justificam a criação de direito, pois essa tarefa é típica das regras. No entanto, os princípios criarão direito quando a regra estiver desconforme com os princípios que a instituíram, caso em que, para manter a integridade do ordenamento jurídico, afasta-se a aplicação da regra e mantêm-se os princípios.¹⁶

A aplicação da regra de acordo com o princípio que a legítima forma o círculo hermenêutico, que é o modo como deve ocorrer a interpretação de enunciados normativos (regras e princípios) pela hermenêutica filosófica¹⁷, formando a norma (o resultado da interpretação).

Para Lenio Streck¹⁸, o intérprete é um ser histórico, dotado de faticidade, porque ele, ao interpretar, carregará consigo toda história e cultura do qual é dotado. Essa historicidade do intérprete é utilizada quando da interpretação, formulando o futuro e atribuindo sentido ao enunciado normativo. Portanto, diz-se que o homem, ao realizar a interpretação, já possui uma pré-compreensão (historicidade ou faticidade) das coisas do mundo.

Durante o círculo hermenêutico, o intérprete inicia sua atividade com essa pré-compreensão, o que influenciará o resultado da interpretação. Após, ele compreende o enunciado. Por fim, ocorre a interpretação dada ao texto, ou seja, a norma. Está realizado o círculo hermenêutico.¹⁹ A compreensão, portanto, antecede ao resultado da interpretação.

Ana Messuti bem explica como ocorre a interpretação durante o círculo hermenêutico, inclusive a influência da historicidade do intérprete:

A interpretação vai-se desenvolvendo em movimentos circulares. Por exemplo, uma regra hermenêutica diz que se deve compreender o todo a partir das partes e as partes a partir do todo. A antecipação de sentido que abraça a totalidade converte-se em compreensão explícita na medida em que as partes, que são determinadas pelo todo, determinam por sua vez esse todo. O movimento da compreensão vai constantemente do todo para as partes e

16 STRECK, 2011, p. 560.

17 A hermenêutica filosófica é defendida por Lenio Streck (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a, pp. 259-331) e por Ana Messuti (MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 79-95) como modo de aplicação dos enunciados normativos (regras e princípios). É fundamentada em dois teoremas fundamentais, com base no pensamento de Heidegger: no círculo hermenêutico e na diferença ontológica. Por se utilizar da linguagem como condição de possibilidade da interpretação, a partir de Gadamer, a hermenêutica filosófica é manifestação da filosofia da linguagem.

18 STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a, p. 271.

19 STRECK, 2014a, pp. 304-305.

destas ao todo. A unidade de sentido vai-se estendendo ou ampliando em círculos concêntricos.²⁰

A distinção entre como se interpretava o texto antes e após o resultado do círculo hermenêutico forma a diferença ontológica, outro conceito utilizado pela hermenêutica filosófica durante seu processo interpretativo.²¹ Por conta disso, o intérprete, nesse modo de realizar a interpretação, realiza uma tarefa criativa, pois ele adiciona sentido ao texto legal.²² Trata-se da concretização do ato normativo: “A sentença expressa a tensão entre a universalidade da norma e a singularidade do caso concreto; a tensão entre a preposição teórica e a prática.”²³

Diante desses fundamentos, durante o processo interpretativo, a regra não acontecerá sem o princípio que a legitimou, ou seja, não há regra sem princípio. Só há resposta jurídica adequada se o intérprete aplicar o princípio que instituiu a regra.²⁴ Da mesma forma, considerando que é a regra que “abre a interpretação”²⁵, durante o círculo hermenêutico, também não há princípio sem a regra, pois o princípio não será aplicado de forma isolada; ele necessitará antes da regra.²⁶

A hermenêutica filosófica busca aclarar os limites que já existem e que muitas vezes são inobservados no agir discricionário do julgador, pois decidir com base nas regras e nos princípios constitucionais que as instituíram é uma conduta de respeito ao Poder Legislativo. O limite para o Poder Judiciário, dessa maneira, é o significado dos dispositivos constitucionais de acordo com os fins e valores entremostrados na linguagem constitucional.²⁷

Considerando o tipo de direitos tutelados pelos princípios e que eles possuem eficácia normativa, os valores morais e políticos mais essenciais reconhecidos por determinada sociedade estarão refletidos na decisão jurídica que aplicar princípios. A esse respeito, é oportuna a lição de Antonio Enrique Pérez Luño, o qual, ao explicar a teoria de Ronald Dworkin, reconhece como os valores políticos e morais reconhecidos em princípios contribuem para a decisão judicial:

A importância da dimensão axiológica do julgamento tem sido

20 MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84.

21 STRECK, 2014a, p. 273.

22 STRECK, 2014a, p. 306.

23 MESSUTI, 2003, p. 88.

24 STRECK, 2011, p. 562.

25 STRECK, 2011, p. 563.

26 STRECK, 2011, p. 568.

27 ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55.

destacada por Ronald Dworkin em seu último livro cujo título, muito significativo aos efeitos desta exposição é *Justice in Robes* (A justiça com toga). Nessa obra Dworkin narra o episódio em que célebre juiz Oliver Wendell Holmes, magistrado do Tribunal Supremo Americano, convidou um jovem para acompanhar-lhe até seu carro. Quando o jovem desceu, saudou o juiz e como um modo de reconhecimento e despedida lhe disse: “Faça justiça magistrado”. Holmes parou o veículo e se dirigiu ao jovem e lhe disse: “esse não é meu trabalho”. Dworkin reprova que qualquer juiz não tenha como missão básica e radical fazer justiça. Para Dworkin a tarefa de julgar não consiste na mera aplicação do direito positivo, mas sim na busca da sentença justa. Os juízes, na opinião de Dworkin, não devem limitar sua tarefa na mera identificação das normas aplicáveis a cada processo. De modo especial, naqueles casos em dessa aplicação derivariam consequências abertamente injustas ou ineficazes, devem remeter-se aos princípios nos quais se inserem os grandes valores morais e políticos da comunidade, para propiciar a sentença justa.²⁸

Com tais ideias, deve-se salientar que, quando se diz que o intérprete decidiu com base em argumentos de princípios, está a se defender que ele se utilizou dos fundamentos que são considerados mais essenciais em uma determinada sociedade e que estão positivados. Por outro lado, quando se diz que o intérprete se utilizou de argumentos de política, quer-se falar que ele se utilizou de argumentos que não necessariamente estão positivados em uma Constituição Federal ou na legislação ordinária.

Da distinção acima, surge a relevância de se destacar que o intérprete decida com base em argumentos de princípios, e não de política, pois, no Estado Democrático de Direito, a tarefa de elaboração de enunciados normativos (regras e princípios) é do Poder Legislativo (representantes escolhidos pelo povo), e não do Poder Judiciário. Logo, a decisão jurídica, para ser democrática, necessita observar os princípios e regras positivados.

Está explicada a segunda função dos princípios para o Estado Democrático de Direito: limitar o poder dos juízes, ao definir que eles devam decidir com argumentos de princípios e regras, que são aqueles elaborados pelo Poder Legislativo, órgão competente para tanto.²⁹

Em suma, os princípios possuem duas importantes funções para o Estado Democrático de Direito. Eles preveem e conferem eficácia normativa (possibilidade de produzir efeitos no mundo exterior) aos valores e direitos mais fundamentais reconhecidos por determinada sociedade. E eles limitam a atuação do Poder Judiciário, ao não permitir decisões

28 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional**. Estado e Constituição – 14. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, pp. 104-105.

29 Nesse sentido, confira-se a doutrina de Lenio Streck: “Daí crescer em importância a necessidade de uma teoria da decisão judicial. Democracia, neste caso, quer dizer controle das decisões. Democracia quer dizer *accountability*. E isso implica a presença de uma doutrina que doutrine. E que produza 'constrangimentos epistemológicos', para 'censurar' as decisões do Judiciário que sejam feitas por políticas e não por princípios.” (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b, p. 122).

discricionárias. Nessas duas situações, os princípios contribuirão para uma resposta jurídica adequada a ser dada pelo intérprete, consoante art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

1.2 Os Princípios do Processo Penal como Instrumento para a Persecução Criminal Constitucional

Os princípios jurídicos aplicados especificamente no processo penal também exercem a função democrática dos princípios, consistente em controle das decisões judiciais, pois eles demonstram o caminho legítimo para a prolação da sentença penal. Por tal motivo, os princípios são fundamentos para a persecução criminal constitucional.

Os direitos e valores mais fundamentais envolvendo o processo penal estão previstos em princípios jurídicos que regulamentam a matéria. Por consequência, os princípios do processo penal atuam como enunciados normativos fundantes do sistema processual.³⁰ Conforme Jacinto Coutinho, o princípio do processo penal funciona “como *motivo conceitual sobre o(s) qual (ais) funda-se a teoria geral do processo penal*, podendo estar positivado (na lei) ou não”.³¹

A espécie de prestação jurisdicional conferida pelo processo penal pode acarretar na perda da liberdade da pessoa por anos, às vezes por toda a vida, considerando a possibilidade de aplicação da pena de prisão pelo direito penal. Trata-se do exercício do *ius puniendi* do Estado. Por isso, a atuação dos princípios nessa área é ainda mais reclamada em comparação com as demais setores disciplinados pelo direito, em especial por aqueles que são acusados pela prática de infração penal.

O papel do processo penal é proteger os acusados de crimes das arbitrariedades cometidas ao longo da história durante a persecução.³² Levando-se em conta a possibilidade de aplicação de pena de prisão, ou seja, perda de liberdade do acusado, há de se ter limites claros na atuação estatal dessa espécie. Nesse momento, conforme Aury Lopes Jr., surgem as duas funções essenciais a serem exercidas pelo processo penal: “instrumento de limitação do poder estatal e, ao mesmo tempo, instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e

30 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 33.

31 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1998, pp. 164-198. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em: 19 jan. 2017, p. 163.

32 BINDER, 2003, p. 41.

garantias fundamentais.”³³

Como a função dos princípios é ser enunciado normativo fundante do sistema processual, trazendo os valores essenciais a serem respeitados pela persecução criminal, os princípios auxiliam o processo penal, de forma protagonista, a cumprirem a dupla finalidade do sistema processual.

O Poder Judiciário também possui função relevante nessa engrenagem. Considerando que os princípios são aplicados pelo juiz quando da prolação de sentença, o órgão jurisdicional atua como “garantidor dos direitos fundamentais inseridos ou resultantes da Constituição.”³⁴

Assim, a formalização de uma acusação e a prolação de condenação só é legítima no Estado Democrático de Direito, do qual o princípio da presunção da inocência é um dos direitos fundamentais, caso os princípios do processo penal tenham sido respeitados. Ter-se-á, assim, a abertura de um caminho legítimo para a resposta jurídica penal adequada.

Luigi Ferrajoli³⁵ aprofunda a função garantista do processo penal. Para o autor, o modelo processual pode ser garantista, de estrita submissão à jurisdição ou cognitivo, ou também pode ser substancialista, de mera submissão à jurisdição ou decisionista. O modelo defendido por ele é o primeiro deles, qual seja, o garantista, pois “as garantias procedimentais configuram garantias de verdade além de garantias de liberdade”.³⁶

São garantias de verdade porque a decisão judicial a ser prolatada no processo criminal deve observar as leis e os princípios fundamentais. E são garantias de liberdade porque a liberdade das pessoas só pode ser restringida caso essas mesmas leis e princípios fundamentais sejam respeitados. Por isso, o enfoque garantista dado pela teoria de Luigi Ferrajoli é penal e processual.³⁷ Consoante o autor italiano:

[...] não é só a verdade que condiciona a validade, mas é também a validade que condiciona a verdade no processo. Esta é, com efeito, por assim dizer, uma verdade normativa, no triplice sentido: a) uma vez comprovada definitivamente, tem valor normativo; b) está convalidada por normas; c) é verdade na medida em que seja buscada e conseguida mediante o respeito às normas.³⁸

33 LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

34 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 57.

35 FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 497.

36 FERRAJOLI, 2014, p. 498.

37 THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

38 FERRAJOLI, 2014, p. 62.

No modelo processual garantista, são garantidas as liberdades das pessoas, inclusive dos acusados de crimes, tanto quanto são garantidos as liberdades da maioria, que almeja a punição. As liberdades (pessoal, de pensamento, direitos de defesa e liberdades políticas) são as mesmas, quaisquer que sejam os envolvidos. Não há espaço para juízo de discricionariedade ou oportunidade nesse modelo, haja vista que, na jurisdição penal, a verdade é garantida pela estrita legalidade.³⁹

Luigi Ferrajoli⁴⁰ discorda do modelo processual substancialista, pois nele o processo penal move-se na busca por uma verdade real, que é uma verdade que é perseguida de modo ilimitado e independente da observância do sistema de garantias. No modelo processual substancialista, o fim buscado (atingir a verdade) justifica o meio utilizado para tanto (os procedimentos quaisquer que sejam).

No entanto, o modelo substancialista não se sustenta, porquanto, em nome de uma finalidade a ser atingida, ele ignora os princípios do processo penal, que são o fundamento principal do sistema processual. Assim, rechaçando o modelo substancialista, “é fundamental compreender que a instrumentalidade do processo não significa que ele seja um instrumento a serviço de uma única finalidade, qual seja, a satisfação de uma pretensão (acusatória).”⁴¹

O sistema a ser aplicado e que está de acordo com a Constituição Federal é o garantista, baseado em princípios fundamentais. Tanto é assim que a Carta Magna brasileira prevê uma série de garantias em prol dos processados, para que a barreira da presunção de inocência seja legitimamente rompida. Por isso, a decisão jurídica penal, em especial a condenatória, que restringe sobremaneira direitos fundamentais, exige “uma motivação que deve ser fundada de fato e de direito.”⁴²

Dentro desse sistema, Luigi Ferrajoli admita a busca de uma verdade relativa no processo penal (chamada de verdade processual), limitada à observância dos princípios fundamentais e demais normas da Constituição Federal.⁴³ Salah Khaled Jr.⁴⁴, porém, não admite a busca da verdade, mesmo a relativa. Segundo o autor, o único objetivo em se ter a

39 FERRAJOLI, 2014, p. 502.

40 FERRAJOLI, 2014, p. 498.

41 LOPES JR, 2006, p. 8.

42 FERRAJOLI, 2014, p. 499.

43 No trecho a seguir, constata-se que Luigi Ferrajoli aceita o processo judicial como meio para a busca da verdade relativa ou processual: “Uma vez estabelecido que o termo 'verdadeiro' pode ser empregado sem implicações metafísicas no sentido de 'correspondência', é na realidade possível falar da investigação judicial como a busca da verdade em torno dos fatos e das normas mencionadas no processo, e usar os termos 'verdadeiro' e 'falso' para designar a conformidade ou a desconformidade das proposições jurisdicionais a respeito deles.” (FERRAJOLI, 2014, p. 52).

44 KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016, p. 410.

busca da verdade no processo penal é se obter a condenação do réu.

Conforme Khaled Jr.⁴⁵, o mito da busca da verdade pelo juiz não é o que aparenta ser, pois o mito traz respostas sem formular explicitamente os problemas. Por conta disso, a busca da verdade prejudica a qualidade da prova produzida e a construção dos fatos, o que acarreta prejuízo para um julgamento que observe os princípios fundamentais.

Jacinto Coutinho aproxima-se da ideia acima, ao descrever o quão limitada é a busca da verdade: “A verdade, se assim o é, há de ser, ou melhor, é uma só; e aquela dita formal, por evidente, em sendo uma mero reflexo no espelho, 'não é a verdade'. O processo, porém, continua tendo conteúdo, mas é de outra coisa que se trata.”⁴⁶

O próprio Luigi Ferrajoli⁴⁷ admite a limitação da verdade, mesmo a processual, ao estabelecer que a verdade (processual ou formal) é formada pela verdade fática e pela verdade jurídica. Segundo ele, a criação da verdade no processo penal é apenas aproximativa⁴⁸, tendo-se em conta que a verdade fática é limitada porque as afirmações são ditas verdadeiras apenas pelo que sabemos sobre elas, o que é criado por meio das provas.⁴⁹ Portanto, não é possível a exata descoberta ou reconstrução do evento passado.

A verdade jurídica, por sua vez, também limita a verdade processual, porque não há como a interpretação se desprender do subjetivismo do intérprete. É possível que ele valorize algumas provas importantes e descuide-se de outras, por estar presente uma certa dose de preconceito em sua conduta.⁵⁰

Com tais premissas, pensar o processo penal de forma constitucional é afastar a busca da verdade pelo juiz. Não se admite, pelo princípio da presunção de inocência, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, que o magistrado possa ir atrás de verdades, a pretexto de atingir finalidades específicas.

Há necessidade, com efeito, que as regras processuais e penais sejam interpretadas de acordo com o princípio constitucional que a legitima. Isso afasta a possibilidade de o juiz admitir a hipótese aventada pela polícia investigativa ou pela acusação e utilizar a existência do processo para justificar essa hipótese, como se o processo penal se resumisse a essa versão.

No modelo constitucional do processo penal, para que ele assuma a função de garantidor dos direitos fundamentais e limitador do poder do Estado, há necessidade de o modelo processual ser garantista, de estrita submissão à jurisdição ou cognitivo, pois

45 KHALED JR., 2016, p. 439.

46 COUTINHO, 1998, p. 190.

47 FERRAJOLI, 2014, p. 51.

48 THUMS, 2006, p. 199.

49 FERRAJOLI, 2014, p. 53.

50 FERRAJOLI, 2014, pp. 58-59.

é somente através da estrita observância das regras do jogo que o processo pode em alguma medida corresponder ao ideal de justiça que dele se espera na epistemologia acusatória e democrática, pois, como já dissemos no primeiro capítulo, o formalismo acusatório exige um absoluto respeito pela forma, pois forma implica garantia – ainda que possa ser incompleta e insuficiente – contra a arbitrariedade.⁵¹

As regras do jogo necessárias para que se tenha uma decisão judicial democrática e cognitiva são os princípios jurídicos e as regras estabelecidas pelo legislador, desde que constitucionais. A observância de tais enunciados normativos pelo Poder Judiciário, além de constituir um exercício de democracia, também minimiza a possibilidade de erros judiciários, por serem garantias contra arbitrariedades.

Para Ferrajoli, as regras do jogo a serem observadas são os seus dez axiomas do garantismo penal, sendo seis penais⁵² e quatro processuais penais. No que mais importa para o presente estudo, de se destacar os quatro axiomas processuais penais, que formam o sistema de garantias processuais: “A6 *Nulla actio sine culpa*”, “A7 *Nulla culpa sine iudicio*”, “A8 *Nullum iudicium sine accusatione*”, “A9 *Nulla accusatio sine probatione*” e “A10 *Nulla probatio sine defensione*”.⁵³

Os princípios do processo penal e o princípio da presunção de inocência giram em torno desses axiomas e limitam o poder punitivo do Estado, por exigirem a existência de culpa, de juiz (decisão judicial), de acusação, de provas e de defesa para que a barreira da presunção de inocência seja derrubada.

Entretanto, embora a relevância do sistema de liberdade e garantias previstos, no atual contexto do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais (inclusive os princípios do processo penal) não estão conseguindo produzir seus efeitos, ou seja, implementar as finalidades para as quais eles foram previstos. Tanto é assim que Norberto Bobbio, ao tratar dos direitos fundamentais, expõe que “o problema mais urgente que temos de enfrentar não é o problema do fundamento, mas o das garantias.”⁵⁴

Presencia-se na realidade inúmeros exemplos de desigualdades e de violações de direitos fundamentais.⁵⁵ O advento da modernidade e dos direitos fundamentais, segundo

51 KHALED JR., 2016, pp. 407-408.

52 Os seis axiomas penais de Luigi Ferrajoli são os seguintes: “A1 *Nulla poena sine crimine*”, “A2 *Nullum crimen sine lege*”, “A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*”, “A4 *Nulla necessitas sine injuria*”, “A5 *Nulla injuria sine actione*” e “A6 *Nulla actio sine culpa*” (FERRAJOLI, 2014, p. 91).

53 FERRAJOLI, 2014, p. 91.

54 BOBBIO, 1992, p. 26.

55 A respeito, basta lembrar que, em 2013, ainda mais de 7 milhões de pessoas passaram fome no Brasil, segundo pesquisa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em http://istoe.com.br/397357_MAIS+DE+7+MILHOES+DE+PESSOAS+AINDA+PASSAM+FOME+NO+B

David Sánchez Rubio⁵⁶, em vez de trazer avanços e igualdades às relações sociais, trouxe relações baseadas na horizontalidade, na dominação de um para com o outro, na regulação colonial e imperial de caráter sociopolítico mercantil e estatal e na relação de dominação epistemológica técnico científico baseada na racionalidade da ciência.

Nas palavras de Rubio:

En este sentido, se puede decir que los propios derechos humanos pasan a ser una especie de traje con corbata construido para un cuerpo concreto sin que permita o lo permita selectiva y azarosamente, el reconocimiento o la existencia de otras corporalidades (indígenas, femininas, negras, homosexuales, campesinas, trabajadoras, no propietarios, etc.). Occidente pasa a ser el referente de la humanidad desde el punto de vista tanto epistemológico (la ciencia) como cultural (liberalismo). Su próprio imaginario y horizonte de sentido sobre lo político, sobre la idea de democracia, sobre el modo de producir y distribuir los bienes con los que satisfacer las necesidades humanas, la manera de relacionarse con otros y con la naturaleza se convierten en los únicos referentes válidos y verdaderos.⁵⁷

Assim, os direitos fundamentais, na teoria, constituem um notório estado de avanço das relações sociais, porque efetivamente consagram valores que são relevantes para uma vida baseada no amor ao próximo e na pessoa como ser titular de direitos. No entanto, na prática, o advento dos direitos fundamentais não foi capaz de modificar as desigualdades e as injustiças praticadas no mundo moderno, pois “a desigualdade é tratada como diferenciação social natural”.⁵⁸

No processo penal, Camila de Magalhães Gomes expõe como os direitos fundamentais não têm sido eficazes:

O sistema penal, através de suas instâncias de controle social formal e informal, promove a seleção dos indivíduos e seus crimes, a partir da criminalização – seja ela primária, secundária ou terciária. Em uma sociedade patriarcal, heteronormativa, racista e capitalista, a seleção operada pelo sistema penal é o próprio reflexo dessa estrutura social. Assim, o sistema penal brasileiro tem como selecionados habituais jovens, negros e pobres que, neste desenho de sociedade, não cumpriram com seu papel na repartição das funções de gênero no mundo do capital,

[RASIL+MOSTRA+IBGE/](#)>. Acesso em: 25 nov. 2016. Sobre o assunto, interessante o ensinamento de Luigi Ferrajoli a respeito das consequências da fome: “A fome deflagra, em suma, um terrível círculo vicioso: provoca doenças que consomem remédios e as já escassas rendas das famílias; reduz as capacidades produtivas das populações; gera revoltas, conflitos sociais e desordens civis; é o principal fator da criminalização da subsistência. Hoje, como nos disse o último relatório da FAO, mas de um bilhão de pessoas sofre por fome e sede, e dezenas de milhões morrem a cada ano por doenças ou por falta de água e de alimentação de base.” (FERRAJOLI, Luigi. Prefácio. Trad. Alexandre Aranalde Salim. In: HERMANY, Ricardo. (Org.). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010, p. 43).

56 RUBIO, David Sánchez. **Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, libertaciones y dominaciones**. Barcelona: Icaria, 2011, p. 59.

57 RUBIO, 2011, p. 25.

58 RUIZ, Castor. **Os labirintos do poder**. Porto Alegre: Escritos, 2004, p. 66.

aquele de ser o homem “racional-ativo-forte-potente-guerreiro-viril-público-possuidor”. Não é de espantar, portanto, que o maior número de presos no sistema carcerário brasileiro esteja entre aqueles acusados ou condenados pela prática de crimes patrimoniais ou de tráfico de drogas.

Uma alteração nesse perfil tem tido destaque: um aumento de três vezes no número de mulheres encarceradas nos últimos cinco anos (de 11.000 para mais de 35.000 no Brasil, e mais de meio milhão de presas na América Latina). A forma de criminalização promovida contra as mulheres e o perfil da mulher presa não foge à regra do que ocorre com os homens encarcerados, trata-se de uma criminalidade ligada à pobreza: são essas mulheres jovens, pobres e negras.⁵⁹

A questão não é de fácil resolução, pois a eficácia dos direitos fundamentais é assunto recorrente na doutrina, como se viu nas lições de Bobbio, Rubio e Camilla de Magalhães Gomes. Por isso, não se discute os benefícios de um sistema de garantias e liberdades. Contudo, implementar tais direitos é um desafio para os Estados do mundo contemporâneo.

A previsão dos direitos fundamentais é um ponto de partida para a criação de um sistema de direitos.⁶⁰ Para a sua implementação e a produção de efeitos efetivos no mundo exterior, tendo em conta a eficácia desse sistema de direitos, há necessidade de se os analisar de maneira crítica, a fim de que não se fique indiferente frente a supremacia das relações de poder sobre os mais fracos. É um primeiro passo a ser dado para trabalhar a respeito de tal problemática.

Nesse contexto, a lição de Castor Ruiz, em termos de direitos fundamentais, é importante, ao defender a ética crítica do ser humano: “a ética e estética educa sujeitos para assumir com consciência crítica os modos institucionais existentes e possuírem capacidade para estruturar formas de poder segundo o modelo do autogoverno.”⁶¹

Não sede pensar, pois, o processo penal numa perspectiva utilitarista, como se ele fosse instrumento de combate à criminalidade.⁶² As funções do processo penal são apenas limitar o poder do Estado e conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Nada mais que isso. E o Estado-acusador não se confunde com o Estado-juiz: “La concepción de la exigencia punitiva desconoce que el Estado titular del derecho de penar realiza su derecho en el proceso no como parte, si como juez.”⁶³

Não é função do processo penal, nem do Poder Judiciário, portanto, realizar política pública de segurança. É o Poder Executivo o órgão encarregado de realizar tal atividade, o

59 GOMES, Camilla de Magalhães. *Corpos negros e as cenas que não vi. Um ensaio sobre os vazios de uma pesquisa criminológica situada. Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, v. 8, n. 1, pp. 16-28, jan.-jun. 2016, p. 18.*

60 BOBBIO, 1992, p. 29.

61 RUIZ, 2004, p. 137.

62 LOPES JR., 2006, p. 49.

63 GOLDSCHMIDT, James. *Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 44.

qual dispõe inclusive de dotação orçamentária para tanto.⁶⁴ A preocupação do Poder Judiciário, por outro lado, enquanto órgão garantidor dos direitos fundamentais, não é diminuir os índices de criminalidade. A sua meta é implementar as regras do jogo quando do exercício de sua função típica. Essa é a justiça que deve ser realizada pelo processo penal:

A forma que o processo (penal) ética e constitucionalmente embasado tem de fazer política é o respeito formal axiológico às regras e ditames constitucionais para o acertamento do caso (direito material) concreto. Em termos de processo penal, esse é o seu fazer justiça, e não uma dotação hiperbólica de escopos ou metas externas como se mais do que de ser expediente jurídico o processo fosse “medida” de política pública executiva.⁶⁵

Em síntese, o sistema garantista é o modelo processual reconhecido pela Constituição Federal, considerando a previsão de uma série de direitos fundamentais reconhecidos em prol dos acusados de crimes e da própria sociedade, como a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. A dupla função do processo penal, nesse cenário, é limitar o poder do Estado e garantir a máxima eficácia aos direitos fundamentais, ou seja, o Poder Judiciário deve aplicar as regras do jogo. Os princípios do processo penal, dentre eles a presunção de inocência, assumem um trabalho relevante, pois eles trazem para o processo penal e para a própria interpretação justamente esses direitos mais essenciais, ao os preverem como finalidades a serem concretizadas pelo Estado.

1.3 Da Presunção de Culpabilidade à Presunção de Inocência

A presunção de inocência é princípio que está ligado ao desenvolvimento do processo penal, pois o modo como o réu foi tratado ao longo da história durante a persecução reflete a variação do sistema processual adotado. Assim, o ponto que se inicia tem por objetivo analisar a evolução do princípio durante esses sistemas processuais.

O aparecimento do sistema processual inquisitório⁶⁶, que ainda hoje produz efeitos nos

64 Veja-se, por exemplo, que, no Estado do Rio Grande do Sul, no ano de 2016, o orçamento do Poder Judiciário foi de 4,79%, enquanto o orçamento do Poder Executivo foi de 92,04% de todo o montante que foi arrecadado, o que dá a dimensão da existência de recursos públicos, com previsão constitucional, para que o Poder Executivo organize e execute políticas públicas, em especial a de segurança pública (Disponível em <<http://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/noticias/?idNoticia=365467>> Acesso em: 21 dez. 2017).

65 DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegância Juris, 2015b, pp. 137-138.

66 Segundo assinala Geraldo Prado, o embrião do sistema inquisitório encontra-se na antiguidade clássica egípcia, com as seguintes características: “a) acusação como dever cívico das testemunhas do fato criminoso; b) polícia repressiva e auxiliar da instrução, a cargo das testemunhas; c) instrução pública e escrita; e d) julgamento secreto e decisão simbólica.” No entanto, o autor salienta que é na antiguidade romana em que se encontra o mais antigo dos sistemas processuais, denominado de *cognitio* e baseado na *inquisitio*, cuja

ordenamentos jurídicos, está ligado à crise da sociedade feudal e à consequente expansão do poder político das primeiras monarquias ocidentais. Os reis estavam interessados em fazer prevalecer a sua autoridade sobre a dos senhores feudais. Para atingir esse objetivo, eles focaram no aumento da repressão dos delitos e na substituição dos métodos de prova irracionais – duelos, juramentos e ordálias.⁶⁷

O poder eclesiástico aliou-se às ideias absolutistas dos reis, porquanto havia necessidade por parte da Igreja em reprimir a heresia e as condutas irregulares do clero.⁶⁸ A Igreja Católica defendia que o saber estava baseada nos seus dogmas da fé, o que justificava que ela, para manter o seu poder e sua influência, ampliasse o seu rol de culpáveis, enquadrando-se nessa situação não só os criminosos comuns como também os hereges (crimes de consciência).⁶⁹

Estão formadas as bases para a instalação do processo penal antidemocrático, fundamentado no sistema inquisitório (método do inquérito) e que serviu de argumento para combater as condutas heréticas e contestadoras do poder real. A Igreja e a Monarquia desejavam manter e fortalecer a autoridade de cada uma.

O processo penal medieval caracterizava-se por ser inquisitório, secreto e escrito e pela afirmação de valores e princípios absolutos. Assim, ele estava voltado para a busca da verdade como meta processual do inquisidor⁷⁰, o que legitimava o uso da tortura como forma de se obter a confissão. Este método era considerado a prova máxima do sistema inquisitorial (sistema tarifado de provas), pois só ele forneceria o caminho para a obtenção da certeza moral⁷¹ a respeito dos fatos investigados.

Nesse sistema, a única certeza que se tinha era de que a quase totalidade das pessoas submetidas ao Santo Ofício eram consideradas, desde o início da persecução, tidas e tratadas

principal característica era o amplo poder conferido ao magistrado para iniciar, instruir e julgar, sem maiores formalidades e independente da existência de partes. Posteriormente, em seguida à *cognitio*, surgiu a *acusatio*, voltada à apuração de algumas infrações penais atinentes à ordem pública, como, por exemplo, aquelas cometidas por magistrados no exercício de suas funções. Esse sistema necessitava da figura do acusador particular, que poderia ser a vítima. Portanto, ninguém poderia ser julgado sem uma acusação. Ademais, a forma acusatória adotada na época era dominada integralmente pelo contraditório. Competia às partes pesquisar e produzir suas provas, cabendo ao juiz apenas conhecer e julgar a ação criminosa. Esse momento ocorreu durante Roma Republicana e marca a primeira ideia de sistema processual acusatório de que se tem notícia. Mais tarde, já na Roma Imperial, houve o retorno da *inquisitio*, uma nova *cognitio*, caracterizada pelos poderes investigatórios dos juízes e pela gradativa substituição da instrução pública e oral pela instrução secreta e escrita. Esse momento, segundo Prado, foi a semente da Inquisição que dominaria mais tarde a Europa Continental. (PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 126-134).

67 GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 20.

68 GOMES FILHO, 1997, p. 21.

69 CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 137.

70 KHALED JR., 2016, p. 61.

71 GOMES FILHO, 1997, p. 22.

como culpadas.⁷² Para a condenação da pessoa, bastava a mera suspeita do fato tido como herético, o que a levaria à fogueira como herege impenitente. Confessando, ela seria perdoada, mas condenada.⁷³

Com tal mentalidade, vigia durante a inquisição o princípio da culpabilidade, segundo o qual se presumia culpado aquele que respondesse ao processo penal, sendo quase todos considerados culpados também ao final do processo. Desse modo, o sistema processual inquisitório medieval caracterizava-se pela “exclusão do contraditório, pela ausência de ampla defesa e pela inversão da presunção de inocência.”⁷⁴

A normatização do sistema inquisitório ocorreu com edição das Bulas Papais, sobretudo a Bula *Ad Extirpanda* (1252). No entanto, é por meio de dois manuais que ocorreu a praticidade de tais métodos: “*Directorium Inquisitorum*” (1376) e “*Malleus Maleficarum*” (1489). Eles permitiram a instrumentalização dos procedimentos baseados em denúncias anônimas e vagas, a confissão como meio principal de prova (obtida pela tortura) e a prisão processual como regra.⁷⁵

Como se vê, o método do inquérito se adaptou perfeitamente às novas exigências dos reis e da Igreja, pois por meio dele se tornava possível “reconstituir os acontecimentos, trazendo para o presente os fatos do passado e permitindo uma visualização dos mesmos que substituía o flagrante-delito.”⁷⁶ Em outras palavras, ele possibilitou o atingimento da busca da verdade absoluta pelo inquisidor.

Esse cenário perdurou até a reação iluminista ocorrida a partir do final do século XVIII. Conforme Antonio Magalhães Gomes Filho⁷⁷, a crítica ao aparato das monarquias absolutistas aliada à incapacidade de se deter o aumento da criminalidade, resultante do processo de urbanização gerada pela Revolução Industrial, deram suporte ideológico para o surgimento de novas ideias a respeito dos direitos estruturados.

Salo de Carvalho⁷⁸ acrescenta a superação do pensamento da Igreja pela ciência, fenômeno chamado de secularização, como elemento decisivo para o novo paradigma, em

72 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. 144.

73 KHALED JR., 2016, p. 67.

74 CARVALHO, 2013, p. 141.

75 CARVALHO, Salo de. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, PR, Brasil, jun. 2005, pp. 35-56, p. 38. Salo de Carvalho acrescenta que, a partir das Ordenações, já durante o XVII, ocorreu um abrandamento da utilização da tortura como meio de prova e um esvaziamento do conceito de heresia, embora não tenha havido um rompimento com as práticas inquisitoriais. Isso aconteceu, segundo o autor, principalmente com a *Ordonnance Criminele* de 1682, assinada por Luis XIV (CARVALHO, 2005, pp. 48-49).

76 GOMES FILHO, 1997, pp. 20-21.

77 GOMES FILHO, 1997, p. 25.

78 CARVALHO, 2005, pp. 46 e 52.

especial porque a medicina conseguiu comprovar que muitas das condutas atribuídas pela Igreja à bruxaria estavam associadas na realidade a enfermidades comuns, como simulações históricas e epilepsias. O fenômeno médico acabou sendo recepcionado aos poucos pela jurisprudência, formando, assim, as bases para o advento do pensamento iluminista.

Com o advento da Revolução Francesa e do Iluminismo, o pensamento é contaminado por direitos individuais das pessoas, em especial por direitos de liberdade, que impedissem o Estado de abusar na sua relação com o particular. As ciências criminais se inserem nesse contexto, fundamentado nos ideais de humanidade e racionalidade:

As teorias humanistas, plenamente apropriadas pelo discurso do liberalismo penal divulgado pela “Escola Clássica”, solidificarão a estrutura principiológica do direito e do processo penal, projetando (formalmente) a satisfação da igualdade e a racionalização de um poder punitivo dotado de autonomia, independência e imparcialidade. A instrumentalização desta estrutura ocorrerá fundamentalmente com a densificação do postulado secularizador, cindindo delito (*mala prohibita*) de pecado (*mala in se*), sintonizando direito penal do fato e sistema processual penal acusatório em um programa político-criminal minimalista.⁷⁹

Passa-se, assim, da presunção de culpabilidade para a presunção de inocência, o qual é reconhecido pela ilustração como um “estado jurídico comum a todos os indivíduos que ainda não foram submetidos à persecução, àqueles ainda submetidos a ela e, também, àqueles em face dos quais não se provou a culpa em um devido processo legal.”⁸⁰

O princípio da presunção de inocência apareceu positivado pela primeira vez⁸¹ na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e possui a seguinte redação, em seu art. 9º: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei.”⁸²

Como se constata da leitura do dispositivo, foi adotado pelos filósofos iluministas por ocasião da Declaração de 1789 a fórmula da presunção de inocência – em substituição à presunção de culpabilidade – com o intuito de alterar a sistemática processual praticada

79 CARVALHO, 2005, p. 50.

80 MORAES, 2010, p. 148.

81 VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal.** Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 34. Deve ser salientado que Alexandra Vilela refere a existência da presunção de inocência, enquanto princípio referente ao processo penal, também no direito romano, em que existia um genérico *favor rei*. É no direito anglo-saxônico, contudo, segundo a autora, que o princípio da presunção de inocência enquanto regra probatória assume maior relevância (VILELA, 2005, p. 32).

82 Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria-%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 15 set. 2017.

durante o período medieval.

Cesare Beccaria, filósofo do Iluminismo, demonstrou o modo como a presunção de inocência passou a ser vista a partir da perspectiva humanista:

Um homem não pode ser tido como culpado antes que a sentença do juiz o declare; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada. Apenas o direito da força pode, portanto, dar autoridade a um juiz para cominar uma pena a um cidadão quando ainda se está em dúvida se ele é inocente ou culpado.

Aí está uma proposição muito simples: ou o crime é certo, ou é incerto. Se é certo, apenas deve ser punido com a pena que a lei fixa, e a tortura é inútil, porque não se tem mais precisão das confissões do réu. Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente? Efetivamente, perante as leis, é inocente aquele cujo delito não está provado.⁸³

Assim, com o advento das Revoluções, marcadas pela positivação dos direitos fundamentais, a pessoa que respondesse ao processo criminal, até que ela fosse condenada, era presumivelmente inocente, e não mais presumivelmente culpada. Segundo Alexandra Vilela, a partir desse momento, o processo penal europeu se deixou influenciar pelo processo dos sistemas acusatórios anglo-saxões,⁸⁴ caracterizado por ser um sistema acusatório, público e oral.

Entretanto, passado esse primeiro ímpeto humanista, logo houve um declínio no avanço democrático do processo penal. O pensamento da burguesia é logo redirecionado para ideias de recrudescimento da repressão criminal, como a maior força conferida ao poder de investigação da polícia e dos magistrados e o retorno da instrução escrita e secreta. Esse momento é refletido pelo advento do Código de Instrução Criminal Francês de 1808 (Código Napoleônico).⁸⁵

A característica principal desse momento processual era ter previsto um sistema misto, por ser dividido em duas fases bem distintas. Na primeira delas, que era secreta, escrita e sem a participação da defesa, ocorria o colhimento das provas pelo juiz da instrução. Na segunda fase, que se destinava ao julgamento em si, eram discutidos em contraditório, público e oral, perante o Júri, as provas até então colhidas.⁸⁶

O advento do pensamento fascista, já no século XX, desta vez na Itália, trouxe um maior declínio ainda da legislação processual democrática e do princípio da presunção de

83 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000, pp. 31-32.

84 VILELA, 2005, p. 36.

85 GOMES FILHO, 1997, p. 30.

86 GOMES FILHO, 1997, p. 30.

inocência, ocorrendo verdadeiro rompimento com a doutrina clássica de inspiração liberal dos períodos anteriores.

Destarte, destacam-se, da doutrina italiana, três linhas de pensamento bem definidas a respeito do desenvolvimento do processo penal a partir da positivação dos direitos fundamentais. A escola clássica, que era manifestação do movimento iluminista e que partia do pressuposto de que o processo penal tinha perante si um inocente que é suspeito da prática de um crime.⁸⁷ A escola positivista, que entendia ser a presunção de inocência, da forma como concebida pelo pensamento liberal, ineficaz para o controle da criminalidade. E a escola técnico-jurídico, que levantava a ausência de solidez da presunção de inocência sob o ponto de vista técnico-jurídico.⁸⁸

Um dos maiores representantes da escola técnico-jurídico, crítico, portanto, do pensamento liberal da presunção de inocência, foi Vincenzo Manzini⁸⁹, que defendeu ter sido a pseudodemocracia francesa “superficial”, “garrula” e “confusionista”, quando sustentou que a finalidade do processo penal era principalmente tutelar a inocência. Para o autor⁹⁰, o processo penal é um meio dirigido para se conseguir o castigo do culpado, ou seja, realizar a pretensão punitiva do Estado.

Sobre a presunção de inocência, nesses termos era o pensamento de Vincenzo Manzini:

Ante todo, no es verdad, como la hemos demostrado, que el proceso penal certifique siempre la inocencia, si no afirma la culpabilidad. Aparte de que el no ser reconocido como culpable no equivale a ser reconocido como inocente (concepto más amplio y genérico), la declaración de certeza de la llamada inocencia sólo ocurre en determinados casos (ejemplo: absolución o sobreseimiento por no haber existido el hecho, o no haberlo cometido el imputado, o porque el hecho no constituye delito); em otros casos, en cambio, se comprueba sólo, sin discutir la acusación, que no se puede proceder (absolución o sobreseimiento por haberse extinguido el delito, o por no poderse promover la acción penal, o por no poderse proseguir); em outros, aún, se declara cierta la culpabilidad y se absuelve por motivos especiales (por concesión del perdón judicial); em outros, finalmente, la culpabilidad queda em duda (absolución por insuficiencia de pruebas).⁹¹

Como se percebe, a ausência de solidez da presunção de inocência sob o ponto de vista técnico-jurídico, para Manzini, consistia em não se poder presumir a inocência da pessoa em

87 VILELA, 2005, p. 38.

88 VILELA, 2005, p. 40.

89 MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal. Tomo I.** Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América Chile 2970, 1951, p. 252.

90 MANZINI, 1951, p. 252.

91 MANZINI, 1951, p. 253.

todas as espécies de absolvição. Desse modo, em situações nos quais o delito foi extinto, em que não se pode prosseguir com a ação penal por alguma causa processual ou na absolvição por ausência de provas, não se poderia presumir a inocência da pessoa acusada, embora não houvesse nenhuma condenação. Portanto, “acreditava ele que somente poderia emergir dois tipos de veredicto: culpado ou não culpado; jamais inocente.”⁹²

Nasce, desse momento, a justificativa para a substituição da expressão presunção de inocência pela expressão presunção de não-culpabilidade, defendida e criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX⁹³ e pela escola técnico-jurídico no início do século XX.

A ideia de presunção de não-culpabilidade apareceu refletida no Código de Processo Penal Italiano de 1913, por não prever nenhuma forma de presunção de inocência. Foi levada ao extremo no Código de Processo Penal Italiano de 1930, conhecido como Código *Rocco*, elaborado e vigente no regime fascista⁹⁴, o que explica as posições adotadas por essa legislação.

Durante a vigência do Código *Rocco*, “No hay que confundir el derecho que el imputado tiene a defenderse com la presunción de su inocencia”⁹⁵, razão por que o inviolável para essa corrente de pensamento era o direito de defesa, e não o princípio da presunção de inocência. Para essa doutrina, durante o desenrolar do processo criminal, não há culpado nem inocente, senão um acusado, situação que será verificada em definitivo após a prolação da sentença penal.⁹⁶

Com o término das Guerras Mundiais e do regime fascista, a Itália elaborou uma nova Constituição Federal em 1948, cujo objetivo principal foi retomar os ideais iluministas de direitos e garantias individuais. O que ocorreu, contudo, foi uma disputa doutrinária e política entre as ideologias humanitária e fascista. Assim, a Constituição Italiana de 1948 acabou por ser um modo de acomodar os dois interesses, ou seja, uma Constituição democrática, mas com manutenção de algumas fórmulas fascistas.⁹⁷

Isso ficou refletido na previsão do art. 27.2 da Constituição Italiana de 1948, que estabeleceu a presunção de não-culpabilidade: “o imputado não é considerado culpado até a condenação definitiva.”⁹⁸ Constata-se, embora seja uma Constituição democrática, a influência fascista de Vincenzo Manzini na Constituição Italiana de 1948.

92 MORAES, 2010, p. 128.

93 MORAES, 2010, p. 129.

94 VILELA, 2005, p. 49.

95 MANZINI, 1951, p. 256.

96 VILELA, 2005, p. 49.

97 MORAES, 2010, p. 222.

98 Disponível traduzido em: <<http://www.casacultureivrea.it/costituzione/portoghese.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2017.

O pensamento de Manzini não se sustenta, contudo. Os filósofos iluministas, ao utilizarem a expressão de presunção de inocência, não tiveram o intuito de pensar na probabilidade de resultado do processo penal ao final. Eles tiveram o objetivo em determinar que a pessoa acusada de um crime fosse tratada como inocente até a decisão condenatória judicial final.⁹⁹

Nesse contexto, tendo uma Constituição Federal como fundamento e considerando a existência de direitos e garantias fundamentais, é um erro não tratar a pessoa que está respondendo ao processo criminal como inocente, pois ainda não há condenação definitiva que possa alterar o seu estado de inocente. Também é um equívoco não considerar inocente a pessoa que foi absolvida por insuficiência de provas, pois não há nenhuma sentença penal condenatória que possa alterar o seu estado inicial.

Por tudo isso, consentâneo com um processo penal democrático, na sua missão de limitar o poder do Estado e de conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais, está a ideia de presunção de inocência, em substituição à expressão presunção de não-culpabilidade. Segundo Maurício Zanoide de Moraes:

Se a escolha for pela presunção de inocência, ao não demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele “continua” inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante toda o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um “estado de inocência” que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes.¹⁰⁰

Não se pode designar, assim, estado de culpado e não-culpável no processo penal. Há um estado de inocente, que vigora até a condenação definitiva, a partir de quando se pode dizer que há um estado de culpado, se houver condenação.

Hodiernamente, houve uma reafirmação internacional do princípio da presunção de inocência como um dos direitos fundamentais mais importantes para a Constituição de nações livres e democráticas no período pós-guerra.¹⁰¹

Nesse sentido, o princípio da presunção de inocência foi previsto no art. 11 da Convenção dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948¹⁰², no art. 14º, 2., do Pacto

99 MORAES, 2010, p. 144.

100 MORAES, 2010, p. 149-150.

101 MORAES, 2010, p. 178.

102 “Artigo 11º 1. Toda a pessoa acusada de um *acto* delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.” Disponível em: <<https://www.pcp.pt/actpol/temas/dhumanos/declaracao.html>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos de 1966¹⁰³ e no art. 2º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica), cuja redação está a seguir: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”¹⁰⁴

Constata-se terem os três diplomas internacionais adotados a presunção de inocência – e não a presunção de não-culpabilidade – como direito fundamental. Isso demonstra que o princípio da presunção de inocência “é reafirmado como primado juspolítico essencial à proteção da dignidade da pessoa humana em ambas as esferas de proteção internacional (global e regional).”¹⁰⁵

No Brasil, na linha dos diplomas internacionais e das Cartas Constitucionais elaboradas após as guerras e as ditaduras, o princípio da presunção de inocência foi previsto pela primeira vez na história¹⁰⁶ no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal de 1988, com a seguinte redação: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Como se observa, em retrocesso quando comparado com os diplomas internacionais citados, o Brasil optou por adotar a fórmula de presunção não-culpabilidade, em vez de presunção de inocência, embora na redação original do anteprojeto da Constituição Federal a previsão fosse de presunção de inocência.¹⁰⁷ Na justificativa para a alteração da proposta constitucional, de autoria do constituinte José Ignácio Ferreira, consta o seguinte: “A proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a 'presunção de inocência', expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo.”¹⁰⁸

Durante a constituinte de 1988, não havia ideias violadoras de direitos fundamentais, diferente da Itália, que teve forte influência fascista em sua Constituição. Assim, o clima era de total respeito aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, quando elaborada a Carta Magna brasileira.¹⁰⁹

No entanto, tal como sucedeu com a Itália em 1948, o Brasil adotou, sem maiores explicações, a presunção de não-culpabilidade. Essa postura brasileira demonstrou o receio em se adotar a plena presunção de inocência no texto constitucional, a vontade de copiar a

103 “Artigo 14º 2. Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida.” Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

104 Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 19 set. de 2017.

105 MORAES, 2010, pp. 183-184.

106 MORAES, 2010, p. 217.

107 MORAES, 2010, p. 217.

108 MORAES, 2010, p. 219.

109 MORAES, 2010, p. 225.

fórmula da Constituição Italiana de 1948 e como a desqualificação operada por mais de meio século de doutrina processualista fascista deixou a sua marca¹¹⁰, inclusive no Brasil.

A doutrina amplamente majoritária,¹¹¹ nos dias de hoje, não faz distinção entre presunção de inocência e presunção de não-culpabilidade, uma vez que se vive hoje num Estado Democrático de Direito, caracterizado pela cooperação de dois pilares: os direitos fundamentais e a democracia.¹¹²

A Constituição Federal é o cerne do nosso sistema jurídico e deve nortear o resultado da compreensão e da interpretação dos enunciados normativos que são trazidos à apreciação do intérprete. Assim, o princípio contido no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, só pode ser entendido e interpretado como “verdadeiro” estado de inocente do réu até a prolação de decisão final condenatória.

Por tais motivos, pretender diferenciar presunção de inocência de presunção de não-culpabilidade seria um retrocesso em termos de direitos fundamentais e seria um retorno ao processo penal fascista defendido por Manzini. Não diferenciar as expressões, conquanto a opção realizada pelo constituinte de 1988, é uma escolha de democracia do processo penal, nos termos salientados por Nereu José Giacomolli:

As fórmulas 'presunção de inocência' (formulação positiva) e 'presunção de não culpabilidade' (formulação negativa) são equivalentes, independentemente das possíveis distinções idiomáticas, semânticas e de purificação conceitual. Distinguir é reduzir o alcance da regra humanitária do *status libertatis*, afastando-se do conteúdo da previsão constante nos diplomas internacionais antes mencionados. Diferenciá-las é afastar o estado de inocência, é partir da culpabilidade e não da inocência. Também não há um estado de 'semi-inocente'. O conteúdo das expressões não pode gerar dúvidas acerca do estado de inocência e nem desvirtuar o regramento probatório, proteção da liberdade e o tratamento do sujeito como ser humano.¹¹³

Desse modo, é possível concluir que a presunção de culpabilidade ou de não-

110 FERRAJOLI, 2014, p. 507.

111 Segundo Maurício Zanoide de Moraes, o fato de o Brasil ter adotado a presunção de não-culpabilidade, e não a presunção de inocência, não traz nenhum prejuízo, pois há, atualmente, “uma sólida formação jurídica nacional no sentido de interpretar e aplicar o preceito constitucional como se nele estivesse explícito o princípio tradicional da 'presunção de inocência', não obstante seja outro o seu texto.” (MORAES, 2010, p. 224). Nesse sentido, também é a posição de Alexandra Vilela, ao comentar a presunção de inocência prevista na Constituição Italiana: “Destaque-se, todavia, que, com o passar dos anos, estas interpretações tornam-se minoritárias e, por sua vez, a doutrina mais recente entende que o art. 27.º, n.º 2, consagra uma presunção de inocência, não havendo lugar a qualquer distinção entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade.” (VILELA, 2005, p. 51).

112 STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b, p. 123.

113 GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 118.

culpabilidade foi adotada por Estados não-democráticos ao longo da história, os quais ignoraram o estado inicial de inocente dos acusados de crimes. Essa constatação, a par de demonstrar o quão atrasados foram esses sistemas processuais, permite reconhecer a importância em se ter uma presunção de inocência no processo penal, para que a história auxilie as pessoas a não repetirem os mesmos erros do passado, especialmente os vividos sob a égide de um processo penal que tratou qualquer pessoa acusada como culpada.

Atualmente, embora a ideia de presunção de inocência seja relativamente recente nas democracias mundiais, não pode haver mais dúvidas quanto à necessidade de existência de um “verdadeiro” estado inicial de inocência. Nessa toada, parte-se a seguir para a análise do significado do princípio em si, com o intuito de conferir a ele máxima eficácia.

1.4 A Presunção de Inocência como “Verdade” Inicial do Processo Penal Democrático

É bem verdade que os iluministas não pensaram a presunção de inocência enquanto uma presunção tecnicamente falando, pois a experiência que se tinha na época era da inquisição, na qual quase todos os julgamentos terminavam em condenação.¹¹⁴ Por isso, não havia inocência a ser presumida naquela ocasião.

Considerando a necessidade de conferir maior proteção aos réus do processo penal, em especial na relação deles com o Estado, tornando-o titular de direitos, a ideia do pensamento humanista era de que a presunção de inocência fosse um direito de garantia e de liberdade. Nesse sentido, define a doutrina contemporânea, pois Alexandre Vilela afirma expressamente ser a presunção de inocência um “direito subjectivo público pertencente aos direitos liberdades e garantias.”¹¹⁵

Efetivamente, a presunção de inocência, é direito fundamental subjetivo de liberdade e de garantia, não só por estar elencado expressamente no rol de direitos e garantias do art. 5º da Constituição Federal, mas sobretudo por funcionar como um direito que limita o poder punitivo do Estado. Ou seja, a presunção de inocência é um direito que garante ao acusado de crimes ser (direito de garantia) considerado inocente enquanto não transite em julgado a sentença penal condenatória contra ele (direito de liberdade).

No entanto, mesmo que não haja dúvida de que se trata de um direito subjetivo fundamental de garantia e de liberdade, prefere-se destacar a presunção de inocência sob a perspectiva de ser uma presunção, uma “verdade” inicial do processo criminal¹¹⁶, uma

114 MORAES, 2010, p. 144.

115 VILELA, 2005, p. 89.

116 DIVAN, Gabriel Antinolfi. Correlação entre *alegação* e *ônus* no processo penal brasileiro: breve estudo da

muralha de inocência¹¹⁷, que somente pode ser derrubada ao final do processo penal, pois esse é o pensamento que melhor confere eficácia ao princípio.

Como assinala Malatesta,¹¹⁸ a ideia de que a presunção de inocência seja uma presunção decorre da perspectiva de que homens e mulheres, no maior número dos casos, não cometam ações criminosas. Logo, como o maior número de pessoas não pratica crimes, o ordinário é que o maior número de pessoas seja inocentes. O ordinário, pois, por ser a regra da convivência humana, não precisa ser provado; é presumido.

Nessa situação está a presunção de inocência, que, por ser o estado regular das pessoas (não praticar crimes), é transferida para o processo penal. Ao iniciar o jogo (o processo penal), o réu, por estar inserido no ordinário, inicia o processo criminal inocente e absolvido. Portanto, o que se tem de “verdadeiro” no início do processo penal é a presunção de que o réu seja inocente, semelhante a uma presunção *iuris tantum*, porque admite prova em contrário,¹¹⁹ que é a decisão condenatória definitiva declarando o acusado culpado.

Nesse sentido, ensina Gabriel Antinolfi Divan, que não apenas salienta a presunção de inocência como “verdade” inicial do processo penal, como também define a consequência de tal conclusão para o magistrado:

Ao “presumir” um acusado como “inocente”, ao “considerá-lo” inocente, o julgador assume um pendor inicial para que se considere *verdadeira* (a princípio) a hipótese defensiva ou ao menos a tese mais benéfica para a manutenção do *status* de inocência (que é o estado natural a ser, eventualmente, modificado pela *exceção* que é a condenação atribuidora de *culpa*).¹²⁰

Augusto Jobim do Amaral se alinha à ideia de que a presunção de inocência seja uma presunção, ou seja, a “verdade” inicial do processo penal, pois a garantia, “até que se prove em contrário”, trata-se de um corolário lógico-racional do próprio processo e primeira garantia fundamental assegurada ao cidadão pelo procedimento.”¹²¹

sintaxe constitucional da “presunção de inocência” e sua interpretação não circular. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonardo dos (org.). **"Direito Penal e Política Criminal"** - Atas do 6º Congresso Internacional de Ciências Criminais. PUCRS-BRASIL, 2015a, pp. 473-491. Disponível em: <https://www.academia.edu/28425986/Correla%C3%A7%C3%A3o_entre_alega%C3%A7%C3%A3o_e_%C3%B4nus_no_processo_penal_breve_estudo_da_sintaxe_constitucional_da_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%Aancia_e_sua_interpreta%C3%A7%C3%A3o_n%C3%A3o_circular>. Acesso em: 09 jan. 2017, p. 489.

117 ROSA, Alexandre de Moraes. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 217.

118 MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004, p. 139.

119 VILELA, 2005, p. 83.

120 DIVAN, 2015a, p. 477.

121 AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun. 2013.

Sendo a inocência a primeira das garantias do processo penal, não por outra razão se deve considerá-la como “*estado* fundamental do cidadão, retrato da opção política ínsita ao Estado Democrático de Direito.”¹²² Tanto é assim que Luigi Ferrajoli coloca a presunção de inocência, ao lado do habeas corpus e da reserva de jurisdição em matéria penal, como uma das três garantias fundamentais do axioma do princípio da jurisdicionariedade (*nulla culpa sine iudicio*).¹²³ Segundo Ferrajoli,

[...] o princípio de submissão à jurisdição – exigindo, em sentido lato, que não haja culpa sem juízo (axioma A7), e, em sentido estrito, que não haja juízo sem que a acusação se sujeite à prova e à refutação (Tese T63) – postula a presunção de inocência do imputado até prova contrária decretada pela sentença definitiva de condenação.¹²⁴

Com esse raciocínio, afirma-se que a presunção de inocência é o *plus*¹²⁵ do processo penal no sistema garantista, pois todas as decisões do sistema processual giram em torno da presunção de inocência e devem respeitar esse direito fundamental. Ela adjetiva o sistema processual garantista. Por isso, o processo e o próprio julgador devem maximizar as potencialidades da tese situacional.¹²⁶ É esta a garantia que precisa ser enfocada num Estado Democrático de Direito baseado em direitos fundamentais, ou seja, esse modo de pensar forma a máxima eficácia desse direito fundamental.

Portanto, os princípios jurídicos positivam as finalidades mais essenciais a serem buscadas pela sociedade, que são os direitos fundamentais. Considerando a natureza dos direitos tutelados pelos princípios, eles possuem a função de, ao serem aplicados, levar até a população esses direitos mais importantes, além de exigir que as decisões judiciais tomem por base argumentos de princípios, e não de política.

Inseridos nesse contexto, os princípios do processo penal orientam e dão o norte para o sistema de persecução criminal. Como eles preveem uma série de direitos fundamentais, que representam escolhas realizadas pelo Estado na matéria, eles criam um sistema de garantias como condição anterior à superação do estado de inocente dos acusados por meio da sentença penal condenatória. Assim, os princípios do processo penal limitam o *ius puniendi* do Estado.

A presunção de inocência exerce papel dos mais importantes nesse sistema, pois, além de ser direito público subjetivo de liberdade e de garantia, consiste na “verdade” inicial do

Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p85/246>>. Acesso em: 06 out. 2017, p. 86.

122 AMARAL, 2013, p. 87.

123 FERRAJOLI, 2014, p. 496.

124 FERRAJOLI, 2014, p. 505.

125 DIVAN, 2015b, p. 124.

126 DIVAN, 2015b, p. 124.

sistema processual, ou seja, no modo como o réu inicia o processo penal e vai até o final, a não ser que essa qualidade seja descaracterizada pela sentença penal condenatória.

A seguir, ver-se-á os três modos (as três funções) de como o princípio se manifesta no sistema processual, em especial tendo a presunção de inocência como *plus* do sistema garantista.

2 O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA ENQUANTO PRESUNÇÃO E ENQUANTO MEIO DE ASSEGURAR A LIBERDADE DAS PESSOAS NO PROCESSO PENAL

Conforme proposto por Maurício Zanoide de Moraes¹²⁷, o princípio da presunção da inocência possui três regras ou três normas: “normas de tratamento”, “norma probatória” e “norma de juízo”. Essas regras consistem nas funções exercidas pela garantia ao longo da persecução criminal, ou seja, três importantes eficácias que garantem a “verdade” inicial do processo penal.

Na função de “norma probatória”, a presunção de inocência garante ao acusado se encontrar desobrigado de demonstrar sua inocência, cabendo à acusação, por consequência, provar a culpabilidade do réu.¹²⁸ Ou seja, o encargo probatório no processo penal é todo da acusação. A gestão da prova e a regra de instrução no processo penal são questões que estão ligados à função da presunção de inocência enquanto “norma probatória”.

Na função de “norma de juízo”, a presunção de inocência garante que, em situação de dúvida, por não terem sido provados todos os elementos do crime, o juiz deva absolver o réu, sem que sobrevenha para ele qualquer consequência negativa.¹²⁹ A expressão latina *in dubio pro reo*, amplamente utilizada nas decisões penais como fundamento, é manifestação da presunção de inocência enquanto “norma de juízo”. A gestão da prova e a regra de julgamento no processo penal estão ligadas à função da presunção de inocência enquanto “norma de juízo”.

Por fim, na função de “norma de tratamento”, a presunção de inocência garante o modo – como inocente – com que o réu deve ser tratado durante o desenrolar do processo criminal até que seja proferida decisão definitiva. Ele não pode, “de qualquer jeito, encontrar-se diminuído social, moral e fisicamente no confronto com outros cidadãos, que, no momento, não se encontram sujeitos a qualquer processo-crime.”¹³⁰ Destarte, questões atinentes à possibilidade de prisão processual do réu e da forma com que ele deve ser tratado pela mídia estão relacionadas com a presunção de inocência enquanto “norma de tratamento”.

Passa-se, pois, ao estudo de tais pontos. O objetivo é enfocar o modo como a presunção de inocência influencia o processo penal em seus mais diversos pontos – gestão da prova, regra probatória, regra de julgamento e prisão processual –, de modo a limitar o poder

127 MORAES, 2010, pp. 427-481.

128 VILELA, 2005, p. 59.

129 VILELA, 2005, p. 59.

130 VILELA, 2005, p. 58.

estatal e ser o efetivo *plus* da perspectiva garantista do processo penal. Nos dois primeiros subcapítulos (gestão da prova e ônus probatório), a garantia atuará, principalmente, como verdadeira presunção inicial de inocência. No terceiro subcapítulo (prisão processual), ela atuará, em especial, como meio de assegurar a liberdade do acusado.

2.1 A Presunção de Inocência e a Gestão da Prova (“Norma Probatória” e “Norma de Juízo”)

A presunção de inocência enquanto “norma probatória” e “norma de juízo” possui repercussão na gestão da prova, ou seja, nos poderes instrutórios do juiz e das partes, pois, presumindo-se o acusado inocente durante o processo criminal, deve-se analisar qual o papel do juiz durante a gerência da prova do processo criminal.

Para entender o modo como se dá a gestão da prova no processo penal, há necessidade de se analisar os sistemas processuais penais, porquanto a característica fundamental do sistema inquisitório é estar a gestão da prova confiada essencialmente ao magistrado,¹³¹ enquanto no sistema acusatório a gestão das provas está confiada às partes.¹³²

Tendo como norte, assim, estar a gestão da prova nas mãos do juiz ou das partes, é que Alberto Binder assinala que os sistemas processuais podem confiar a construção do relato final da sentença exclusivamente na clareza e virtude de uma única pessoa (sistema inquisitório) ou confiar em um método de confrontação, discussão e debates (sistema acusatório).¹³³

Conforme referido no primeiro capítulo, o sistema inquisitório adveio¹³⁴ para manter o

131 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal.** (Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 1-18, p. 24.

132 COUTINHO, 2010, p. 37.

133 BINDER, 2003, p. 62. Parte da doutrina sustenta existir ainda um terceiro sistema processual, denominado de adversarial, o qual seria semelhante ao sistema acusatório puro, encontrado principalmente nos países de origem anglo-saxão, mas diferente do sistema acusatório dos países de influência romano-germânica. Nesse sentido, Nereu José Giacomolli afirma que o sistema adversarial se destaca pela disponibilidade da ação penal pelo órgão acusador e pela renúncia de direitos fundamentais pela defesa, com o objetivo de o acusado receber alguns benefícios. São, ainda, características do sistema adversarial o julgamento pelo Tribunal do Júri, o contraditório público e oral, a não-atuação de ofício do julgador, a irrecorribilidade da decisão absolutória dos jurados e a confiança nas decisões. Contudo, Giacomolli defende não ser possível afirmar ter os EUA adotado o sistema adversarial, “em face do elevado percentual de acordos criminais, com renúncia de garantias, um não processo.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 93).

134 Como já referido no subcapítulo 1.3, na nota n.º 66, o sistema processual inquisitório é encontrado já na Roma Imperial, em sistema conhecido como *cognitio*, baseado na *inquisitio*, que tinha como principal característica os amplos poderes conferidos ao magistrado para iniciar, produzir provas e julgar. Esse sistema, segundo Prado, foi a semente para o surgimento da Inquisição que dominou o continente europeu anos mais tarde. (PRADO, 2015, pp. 126-134).

poder dos reis sobre o sistema feudal e para possibilitar a repressão criminal da heresia por parte da Igreja. No âmbito da Igreja Católica, teve seu marco histórico no IV Concílio de Latrão (1215).¹³⁵ Uma das principais características do sistema inquisitório está na gestão da prova, pois inexistente a separação entre as figuras de acusador e julgador, sendo lícito ao magistrado realizar a imputação, produzir a prova e decidir o caso.¹³⁶ De se destacar, ainda, como características do sistema inquisitório quando de seu surgimento o sistema tarifado das provas, em que a confissão recebe o valor supremo, e a tortura é institucionalizada como meio idôneo para obtê-la.¹³⁷

O objetivo do sistema inquisitório é a busca da verdade absoluta,¹³⁸ considerando que, em sua origem, o inquisidor visava perseguir todos aqueles que ameaçassem o poder da Igreja,¹³⁹ em especial os hereges, que cometiam os crimes de consciência e não acreditavam nos dogmas de fé da Igreja Católica.

O prejuízo do sistema inquisitório é a baixa qualidade da decisão prolatada, pois o julgador se utiliza da lógica dedutiva, “que deixa ao inquisidor a escolha da premissa maior, razão pela qual pode decidir antes e, depois, buscar, quiçá obsessivamente, a prova necessária para justificar a decisão.”¹⁴⁰ Nesse contexto, essa busca pela verdade do sistema inquisitório torna a decisão judicial distante da noção da verdade como limite ao poder e desconfigura o sentido do fato que está sendo reconstituído.¹⁴¹

O sistema acusatório, por sua vez, tem como marco o governo de Henrique II, entre os anos de 1154 a 1189,¹⁴² quando do aparecimento do *Grand Jury*, embora já haja referência a tal sistema processual de forma organizada na Roma Republicana.¹⁴³ Nele, há clara distinção entre as funções de acusar e julgar, a iniciativa probatória deve ser das partes¹⁴⁴, e o juiz mantém-se “como um terceiro imparcial, alheio a labor da investigação e passivo no que se

135 COUTINHO, 2010, p. 2.

136 CARVALHO, 2013, p. 138.

137 CARVALHO, 2013, p. 138. Por admitir a tortura como meio de prova, Salo de Carvalho afirma que “o réu, longe de ser um sujeito (de direito) processual, é um mero objeto de investigação: o imputado detém com exclusividade a verdade histórica (material).” (CARVALHO, Salo de. **Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR. Curitiba, PR, Brasil, jun. 2005, pp. 35-56, p. 41).

138 LOPES JR., 2006, p. 169.

139 KHALED JR., 2016, p. 65.

140 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à teoria geral do direito processual penal** (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 25.

141 KHALED JR., 2016, p. 442.

142 COUTINHO, 2010, p. 5

143 Como já referido no subcapítulo 1.3, na nota n.º 66, o sistema processual acusatório tem como embrião a *acusatio* encontrada na Roma Republicana (Antiguidade), cujas principais características são a existência de um acusador particular, diverso da pessoa do magistrado, e a produção de provas a cargo das partes, mediante contraditório público e oral (PRADO, 2015, pp. 131).

144 LOPES JR., 2006, p. 164.

refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo.”¹⁴⁵

A vantagem do sistema acusatório está na qualidade da decisão prolatada, considerando que o magistrado não passa todo o processo criminal tentando provar a versão que lhe foi apresentada. Por isso, Aury Lopes Jr. afirma que o sistema acusatório assegura imparcialidade e tranquilidade psicológica para o juiz, o que permite tratamento respeitoso ao acusado, como autêntico sujeito passivo do processo penal.¹⁴⁶

O tratamento respeitoso advindo do sistema acusatório, segundo Lopes Jr.¹⁴⁷, deve-se ao fato de o juiz nesse sistema não ficar “apaixonado” pela versão acusatória. Ao se distanciar da atividade probatória destinada a confirmar a versão da acusação, o julgador passa a tratar o réu não como condenado, e sim como inocente, ou seja, como pessoa titular de direitos. Desse modo, o magistrado respeita a tese situacional da presunção de inocência.

A Revolução Francesa de 1789 e os ideais iluministas, na linha do que ocorrera com a evolução do princípio da presunção de inocência, adotaram o sistema acusatório,¹⁴⁸ o qual exerceu papel relevante para a formação de uma nova estrutura das ciências criminais sob as perspectivas humanistas e racionalistas. Nela, há uma cisão da antiga concepção de crime-pecado, e o crime passa a ter de ser previsto em lei (princípio da legalidade), abrindo-se espaço para a laicização do direito e do processo penal.¹⁴⁹

Contudo, o Código Napoleônico de 1808, fonte inspiradora de grande parte da legislação processual penal latina,¹⁵⁰ deu vida ao processo misto, caracterizado por ser uma junção entre os processos acusatórios e inquisitório. Nele, havia a prevalência inquisitória na primeira fase, escrita, secreta e sem a participação do acusado, e a prevalência acusatória na segunda fase, caracterizado pelo contraditório público e oral entre acusação e defesa, porém destinado a se tornar uma mera repetição ou encenação da primeira fase.¹⁵¹

Conforme explica Salo de Carvalho, o advento do Código Napoleônico de 1808, manteve aceso o processo penal inquisitório. Essa legislação tornou breve no curso da história a existência do processo penal democrático e humanista, elaborado sob a égide das Revoluções do final do século XVIII, pois os diplomas processuais que se seguiram ao Código de 1808 reproduziram a principal característica do sistema inquisitório, qual seja, a concentração dos poderes instrutórios na figura do juiz.¹⁵²

145 LOPES JR., 2006, p. 164.

146 LOPES JR., 2006, p. 165.

147 LOPES JR., 2006, p. 165.

148 FERRAJOLI, 2014, p. 521.

149 CARVALHO, 2005, p. 48.

150 CARVALHO, 2013, p. 159.

151 FERRAJOLI, 2014, pp. 521-522.

152 CARVALHO, 2005, pp. 54-55.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941, na linha do Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código *Rocco*), é manifestação desse chamado sistema processual misto, com nítida marca inquisitorial. Nesse contexto, é a lição de Francisco Campos, um dos autores do anteprojeto de lei que veio a se tornar o Código de Processo Penal brasileiro de 1941. Campos defendeu a necessidade de o juiz agir de ofício para alcançar a verdade, por ser o processo um instrumento público de distribuição da justiça:

Sem deixar de assegurar, de forma sincera e eficaz, a defesa dos acusados, faz por não tornar ilusória a defesa da sociedade contra o crime, e oferece os meios necessários para a completa apuração da verdade nos processos criminais, adotando o princípio, hoje vencedor em todas as democracias do mundo, da liberdade de iniciativa das provas por parte dos juízes e do livre convencimento do julgador. Não quer dizer que este possa julgar sem provas, nem que os julgados possam ser pronunciados contra as provas existentes nos autos. As provas é que podem ser apreciadas livremente, liberto o juiz de normas preestabelecidas para determinar-lhe os meios de apreciação.¹⁵³

Embora a denominação de sistema processual misto, o fato é que inexistem sistemas processual misto. Consoante ensina Jacinto Coutinho, só existem os sistemas inquisitório e acusatório. O que sucede é que alguns países preveem a adoção de elementos dos dois sistemas, razão por que os sistemas adotados por alguns países são mistos. Nesses casos, eles conjugam elementos típicos do sistema acusatório e do inquisitório.¹⁵⁴ Mas, na essência e por si, não existe sistema misto, tratando-se de um “processo inquisitivo minimizado e dissimulado, pasteurizado, uma degeneração”¹⁵⁵.

Não existindo sistema processual misto, caracteriza-se um sistema como inquisitório ou acusatório de acordo com suas principais características, sendo a principal a gestão das provas. No sistema inquisitório, o juiz, pela origem desse sistema, possui ampla liberdade para produção probatória, considerando que sua meta é atingir a suposta verdade. Por outro lado, no sistema acusatório, o juiz está afastado da produção probatória, e a busca da verdade não pode ser a sua meta, pela imparcialidade que ele deve manter para julgar o caso penal. Por isso, o “discurso sobre a verdade e os poderes conferidos ao juiz é o divisor de águas entre os sistemas processuais.”¹⁵⁶

153 CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 141. Do mesmo modo que Campos, é a lição de Vincenzo Manzini, uma das maiores influências do *Codice Rocco*, que defendia que o juiz “No está obligado a fundar su decisión em lo que le presentan em ministerio publico y el imputado; tiene la facultad y el deber de ordenar y cumplir por própria iniciativa, 'de oficio', las investigaciones ulteriores que estime útiles para descubrir la verdad real.” (MANZINI, 1951, p. 262).

154 COUTINHO, 2010, p. 8.

155 GIACOMOLLI, 2016, p. 95.

156 THUMS, 2006, p. 187.

Há, contudo, doutrina defendendo a possibilidade de produção probatória de ofício pelo magistrado, mesmo no sistema acusatório.

Nesse sentido, Michele Taruffo¹⁵⁷, embora escrevendo aparentemente direcionado para o processo civil, defende que a dicotomia entre sistema inquisitório e sistema acusatório é superada e inútil, porquanto as tradicionais características que separaram os dois sistemas, como, por exemplo, a iniciativa probatória do juiz, em realidade, estiveram presentes tanto em modelos da *commow law* (tradicionalmente acusatório) como em modelos da *civil law* (tradicionalmente inquisitório). Assim, elas não servem para realizar a separação proposta.

Ao tratar do sistema anglo-americano, historicamente tido por acusatório, Taruffo afirma que “o processo anglo-americano ordinário atualmente se caracteriza pela existência de acentuados poderes do juiz, principalmente no plano da direção do procedimento”¹⁵⁸, razão por que o mencionado autor admite a iniciativa probatória por parte do magistrado inclusive nos chamados sistemas acusatórios.¹⁵⁹

Quanto aos sistemas da *civil law*, Taruffo afirma ser falsa a percepção de que se caracterizaria por ser um sistema com fortes poderes instrutórios do juiz e que “esconderia por trás de uma generalização indevida problemas assaz complexos, que encontram soluções muito diversas nos vários ordenamentos”¹⁶⁰. Segundo ele, os sistemas da *civil law* adotaram orientações muito diferentes nos procedimentos aplicáveis nas matérias específicas.¹⁶¹

Jorge Figueiredo Dias¹⁶² é outro autor que admite a produção probatória pelo juiz no sistema acusatório. Segundo ele, inserido no princípio acusatório, existiria o princípio da investigação, o qual permitiria ao juiz investigar e esclarecer oficiosamente, independente das contribuições das partes, todas as circunstâncias consideradas relevantes para o fato submetido a julgamento. O princípio investigatório também não limitaria a atividade probatória do Ministério Público, do assistente ou do acusado e não conduziria o processo para um sistema inquisitório.

Michele Taruffo e Jorge Figueiredo Dias pecam, contudo, justamente por desconsiderarem o princípio presunção de inocência. Já existe no sistema processual um órgão estatal incumbido da função de desconstituir a presunção de inocência, que é o

157 TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de *civil law* e de *common law*. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, pp. 141-158, abr. 2003, p. 145.

158 TARUFFO, 2003, p. 145.

159 Em realidade, Taruffo afirma estar superada a separação em sistemas inquisitório e acusatório, propondo a divisão dos modelos processuais em modelos estruturais, funcionais e supranacionais (TARUFFO, 2003, pp. 155-158).

160 TARUFFO, 2003, p. 145.

161 TARUFFO, 2003, p. 145.

162 DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 192.

Ministério Público, inclusive auxiliado de perto, no Estado brasileiro, por outro órgão estatal, que é a Polícia Judiciária.¹⁶³ Logo, o Estado não precisa e não pode ter outro órgão para exercer essa função. Se o Poder Judiciário o fizer, estará ele exercendo a função de buscar provas para desconstituir a presunção constitucional de inocência, além de contaminar a sua imparcialidade.

Por isso, deve-se concordar com Alberto Binder, ao expor que, no sistema acusatório, quem desempenha a função de aquisição de informação (provas) e de convencimento do juiz, mediante argumentos e contra-argumentos, são os promotores e os defensores, num autêntico processo penal democrático (considerando que a suposta verdade deve ser levada ao juiz pelas partes, e não o juiz deve ir atrás dela). Por isso, as regras da prova do sistema acusatório limitam a aquisição da informação.¹⁶⁴

Em consequência, a busca da verdade, por ser ela que fundamenta o sistema inquisitório e que está por detrás da justificativa para a gestão da prova nas mãos dos juízes, deve ser afastada do sistema acusatório e do processo criminal democrático.

O juiz é um ser histórico e que se utiliza da linguagem para sua percepção, de modo que, ao compreender e interpretar, durante o círculo hermenêutico, não será possível a ele completa neutralidade. Ele traz toda sua historicidade no momento de interpretar, razão por que é um equívoco defender que o juiz disponha de poderes sobrenaturais, como se fosse uma superpessoa, para descobrir a verdade absoluta ou relativa.¹⁶⁵ O mito da verdade e da figura do juiz como ser superior capaz de desvelar a verdade está ao lado da possibilidade de condenações equivocadas e acrílicas pela população:

Embora o juiz não seja um ser divino, o sistema jurídico assim o caracteriza, quer através dos ritos judiciários, quer através das agências de formação do conhecimento, originando o mito (à semelhança das funções sacerdotais).

[...]

Constrói-se então o mito sobre a verdade. A dogmática acredita no mito e o povo não questiona a manipulação dos conceitos. Se houver injustiça, fica restrita à visão do injustiçado. Para a sociedade o fato está esclarecido e a “justiça” está feita.¹⁶⁶

Não sendo possível, por tais motivos, a descoberta da verdade – em especial pela possibilidade de maximizar erros judiciários, obtidos pela figura de um juiz parcial e que viola a presunção de inocência –, deve-se abandonar o processo criminal sob a ótica positivista e

163 CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. **Processo penal e constituição. Princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 198.

164 BINDER, 2003, p. 64

165 KHALED JR., 2016, p.464.

166 THUMS, 2006, pp. 192 e 194.

newtoniano-cartesiano¹⁶⁷ (como se fosse possível extrair exatamente a verdade, bastando ter uma fórmula para tanto). Em contrapartida, defende-se o processo penal baseado em princípios previstos na Constituição Federal, tendo as regras do jogo e o princípio da presunção de inocência importância fundamental para limitar o poder do Estado.

Com a sentença, como ensina Salah Khaled Jr., o juiz realiza não uma busca pela verdade, mas sim uma reconstrução analógica do fato ocorrido a partir do respeito das regras do jogo, a fim de minimizar a possibilidade de condenações equivocadas.¹⁶⁸ A “verdade terá que fundamentalmente ser tida como produzida (signo de Análogo) e não encontrada ou extraída das coisas, mesmo sob a forma relativa (signo de Mesmo).”¹⁶⁹ Por isso, no sistema acusatório, em que a produção probatória fica a cargo das partes, a meta do magistrado não pode ser a busca pela verdade, senão que a realização de um processo penal que observe os princípios fundamentais e as regras processuais (as regras do jogo).

A separação entre as funções de acusar e julgar e a necessidade de que o magistrado fique afastado da gestão da prova é uma das regras do jogo mais importantes, consistente numa das garantias processuais ou instrumentais propostas por Luigi Ferrajoli, em sua teoria do garantismo: “Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação.”¹⁷⁰

Destarte, estando a função de julgar separada da função de acusar, no sistema acusatório, Nereu José Giacomolli sintetiza como deve ser a gestão da prova do magistrado num processo penal democrático, marcado pela presunção de inocência e afastado da busca pela verdade:

Cabe às partes a proposição dos meios de prova, bem como da metodologia de busca da prova. É certo que a prova se destina ao convencimento do julgador, pois é ele quem decide; entretanto, na moldura constitucional acusatória, do devido processo, o magistrado é quem julga o que as partes produzem nos autos. Ao juiz não cabe provar e nem contraprovar, decide com o que foi produzido nos autos.¹⁷¹

O Brasil, pela Constituição Federal de 1988, adotou o sistema acusatório, pois os princípios e regras constitucionais que dizem com o processo penal são praticamente

167 NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Um breve ensaio sobre os pressupostos epistemológicos ao discurso científico do direito processual penal. **Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** (Org. Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 573-604, p. 577.

168 KHALED JR., 2016, p. 526.

169 KHALED JR., 2016, pp. 530-531.

170 FERRAJOLI, 2014, p. 562.

171 GIACOMOLLI, 2016, p. 223.

inconciliáveis com o sistema inquisitório. Assim, a previsão de titularidade exclusiva da ação penal pública a cargo do Ministério Público (art. 129, I), o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), o devido processo legal (art. 5º, LIV), a presunção de inocência (art. 5º, LVII) e a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX) são disposições que demonstram a opção do poder constituinte brasileiro pelo sistema processual acusatório.¹⁷²

No Código de Processo Penal brasileiro em vigor, contudo, enunciados demonstram a opção do legislador pela busca da verdade material¹⁷³, a comprovar a adoção do sistema inquisitorial, fortemente influenciado pelo Código Napoleônico de 1808 e pelo Código Italiano *Rocco* de 1930. Com efeito, são diversas as disposições na legislação processual brasileira dando conta da possibilidade do agir de ofício do magistrado. A título de exemplo, citam-se a requisição do inquérito policial (art. 5º, II), a possibilidade de produção de provas (art. 156)¹⁷⁴, a inquirição de testemunhas (art. 209), a decretação da prisão preventiva (art. 311) e a possibilidade de condenar o réu, mesmo diante do pedido de absolvição do Ministério Público (art. 385).

O que se tem, assim, na realidade brasileira, é um choque entre a legislação ordinária, de um lado, nitidamente inquisitorial, e a Constitucional Federal e os demais tratados de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte, de outro, com características do sistema acusatório. Esse panorama faz com que a majoritária doutrina brasileira¹⁷⁵, com base na prática forense, na jurisprudência e na legislação ordinária, entenda adotar o Brasil o sistema inquisitório e antidemocrático. Por conta disso, Salo de Carvalho afirma que restou aos países de tradição jurídica romano-germânica, embora o sistema acusatório tenha sido institucionalizado pela Revolução Francesa, “o gosto do triunfo não gozado”¹⁷⁶, a fim de demonstrar que esses Estados não chegaram a usufruir de um sistema acusatório e democrático.

172 LOPES JR., 2017, p. 93.

173 GIACOMOLLI, 2016, p. 90.

174 Sobre a inconstitucionalidade do art. 156 do Código de Processo Penal, ao permitir a produção de provas de ofício pelo magistrado, confira-se: “[...] não possui validade constitucional a segunda parte do art. 156 do CPP, quando autoriza a atuação *ex officio* do juiz para dirimir dúvidas, sobre ponto relevante, no curso do processo. Ora, a dúvida implica a absolvição em face do *in dubio pro reo*.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 223).

175 Nesse sentido, os seguintes doutrinadores consideram adotar o Brasil, na prática forense, o sistema inquisitório: Nereu José Giacomolli (GIACOMOLLI, 2016, p. 97), Aury Lopes Jr. (LOPES JR., 2017, pp. 93-94), José Nelson de Miranda Coutinho (COUTINHO, 2010, p. 11) e Salah H. Khaled Jr. (KHALED JR., 2016, p. 155). Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho (CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 201) e Eugênio Pacelli de Oliveira (OLIVEIRA, 2011, p. 325), embora não sustentem de forma expressa estar o Brasil sob a égide de um sistema inquisitório, defendem a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que possibilitam ao juiz produzir provas de ofício, em atenção ao princípio acusatório, adotado pela Constituição Federal.

176 CARVALHO, 2013, p. 161.

Efetivamente, a prática brasileira está contaminada por casos que caracterizam e fazem preponderar um verdadeiro sistema inquisitório, muitas vezes reconhecidas inclusive pelos Tribunais superiores, a despeito das disposições constitucionais. Basta lembrar a respeito da inobservância do art. 212 do Código de Processo Penal¹⁷⁷, o que tem possibilitado que juízes já iniciem a audiência realizando perguntas à testemunha, em demonstração da busca da verdade pelo magistrado, o que compromete a sua imparcialidade e viola a presunção de inocência do réu.

Diante de todo esse contexto, o princípio da presunção de inocência não tem sido suficientemente protegido na realidade brasileira, pelo menos enquanto “verdade” processual inicial a ser definitivamente quebrada, ou seja, enquanto presunção do estado de inocente da pessoa.

Ao determinar a produção de provas de ofício, o julgador estará não apenas violando a sua imparcialidade, uma vez que estará se comprometendo com a versão do órgão acusador, como também ignorará o estado de inocente da pessoa, considerando que ele irá atrás de uma prova que, além de não ser sua atribuição produzi-la, nem precisaria ser feita.

Em outras palavras, há incompatibilidade entre as funções de julgar fundamentada na presunção de inocência – o julgador possui a função de decidir se uma pessoa acusada praticou determinado crime – e de produzir determinada prova, porquanto quem produz prova tem o interesse que a sua versão seja confirmada. Não fosse assim, não haveria necessidade da produção probatória, pois, enquanto não condenado por decisão definitiva, o réu permanece na condição de absolvido.

O sistema acusatório, portanto, caracterizado por estar a gestão das provas confiada às partes, estando o juiz distante da atividade probatória e sendo proibido ao julgador agir de ofício, é o que mais se coaduna com um processo penal democrático, concebido a partir da inocência enquanto “verdadeira” presunção de inocência inicial do processo criminal. A função do juiz na gestão da prova resume-se, pois, a “analisar a admissibilidade dos meios de prova e da metodologia probatória, avaliando o que for produzido nos autos.”¹⁷⁸ Nada mais que isso, sob pena de serem os juízes transformados em verdadeiros Torquemadas¹⁷⁹ da busca pela verdade, o que é inconcebível num Estado Democrático de Direito, em que há previsão de um órgão oficial com atribuições para acusar.

Para finalizar, questão relevante que surge e que diz respeito à gestão da prova é a

177 STF, HC 114512, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 24/09/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-221 DIVULG 07-11-2013 PUBLIC 08-11-2013.

178 GIACOMOLLI, 2016, p. 222.

179 THUMS, 2006, p. 283.

possibilidade de uma atuação probatória residual, limitada ou complementar pelo magistrado, ou seja, se o juiz estaria autorizado a atuar a partir da prova já produzida pelas partes, sem que isso implicasse desigualar a relação processual e violasse o princípio da presunção de inocência.

Eugênio Pacceli de Oliveira distingue iniciativa probatória de iniciativa acusatória, para dizer que a “iniciativa acusatória estará sempre presente quando o juiz, qualquer que seja o argumento declinado, empreenda atividade probatória de iniciativa da acusação.”¹⁸⁰ Para o autor¹⁸¹, a iniciativa acusatória não seria possível de ser realizada, pois configuraria atuação substitutiva ou mesmo supletiva ao órgão acusador, que é o detentor do ônus processual de provar, o que é vedado pelo próprio sistema acusatório. Restaria ao julgador, assim, a possibilidade de iniciativa probatória, sem que isso implicasse a violação ao sistema acusatório.

Complementando sua ideia, Pacceli de Oliveira¹⁸² defende a possibilidade de iniciativa acusatória em favor da defesa, ou seja, a possibilidade de o juiz determinar a produção de provas de ofício quando antever a possibilidade de demonstração da inocência do réu. Justificar-se-ia tal conduta judicial, segundo ele, pela necessidade de tratamento distinto entre iguais e desiguais, pois o Estado, no processo penal, estaria em situação de superioridade quando comparado com o réu.

Em sentido semelhante, é a posição de Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, o qual defende que a postura do juiz no procedimento probatório pode ser dividida em duas dimensões: a da profundidade e a da extensão (ou largura). Com essa distinção, os poderes instrutórios do juiz seriam “ilimitados na profundidade das provas trazidas pelas partes, mas limitados na extensão das provas requeridas pelas partes”¹⁸³. Isso significa que não poderia o magistrado determinar produção probatória de ofício, mas poderia ele agir na prova já requerida pelas partes. Assim, o juiz não poderia determinar de ofício o depoimento de uma testemunha, mas poderia realizar qualquer pergunta a ela, uma vez que estaria dentro da extensão proposta pela parte.¹⁸⁴

A justificativa para ser ilimitada a atuação do magistrado na profundidade das provas trazidas pelas partes estaria, segundo o autor, na sua legitimação para aferir a credibilidade,

180 OLIVEIRA, 2011, p. 326.

181 OLIVEIRA, 2011, p. 326.

182 OLIVEIRA, 2011, p. 327.

183 CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. Perspectivas principiológicas de um projeto de código de processo penal acusatório. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal** (Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 19-24, p. 20.

184 CASTANHO DE CARVALHO, 2010, pp. 19-20.

autenticidade, sanidade e demais atributos da prova produzida.¹⁸⁵

Castanho de Carvalho¹⁸⁶, no entanto, não admite a possibilidade de o juiz produzir prova de ofício em favor do réu, pois, embora a prova possa ser produzida na confiança de que venha a beneficiar o réu, pode ocorrer de ela reverter em favor da acusação, caso em que ela já estará produzida e restará ao magistrado valorar a prova. Para o doutrinador, neste caso, não haveria a necessidade de produzir a prova, mesmo para beneficiar por hipótese o réu, pois, pela presunção de inocência, o acusado já estaria absolvido.

Em posição oposta estão autores como Salah H. Khaled Jr.¹⁸⁷, Aury Lopes Júnior¹⁸⁸ e Nereu José Giacomolli¹⁸⁹. Eles defendem que o juiz não pode ter qualquer atividade probatória, mesmo a residual, limitada ou complementar. Por todos, Khaled Jr.¹⁹⁰ defende que qualquer atividade probatória se mostra danosa ao acusado, por desconsiderar o *in dubio pro reo*, levando-se em conta que, na dúvida, o juiz parte em busca de provas, o que só tem o objetivo de obter a condenação a qualquer custo. Finaliza o autor¹⁹¹, afirmando que a iniciativa probatória residual mascara uma perspectiva inquisitória e antidemocrática do processo penal.

Não se concorda com a posição de Eugênio Pacceli de Oliveira, porquanto não é possível a existência de iniciativa probatória por parte do magistrado, mesmo que, por hipótese, não esteja substituindo o órgão acusador. Também não se alinha à posição de Castanho de Carvalho, por não ser possível ser ilimitada a atividade do magistrado na produção probatória, ainda que a partir de prova requerida por quaisquer das partes. Nesses casos, a persistir as ideias dos autores, subsistiria a possibilidade de um magistrado ativo na produção probatória, o que, de fato, camufla a insistência no pensamento inquisitorial e da busca da verdade, olvidando-se do princípio da presunção de inocência.

Também não se concorda com as posições de Salah H. Khaled Jr., Aury Lopes Jr. e Nereu José Giacomolli, os quais não admitem a existência de qualquer atividade probatória residual, limitada ou complementar. Há situações, conforme observa Alexandre Morais da Rosa¹⁹², em que a prova está sendo produzida e que por dificuldades de cognição do juiz ou

185 CASTANHO DE CARVALHO, 2010, p. 20.

186 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 199.

187 KHALED JR., 2016, 151,

188 LOPES JR., 2006, pp. 177-178.

189 GIACOMOLLI, 2016, p. 96. Nereu José Giacomolli, contudo, admite expressamente a possibilidade de atuação probatória em favor do réu: “A única admissibilidade válida é da atuação *ex officio* do magistrado para garantir e proteger os direitos e a liberdade do imputado, como guardião das liberdades.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 222).

190 KHALED JR., 2016, p. 151.

191 KHALED JR., 2016, p. 154.

192 ROSA, 2016, p. 443.

das partes não é possível o seu entendimento, casos em que o magistrado pode agir. Nessas situações, não há falar em violação ao princípio da presunção de inocência, em busca da verdade pelo magistrado ou em agir inquisitorial, pois não ocorrerá iniciativa probatória do julgador, e sim das partes, considerando que são elas que produzirão a prova.

Portanto, há possibilidade de função residual, limitada ou complementar da atuação probatória do magistrado, desde que não amplie a cognição ou o enquadramento fático trazido pelas partes. Nesse sentido, é a posição de Alexandre Morais da Rosa, ao explicar a única hipótese de aceitação da função complementar do art. 212 do Código de Processo Penal:

Não se pode negar o papel supletivo do juiz previsto no parágrafo único do art. 212 do CPP. Mas em que consiste essa função complementar? Se for para simplesmente deixar as perguntas serem formuladas pelos jogadores (acusação e defesa) e depois perguntar livremente o que quiser, mais uma vez prevalece uma leitura inquisitória. O papel do juiz seria a complementação das dificuldades de cognição fixadas pelos limites fático-argumentativos trazidos pelos jogadores, não podendo ampliar a cognição. A complementação é o esclarecimento do detalhe e não a superposição de funções.¹⁹³

Rosa exemplifica, ao citar processo em que três pessoas de nome Anderson eram acusadas, por três defensores diferentes. Embora os defensores soubessem à qual Anderson estavam se referindo quando das perguntas, o juiz não sabia. Por isso, houve uma atuação complementar do doutrinador, enquanto magistrado, para que fosse esclarecido de qual Anderson os defensores estavam tratando nas perguntas.¹⁹⁴

Isso pode ocorrer também em situação em que o magistrado não entendeu a resposta dada por uma testemunha, em razão de sua dificuldade de dicção, ou na juntada de algum documento que, por um lapso das partes, veio com uma das folhas ilegíveis, caso em que o julgador pode solicitar o complemento da prova já produzida.

Portanto, a atuação probatória residual, limitada ou complementar do magistrado é admitida, contanto que tenha o objetivo de facilitar a cognição da prova que está sendo produzida pelas partes e que não amplie o enquadramento fático do objeto da prova. Nessa situação, não haverá violação ao princípio da presunção de inocência, porquanto a prova não será produzida pelo magistrado, mantendo-se ele apenas na função de árbitro da produção probatória.

2.2 A Presunção de Inocência e o Ônus Probatório

193 ROSA, 2016, p. 443.

194 ROSA, 2016, p. 443.

Após assentar que, no processo penal democrático, baseado no princípio da presunção de inocência e na imparcialidade do julgador, não compete ao magistrado a gestão das provas, pois tal função está a cargo das partes, deve-se analisar ainda como ocorre a divisão probatória no processo penal e qual a consequência da não-comprovação dos fatos pela parte que detém o dever de provar.

Considerando que a presunção existente no processo penal é a de que o réu seja inocente, razão por que o réu inicia o processo penal sob a proteção de um estado de inocente que vigora em seu favor (perspectiva humanista de proteção dos direitos fundamentais), o encargo probatório no processo penal é todo da acusação. Também por isso, caso o órgão acusador não comprove todos os elementos do crime, de forma a gerar uma dúvida, o réu merece ser absolvido. Trata-se, como já foi referido ao longo deste estudo, de uma opção política fundamental do Estado Democrático de Direito: “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 litígio.”¹⁹⁵

A esse respeito, deve-se destacar que o ônus probatório do processo penal, doutrinariamente, divide-se em regra de instrução (“norma probatória”), em que o encargo probatório é da acusação, e regra de julgamento (“norma de juízo”)¹⁹⁶, que impõe decisão absolutória em caso de não-comprovação dos elementos do crime ou de dúvida a respeito da presença deles. Sob essas duas perspectivas, analisar-se-á a presunção de inocência nos dois próximos subcapítulos.

Não se pode deixar de expor, contudo, a impossibilidade de se aplicar as regras do ônus da prova do processo civil ao processo penal.¹⁹⁷ Aliás, o direito processual penal é uma área do conhecimento que deve ser lida de forma autônoma ao direito processual civil, em especial porque não há conflito de interesse entre o Estado acusador e o réu do processo penal – não há interesses antagônicos.

Não há de se falar, por isso, em lide do processo penal.¹⁹⁸ Como assinala Malatesta: “a decisão a favor do acusado não é contra a sociedade; ao contrário, é em seu favor, pois é do interesse social que não se condene senão o delinquente que indubitavelmente foi apurado como tal.”¹⁹⁹ O processo penal, como já foi dito, em decisão judicial que se baseia em princípios e em regras constitucionais, funciona como uma forma de limitar o poder do Estado

195 FERRAJOLI, 2014, p. 506.

196 GIACOMOLLI, 2016, p. 219.

197 GIACOMOLLI, 2016, p. 122.

198 NUNES DA SILVEIRA, 2011, p. 589.

199 MALATESTA, 2004, p. 110.

e de conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais.

Por isso, não há de se cogitar no processo penal da possibilidade de o autor provar os fatos constitutivos de seu direito, e o réu provar os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 373, incisos I e II, do Código de Processo Civil). Em matéria criminal, ao contrário do que ocorre no processo civil, a possibilidade de se ter uma preponderância da comprovação dos fatos alegados na peça inicial não basta para a prolação de juízo condenatória. Por tal motivo, é que se diz que o melhor fundamento²⁰⁰, por si só, não basta para a prolação de decisão condenatória no juízo criminal.

A seguir, analisar-se-á de que modo a barreira da presunção de inocência pode ser derrubada pelo órgão acusador, considerando as premissas colocadas acima.

2.2.1 A Presunção de Inocência enquanto Regra de Instrução (“Norma Probatória”)

Já se afirmou que o encargo probatório é todo da acusação no processo penal, pelo princípio da presunção de inocência. No entanto, o estudo deve ir além, pois há necessidade de se analisar em que consiste ser o encargo probatório da acusação e se resta alguma atividade probatória para a defesa, considerada que ela, logicamente, não está imune ou proibida de produzir a prova condizente com suas alegações.

Vincenzo Manzini, um dos defensores da escola técnico-jurídica, baseado na sua presunção de não-culpabilidade e por estar a acusação baseada em indícios, defende caber ao imputado “probar su propia inocencia a fin de destruir precisamente los elementos de prueba de la culpabilidad sobre los que se levantó la imputación.”²⁰¹

Constata-se que Manzini ignora que “la imputación es un juicio de probabilidad, y la condena es un juicio de certeza”²⁰², motivo por que não se pode comparar a convicção necessária para abrir um processo criminal com a convicção necessária para se prolatar uma condenação.²⁰³

Como ensina Francesco Carnelutti, havendo necessidade de um juízo de probabilidade para o início da ação penal, o qual é inferior ao juízo de certeza da sentença, não há como se admitir que o ônus probatório recaia sobre o réu, que será acusado com base em uma mera probabilidade de que o fato criminoso tenha ocorrido. Portanto, ainda que a pessoa esteja respondendo a um processo criminal, ela não pode receber outro tratamento senão a de

200 MALATESTA, 2004, p. 109.

201 MANZINI, 1951, p. 255.

202 CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960, p. 138.

203 CARNELUTTI, 1960, p. 138.

inocente.

Mais constitucional, democrático e de acordo com o princípio da presunção de inocência, consoante ensina James Goldschmidt, é entender que o acusado dispõe, em termos probatórios, de uma possibilidade, uma ocasião ou uma oportunidade processual, pois será beneficiado por uma vantagem caso pratique determinado ato processual.²⁰⁴ Por isso, a parte defensiva não possui carga processual e não há necessidade de ela produzir provas. Por tal motivo, a atividade probatória da defesa é chamada, no sistema acusatório, de menos perfeita.²⁰⁵

Por outro lado, a acusação, sim, por ter de praticar um ato processual para prevenir uma desvantagem processual – uma sentença desfavorável –, possui uma carga processual, consistente no encargo de provar toda a acusação formulada.²⁰⁶ Caso a acusação não cumpra com seu encargo processual, considerando que o ônus probatório é todo seu, terá ela de arcar com a consequência, que é a improcedência da pretensão acusatória.

Com base na doutrina de Goldschmidt, Gabriel Antinolfi Divan²⁰⁷ e Augusto Jobim do Amaral²⁰⁸ explicam que a parte acusadora tem o dever de provar os fatos alegados na denúncia (ônus processual) e, caso não os prove, a consequência será ter de suportar a sentença desfavorável. A parte defensiva, por seu turno, não possui nenhum dever ou obrigação de provar, considerando o princípio da presunção de inocência, mas sim uma chance probatória, consistente na faculdade de praticar determinado ato processual (o que Gabriel Divan chama de ônus pragmático) para incutir no julgador o benefício da dúvida.

Não provado nada pela defesa, levando em conta que ela não possui ônus probatório, “o problema apenas poderá pôr-se na dimensão da perda de uma chance em virtude de um risco de não obter o sucesso na decisão final.”²⁰⁹

Nesse contexto, para que a presunção de inocência seja afastada, compete ao órgão acusador provar, mediante provas lícitas²¹⁰, todos os elementos do crime, incluindo tipicidade, ilicitude, culpabilidade e a inexistência de causas de justificação.²¹¹ O art. 156 do Código de Processo Penal, que em sua primeira parte dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem

204 GOLDSCHMIDT, 1961, p. 77.

205 GOLDSCHMIDT, 1961, p. 86.

206 GOLDSCHMIDT, 1961, p. 77.

207 DIVAN, 2015a, pp. 480-481.

208 AMARAL, 2013, p. 97. Saliente-se que Augusto Jobim do Amaral não aceita a utilização da expressão ônus probatório para o processo penal, o qual pressupõe possibilidade de distribuição do encargo probatório, o que é incompatível com o processo penal, uma vez que todo o encargo probatório é da acusação (AMARAL, 2013, p. 94).

209 AMARAL, 2013, p. 97.

210 MORAES, 2010, p. 463.

211 LOPES JR., 2006, p. 190.

o fizer”, só pode ser lido, de acordo com o princípio que o legitima, que é a presunção de inocência, de modo a considerar que ele é destinado unicamente ao autor da ação penal. A manifestação defensiva não se encaixa nele porque não é propriamente uma alegação. Ela é feita como consequência ou resposta à acusação formulada.²¹²

É um erro, por conseguinte, afirmar a possibilidade de inversão do ônus da prova do processo penal.²¹³ O encargo probatório é todo da acusação, inclusive quando se estiver tratando de recebimento da denúncia ou de sentença de pronúncia do Tribunal do Júri. Ao se abrir um processo criminal contra alguém, há de se ter “una cierta dosis de convicción de su culpabilidad”²¹⁴, não se podendo falar de encargo probatório à defesa.

Nos crimes de furto, do mesmo modo, não se trata de inversão do ônus probatório,²¹⁵ hipótese comumente utilizada pela jurisprudência. Ainda que flagrado determinada pessoa com a *res furtivae*, isso por si só não justifica uma condenação, subsistindo para a acusação o dever de provar as circunstâncias do crime, que é demonstrar o modo como o réu chegou até os objetos da infração penal.

Assentado, portanto, que o ônus probatório (ou encargo probatório, conforme a doutrina de James Goldschmidt) é todo da acusação e que a atuação probatória da defesa está fundamentada na chance ou oportunidade processual de comprovar suas alegações, resta analisar, por fim, se existiria alguma exceção que admitiria o dever de produzir prova pela defesa.

Conforme ensina Gabriel Antinolfi Divan, em precedente trazido da Suprema Corte Estadunidense (*Davis vs. United States 160 U.S., 469*), há uma hipótese em que se poderia afirmar competir à defesa provar, embora ela não tenha o encargo probatório no processo penal. Quando a defesa alegar causa excludente ou outra causa para impedir a comprovação do crime, compete a ela trazer alguma evidência concreta²¹⁶ de que tal argumentação pode

212 DIVAN, 2015a, p. 485.

213 Habeas Corpus. Tráfico transnacional de drogas. Afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Fundamentação inidônea. Inversão do ônus da prova. Inadmissibilidade. Precedentes. O afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 exige fundamentação idônea. A ausência de provas do envolvimento em atividades criminosas ou da participação em organização criminosa deve ser interpretada em benefício do acusado e, por conseguinte, não é suficiente para afastar a aplicação da causa de redução da pena. Incidência do princípio da presunção de inocência e da regra do in dubio pro reo. Precedentes. Ordem parcialmente concedida apenas para afastar o óbice à aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, devendo a fixação do quantum ser realizada pelo juízo do processo de origem ou, se já tiver ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória, pelo juízo da execução da pena. (STF, HC 103225, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 11/10/2011, DJe-221 DIVULG 21-11-2011 PUBLIC 22-11-2011 EMENT VOL-02630-01 PP-00144).

214 CARNELUTTI, 1960, p. 138.

215 ROSA, 2016, p. 378.

216 DIVAN, 2015a, p. 487.

proceder. Se a defesa simplesmente alegar algo, sem trazer nenhum adinículo de prova, então não competirá à acusação provar essa hipótese: “A exceção vai para a desnecessidade de persuadir em relação a algo que fora resumido a uma hipótese, simplesmente.”²¹⁷

Nessa situação, não se tratará de inversão do ônus da prova, pois:

O que muda é uma elevação da carga de acusação se por um acaso a defesa impor tese que venha trazendo elemento probatório: o dever da acusação passa a ser o de comprovar seus elementos e – como tarefa para limar a dúvida (que milita em prol do réu) – destrinchar a hipótese e os elementos probatórios por ele trazidos.²¹⁸

Alexandre Moraes da Rosa defende uma outra possibilidade de a defesa ter de provar. Ele a admite na hipótese de ela abrir nova narrativa, ao tratar da questão do álibi suscitado pelo réu em resposta à acusação: a “defesa, por sua vez, ocupa a posição de contra-ataque em face dos movimentos produzidos pela acusação, sendo que na hipótese de abrir nova narrativa, ou seja, com a invocação de álibi, somente aí surge a carga de comprovar os fatos constitutivos.”²¹⁹

Embora se aproxime muito do pensamento de Divan e Rosa, pensa-se ser mais correto, com base no estado de inocente das pessoas que vigora durante o processo penal, não admitir qualquer dever probatório por parte da defesa. A questão está mais afeta apenas à chance probatória de a parte defensiva provar suas alegações, para incutir a dúvida no pensamento do julgador, ainda que se trate de excludente sem evidência concreta ou de abertura de nova narrativa.

Do modo como sustentam Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró²²⁰ e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho²²¹, inexistente qualquer dever probatório por parte da defesa, uma vez que, embora a parte defensiva alegue questões excludentes, ainda assim subsistirá para a acusação o dever de provar todos os elementos do crime por inteiro, inclusive a inexistência de eventual excludente da ilicitude.

A prova de uma excludente do crime, a ser feita pelo Ministério Público – uma legítima defesa, por exemplo – não constitui uma prova impossível de ser realizada. Mesmo que se denomine tal prova de negativa, ela não será impossível, na medida em que caberá à acusação comprovar todos os elementos do crime – ônus que já é seu – para,

217 DIVAN, 2015, p. 487.

218 DIVAN, 2015, p. 487.

219 ROSA, 2016, p. 377.

220 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 316.

221 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, pp. 196-197.

automaticamente, se for o caso, ela conseguir excluir a configuração das excludentes da ilicitude.

Conforme ensina Badaró:

Exemplificativamente, não haverá qualquer impossibilidade em se exigir que o Ministério Público prove que o acusado não agiu em legítima defesa. Bastará demonstrar que não houve agressão, ou que a agressão foi posterior ao ato defensivo e não pretérita, ou ainda que o acusado utilizou-se dos meios de defesa de modo imoderado.²²²

Esse raciocínio é mais cristalino ainda porque a prova dos elementos do crime não pode ser analisada de forma separada, como se possível destacar do raciocínio do intérprete a tipicidade de um lado e a ilicitude de outro. Como ensinam Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli²²³, as excludentes da ilicitude integram o próprio tipo penal, de tal modo que a tendência é não se separar mais ilicitude de tipicidade. Por isso, as provas de tais elementos são conjugadas durante sua análise pelo julgador.

A única possibilidade, em tese, de o Ministério Público não ter o encargo de provar diz respeito a um fato que sequer foi alegado pela parte defensiva, nem tendo surgido de qualquer forma uma dúvida a respeito de alguma circunstância que exclua crime.²²⁴ Neste caso, na realidade, não se tratará de inexistência de encargo probatório por parte da acusação, e sim de fato ou circunstância que sequer foram descritos ou levantados no processo e que, portanto, não chegam a caracterizar um encargo probatório por parte do autor da ação penal.

Destarte, compete ao órgão acusador provar que o réu não agiu em legítima defesa²²⁵ e que o alibi suscitado pela defesa não corresponde à realidade. O agir probatório da defesa a respeito de tais questões, por outro lado, está apenas no campo da chance ou oportunidade processual.

De qualquer sorte, uma importante advertência há de ser feita: como salienta Divan²²⁶,

222 BADARÓ, 2003, p. 318.

223 Nesse sentido, é a tipicidade conglobante, proposta por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli: “Pois bem: pode ocorrer o fenômeno da fórmula legal aparente abarcar hipóteses que são alcançadas pela norma proibitiva, considerada isoladamente, mas que, de algum modo, podem incluir-se na sua proibição, quando considerada conglobadamente, isto é, fazendo parte de um universo ordenado de normas. Daí que a tipicidade penal não se reduz à tipicidade legal (isto é, à adequação à formulação legal), e sim que deva evidenciar uma verdadeira proibição com relevância penal, para o que é necessário que esteja proibida à luz da consideração conglobada da norma. Isto significa que a tipicidade penal implica a tipicidade legal corrigida pela tipicidade conglobante, que pode reduzir o âmbito de proibição aparente, que surge da consideração isolada da tipicidade legal.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. V. 1. Parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 478).

224 BADARÓ, 2003, p. 323.

225 BADARÓ, 2003, p. 315.

226 DIVAN, 2015a, p. 483.

é temerário que o réu alegue teses defensivas e nada prove, ainda que a defesa não possua nenhum dever ou obrigação de provar, porquanto se corre o risco de o vácuo probatório ser preenchido inteiramente pelo órgão acusador. Considerando que a defesa possui a possibilidade de produzir provas, recomenda-se que ela formule suas alegações com base em provas judicialmente produzidas, ainda que mínimas e limitadas às provas que estão ao seu alcance, a fim de que ela se utilize da chance processual em seu favor existente. Por isso, para o processo penal, toda “prova é necessária e nada é dispensável”²²⁷, mesmo que a defesa não possua o encargo probatório.

2.2.2 A Presunção de Inocência enquanto Regra de Julgamento (“Norma de Juízo”)

A presunção de inocência enquanto regra de julgamento é o momento em que a opção política do Estado pela presunção de inocência é mais latente, levando-se em conta que, num Estado Democrático de Direito, fundamentado na democracia e em direitos fundamentais, não pode haver dúvida alguma de ser preferível absolver um culpado a condenar um inocente. O primeiro erro é menos grave do que o segundo.²²⁸

Por tal motivo, Luigi Ferrajoli afirma que esse “princípio fundamental de civilidade representa o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.”²²⁹

A presunção de inocência como regra de julgamento determina que o juiz, no momento de decidir, caso “não adquira a certeza sobre os factos que constituem a acusação e em relação aos quais não adquira o convencimento real e efectivo de que o réu é responsável”²³⁰, deva absolver o acusado. Não é possível condenação baseada na dúvida, o que justifica a utilização das expressões *in dubio pro reo* e *favor rei*.

A regra de julgamento do processo penal é, portanto, decorrência da própria ideia de presunção de inocência: caso a acusação não se desincumba de seu ônus probatório, que é provar os elementos do crime, então a consequência será manter o estado inicial de inocente do réu.

Deve ser salientado que a presunção de inocência como regra de julgamento aplica-se a todas as fases do procedimento penal, ou seja, questões que possam restringir direitos fundamentais ou decisões que digam respeito ao prosseguimento do processo penal²³¹ devem

227 ROSA, 2016, p. 391.

228 BADARÓ, 2003, p. 299.

229 FERRAJOLI, 2014, p. 506.

230 VILELA, 2005, p. 77.

231 MORAES, 2010, p. 470.

levar em conta, necessariamente, a dúvida em favor do réu.

No entanto, muito embora doutrinariamente e na prática forense seja comum se utilizar a expressão *in dubio reo reo* para determinar a regra de julgamento do processo penal, questão que é mais relevante e complexa é saber em que momento o julgador estará autorizado a romper a barreira da presunção de inocência para condenar o réu, ou seja, quando a dúvida a respeito dos elementos do crime e de sua autoria não estará mais presente no pensamento do magistrado.

A pretensão neste momento não é dar uma única resposta correta para caracterizar o grau de conhecimento julgador que autoriza o rompimento da presunção de inocência, porque o processo penal é uma ciência e, como ocorre em todas as ciências, o conhecimento científico é provisório.²³² Não haverá uma fórmula completa e única para que se saiba quando a dúvida restará superada para formar o convencimento do julgador.

O objetivo é fornecer subsídios para que de forma aproximativa seja possível afirmar com segurança mínima – diminuindo-se ao máximo a possibilidade de se condenar um inocente – que a presunção de inocência poderá ser rompida em nome da presença de todos os elementos do crime para a prolação de uma sentença penal condenatória.

Como pressuposto para a decisão de condenar, Malatesta defende a necessidade de que a prova gere no espírito do julgador uma “certeza judicial”²³³ de que o fato tenha ocorrido. Em sentido semelhante, Mittermaier observa que a condenação repousa sobre “a certeza adquirida, ou ao menos sobre as probabilidades mais bem fundadas.”²³⁴

De se destacar que os dois autores²³⁵ utilizam a necessidade da busca pela verdade processual como pressuposto para se obter a certeza (judicial) para a prolação de decisão condenatória. Eles admitem o processo penal por inquirição, embora acusatório para eles (por separar o ato de acusar do ato de julgar), na qual o magistrado se esforça para dirimir suas dúvidas e prolatar uma decisão final que mais se aproxime da verdade.

Conforme ensina Mittermaier, a certeza judicial é obtida do seguinte modo:

Como quer que seja, do processo por inquirição resulta unicamente a seguinte regra fundamental: como seja a verdade o fim de suas indagações, deve o inquiridor esforçar-se por esclarecer todas as dúvidas, e, ainda quando lhe pareçam irrecusáveis as provas de acusação, procurar com igual cuidado torná-las completas, demonstrar a certeza, quando for possível, ao

232 NUNES DA SILVEIRA, 2011, pp. 576-577.

233 MALATESTA, 2004, p. 92.

234 MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc, de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra, etc.** Trad. da 3. ed. - 1848. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 1997, p. 55.

235 MALATESTA, 2004, p. 108, e MITTERMAIER, 1997, p. 119.

mesmo tempo que não deve desprezar alguma prova de defesa, algum meio favorável ao acusado.²³⁶

Salah H. Khaled Jr.²³⁷, por sua vez, critica a exigência de certeza da decisão judicial para se obter uma sentença penal condenatória, pois, segundo ele, trata-se de mera substituição da busca pela verdade pela busca da certeza judicial. Insiste-se na necessidade de se descobrir exatamente o fato acontecido no passado, o que não é possível de ser realizado, pelas limitações para reconstruções existentes, como a historicidade do intérprete.

Assim, o doutrinador mantém-se na sua crítica de “impossibilidade de conhecimento correspondente ao passado”²³⁸, que, no final das contas, é o que se almeja com a busca da verdade ou com a certeza judicial da sentença penal.

Por isso, Khaled Jr. propõe a necessidade de que a sentença judicial, em especial a condenatória, para que consiga romper com a presunção de inocência, possua uma “convicção forte para além da mera crença”:

[...] o juiz não está livre para concluir o que bem entende; sua convicção necessariamente terá esteio não apenas na argumentação, mas no material apresentado e corrigido pelo confronto entre as partes, especialmente caso a decisão seja condenatória. O que estamos dizendo é que a formação de uma convicção forte para além da mera crença exige mecanismos adequados ao constrangimento da evidência, para garantir que o convencimento se dê com base em provas, em rastro do passado.²³⁹

Os mecanismos adequados além da mera crença para constrangerem a evidência consistem, segundo o autor, nas regras do jogo, em especial no “contraditório dialógico, com a separação das funções de acusar e julgar e a gestão da prova nas mãos das partes.”²⁴⁰

Em semelhante sentido, Jacinto Coutinho pontua o que deve ser buscado na sentença penal: “um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.”²⁴¹

Não se concorda com Malatesta ou com Mittermaier, pois, embora a inegável contribuição dada pelos autores na necessidade da existência de uma decisão condenatória baseada na certeza judicial, não se admite no processo penal democrático o juiz investigador ou inquisidor, aquele que vai atrás de provas para obter a máxima certeza possível do caso penal. A certeza proposta por Malatesta e Mittermaier, em outras palavras, é incompatível

236 MITTERMAIER, 1997, p. 121.

237 KHALED JR., 2016, p. 364.

238 KHALED JR., 2016, p. 363.

239 KHALED JR., 2016, pp. 366-367.

240 KHALED JR., 2016, p. 367.

241 COUTINHO, 1998, p. 195.

com o processo penal democrático.

Embora se concorde, outrossim, em quase todos os pontos com Khaled Jr., em um aspecto há uma divergência com o autor. De fato, a busca pela verdade deva ser abandonada, para que se tenha um processo penal democrático. No entanto, a partir da compreensão e da interpretação realizada pelo intérprete, há possibilidade de que o processo tenha uma verdade judicial, não como descoberta ou reconstrução do fato passado, mas uma verdade judicial construída, como quer Gilberto Thums.²⁴² Assim, a função interpretativa e a própria verdade judicial (a norma, ou seja, o resultado da interpretação) são construídos, pois o “processo hermenêutico é sempre criativo (afinal, nós nunca nos banhamos na mesma água do rio)”.²⁴³

De todo modo, deve-se salientar a inegável contribuição dada por Khaled Jr. e por Jacinto Coutinho – talvez a maior contribuição de todas para se tenha uma decisão penal condenatória democrática e com base no princípio da presunção de inocência! –, ao enfatizarem a necessidade de que as regras do jogo sejam observadas, máxime o contraditório judicial e a imparcialidade do julgador. Presentes tais pressupostos, corre-se menor risco de se prolatar decisão judicial equivocada – a condenação de um inocente.

A posição aqui adotada, desse modo, é a que não admite a busca da verdade pelo intérprete (mesmo a processual ou limitada), mas a que admite a possibilidade de que o juiz construa uma verdade judicial,²⁴⁴ a qual é limitada pelos princípios fundamentais e pelas regras legais e constitucionais previstas. Por tal motivo, no campo probatório, as regras de prova “são limites à busca da verdade e como tal desempenham exclusivamente uma função de garantia, ou seja, protegem o cidadão do eventual abuso de poder na coleta de informação.”²⁴⁵

Com base na doutrina de Gustavo Badaró, admite-se a necessidade de que a sentença judicial condenatória seja baseada numa certeza, porém uma certeza judicial ou processual que é falível – tal como a verdade processual o é –, considerando que o homem é um ser histórico, que o conhecimento humano é incompleto²⁴⁶ e que a construção do passado é algo que passa por muitas intercorrências. Ou seja: a verdade pode vir até nós, ao ser construída, deformada.

Para tanto, entende-se que a verdade será a concordância entre o objeto e a “imagem” captada pelo sujeito, ao passo que a certeza será a convicção pessoal do intérprete de que o

242 THUMS, 2006, p. 197.

243 STRECK, 2014a, p. 305.

244 THUMS, 2006, p. 197.

245 BINDER, 2003, p. 61.

246 BADARÓ, 2003, p. 30.

fato é verdadeiro.²⁴⁷ No entanto, até por serem falíveis e passíveis de erro, a verdade e a certeza podem andar separadas, pois nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade do processo, assim como a verdade do processo pode não ser crível para um juiz.²⁴⁸

Deve-se abandonar, portanto, a possibilidade de se ter uma certeza absoluta na sentença penal condenatória. Por isso, existe a previsão da revisão criminal, visando corrigir eventuais erros judiciais porventura ocorridos em matéria processual penal. Ainda assim, a partir da doutrina de Badaró, admite-se a existência de uma certeza processual ou judicial, semelhante à que sucede com a verdade judicial, caracterizada e limitada pelo estrito cumprimento dos princípios fundamentais e das regras legais e constitucionais. Tais enunciados normativos constroem a evidência, como quer Khaled Jr.²⁴⁹, e caracterizam-se, para que haja o rompimento da presunção de inocência, “pelo altíssimo grau de probabilidade” ou pela “elevadíssima probabilidade”.²⁵⁰

Nas palavras de Gustavo Badaró:

A atividade probatória desenvolvida com vistas à verificação dos fatos históricos que servem de fundamento para a pretensão, quando for bem sucedida, permitirá a conclusão de que há um “altíssimo grau de probabilidade” de ocorrência de tais fatos, o que equivale à “verdade” dos fatos afirmados pelas partes. A verdade objetiva deve ser substituída pela verdade probalística. Neste caso, subjetivamente, o juiz terá atingido a “certeza” necessária para decidir, sem ter de recorrer às regras sobre o *onus probandi*.²⁵¹

O pensamento de Francesco Carnelutti aproxima-se ao de Gustavo Badaró, pois o autor italiano trabalha com o juízo de certeza da sentença penal condenatória alinhado com um cálculo maior de probabilidades: “[...] la imputación es un juicio de probabilidad, y la condena es juicio de certeza. Pero el buen sentido puede no bastar aquí. Habría que razonar, em primeiro lugar, sobre el concepto de certeza, que em último análisis se resuelve em un cálculo de probabilidades.”²⁵²

Da mesma forma à proposta aqui defendida, Aury Lopes Jr. destaca haver necessidade de certeza jurídica como pressuposto para uma sentença penal condenatória: “A sentença deve sempre refletir um juízo de certeza jurídica (na verdade, um alto grau de probabilidade) para que possa o réu ser condenado. Caso contrário, a absolvição é imperativa.”²⁵³

247 BADARÓ, 2003, pp. 25-26.

248 BADARÓ, 2003, p. 26.

249 KHALED JR., 2016, p. 367.

250 BADARÓ, 2003, p. 62.

251 BADARÓ, 2003, p. 62.

252 CARNELUTTI, 1960, p. 138.

253 LOPES JR., 2006, p. 202.

Assim, não há possibilidade de se ter uma certeza absoluta no processo penal, pois a reconstrução do fato passado ocorrido é passível de erros. Não há como se atingir e se descrever exatamente o evento ocorrido em algum outro momento. No entanto, admite-se a certeza processual ou judicial, que é aquela caracterizada pela grande probabilidade de que o fato afirmado tenha ocorrido. E, para que se tenha a certeza processual ou judicial, com altíssima probabilidade de ocorrência do evento, há necessidade de que as regras do jogo tenham sido estritamente observadas, a fim de que os erros processuais (condenações equivocadas²⁵⁴) sejam minimizados. A sentença penal condenatória exige, para romper legitimamente a proteção da inocência, a existência dessa certeza processual ou judicial, caracterizada por observar as regras do jogo.

Mesmo se utilizando das regras do jogo, não há garantia integral de que os erros judiciários não ocorrerão, sobretudo porque está se tratando, como se viu, de altíssima probabilidade de que o fato tenha ocorrido, o que não exclui por completo a possibilidade do equívoco. De todo modo, a observância das regras de jogo constroem, minimizam e auxiliam a maior probabilidade da criação fática do ocorrido e, por conseguinte, auxiliam sobremaneira a evitar o erro da sentença penal.

Maurício Zanoide de Moraes concorda com a necessidade de que as provas produzidas ao longo do processo gerem um alto grau de probabilidade fática de que o fato criminoso tenha ocorrido. Aliado a esse elemento, o autor agrega a necessidade de que essa probabilidade fática de ocorrência do evento seja apta a afastar a dúvida razoável do julgador, a fim de que a presunção de inocência ceda pela comprovação do crime:

[...] a dúvida impeditiva da decisão desfavorável não poderá ser qualquer dúvida, ou seja, a dúvida advinda da mera possibilidade de os fatos terem ocorrido de forma diversa. Deverá ser uma dúvida baseada na racionalidade (dúvida razoável) e que somente poderá ser afastada se as provas incriminadoras apresentarem um alto grau de probabilidade fática (e não mera possibilidade) para todos os aspectos que se relacionem com a conduta do indivíduo e sua criminalização.²⁵⁵

Num primeiro momento, então, a dúvida razoável está ligada com o altíssimo grau de probabilidade de que o fato criminoso tenha ocorrido (assim como a demonstração de todas suas circunstâncias). As regras do jogo serão as balizas para que se analise a existência ou não desse alto juízo de probabilidade.

Fatos obtidos, por consequência, mediante violação à lei ou à Constituição Federal não

254 KHALED JR., 2003, p. 562.

255 MORAES, 2010, p. 473.

servem para romper a barreira da presunção de inocência. Nesse sentido, a proibição de provas ilícitas, a exigência de motivação das decisões judiciais e a prática de contraditório e ampla defesa no processo penal são pressupostos para a probabilidade fática da ocorrência do fato que supere a dúvida razoável. Caso não sejam observados alguns desses princípios ou regras, não se poderá ter o rompimento da presunção de inocência pela decisão judicial.

Num segundo momento, deve-se analisar a qualidade da prova produzida e o quanto ela permite atestar o alto grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido tal como descrito pelo órgão acusador, de modo a afastar a dúvida razoável.

Situações envolvendo provas contraditórias (testemunhas conflitantes), de credibilidade contestada (depoimentos de vítimas e de pessoas interessadas na causa) ou de relação indireta com o fato a ser provado recomendam cautela do julgador e exigem, para que a presunção de inocência seja rompida, um maior dever argumentativo do intérprete.²⁵⁶

Ultrapassadas tais exigências, no caso de a parte acusatória conseguir se desincumbir de seu ônus probatório, de forma a se ter no processo penal mais elementos para a condenação do que para a absolvição, mas tendo a parte defensiva também produzido interessante material probatório, de modo a instaurar uma dúvida razoável no pensamento do magistrado, a solução será a absolvição.²⁵⁷ Portanto, mesmo que haja uma tendência ao reconhecimento da culpa ou uma prova melhor produzida pela acusação, nem sempre a comprovação dos fatos alegados na denúncia ou na queixa-crime justificará por si uma condenação, em especial enquanto subsistir a dúvida razoável.

Em caso diverso da hipótese anterior, se as provas produzidas pela defesa forem mais consistentes do que as provas produzidas pelo órgão acusador, então com mais razão ainda se deve manter a sentença absolutória,²⁵⁸ pois nem de perto se cogitou do rompimento da presunção de inocência.

Noutra situação, caso a parte defensiva não produza nenhuma prova em seu benefício, isso, pela presunção de que as pessoas sejam inocentes, inclusive os réus, não significa automática condenação do acusado.²⁵⁹ Neste caso, se a prova produzida pela acusação não atingir o mínimo necessário para afastar a presunção de inocência, a sentença deverá ser também absolutória.

A dúvida a respeito da presença das excludentes da ilicitude ou dirimentes da culpabilidade exige decisão absolutória²⁶⁰, ainda que provada a tipicidade do fato. Sendo da

²⁵⁶ MORAES, 2010, p. 471.

²⁵⁷ MORAES, 2010, p. 473.

²⁵⁸ MORAES, 2010, p. 473.

²⁵⁹ MORAES, 2010, p. 474.

²⁶⁰ BADARÓ, 2003, p. 310.

acusação o ônus probatório quanto a todos os elementos do crime, como visto no ponto anterior, a dúvida quanto à presença de circunstâncias que excluam o delito não podem levar a outro caminho senão à absolvição.

Enfim, todas essas exigências para se prolatar uma decisão penal condenatória são garantias do princípio da presunção de inocência, garantias de que se deve minimizar o máximo possível a possibilidade de se condenar um inocente e, assim, preservar o *status* inicial da pessoa enquanto ser humano – a inocência. No contexto de Estado Democrático de Direito, não deve haver consciência tranquila quanto à mera possibilidade de se condenar um inocente: “Infligir pena a um suposto criminoso é infligi-la a um possível inocente, é uma perturbação da consciência social superior à produzida pelo próprio delito.”²⁶¹

Por isso, a alta probabilidade fática de ocorrência fato, que supere a dúvida razoável no pensamento do intérprete, fundamentada na estrita observância das regras do jogo, é exigência que merece ser observada para se prolatar uma decisão condenatória.

2.3 A Presunção de Inocência e a Prisão Processual (“Norma de Tratamento”)

A presunção de inocência enquanto “norma de tratamento” diz respeito ao modo com que o réu deve ser tratado durante toda a tramitação do processo penal. Como a “verdade” inicial do processo penal é a inocência do réu, exige-se que se dê ao acusado o mesmo tratamento dado a pessoa que não responde a processo criminal.

O objetivo deste ponto não é fazer uma análise minuciosa dos requisitos para a prisão processual, mas sim examinar a legitimidade da prisão processual como instituto jurídico válido para excepcionar o princípio da presunção de inocência e, por consequência, viabilizar a restrição da liberdade da pessoa antes mesmo da existência de sentença penal condenatória transitada em julgado.

Durante o período medieval, a prisão preventiva era o instrumento ordinário da instrução,²⁶² pois a tortura para obter a confissão judicial era considerada o meio de prova máximo. Antes de se proceder à tortura, o sujeito tinha sua liberdade tolhida por meio de prisão processual.

Com o advento do Iluminismo, das Revoluções do final do século XVIII, do resgate do sistema acusatório, do “*nulla pena, nulla culpa sine iudicio*” e da superação da tortura como meio de prova, a prisão processual voltou a ser estigmatizada²⁶³ e criticada. Nesse sentido, os

261 MALATESTA, 2004, p. 95.

262 FERRAJOLI, 2014, p. 508.

263 FERRAJOLI, 2014, p. 508.

filósofos iluministas, dentre eles Cesare Beccaria, consideraram a tortura durante o desenrolar do processo criminal uma barbárie, ainda que se destinasse à obtenção da autoria ou aos demais esclarecimentos das circunstâncias do delito.²⁶⁴ Também se deve aos iluministas a transformação da prisão processual numa exceção, a qual deveria estar associada à necessidade de salvaguardar as provas do processo e a evitar a fuga do acusado: “O réu deve ficar encarcerado senão na medida em que se considere necessário para o impedir de escapar-se ou de esconder as provas do crime.”²⁶⁵

Ferrajoli acrescenta que o pensamento liberal clássico acabou por admitir a prisão processual não só para o “perigo de fuga” ou para o “risco de deterioração das provas”, como também quando estivesse presente “simplesmente a gravidade do delito em questão e a necessidade de prevenção.”²⁶⁶

No entanto, tal como sucedeu com o princípio da presunção de inocência e com os sistemas processuais, o advento das escolas positivista e técnico-jurídica trouxe de volta o processo penal antidemocrático. Com ele, ocorreu o declínio da crítica que outrora fizera o pensamento humanista do iluminismo quanto às prisões processuais.

A presunção de culpabilidade em substituição à presunção de inocência, que vigorou durante o regime fascista, instaurou e fundamentou a prisão processual como regra no processo penal. Tanto é assim que Vincenzo Manzini chegou a ser irônico, ao defender sua presunção de culpabilidade: “Y además, de qué inocencia se trata? [...] por qué no abolir la detención preventiva?”²⁶⁷ Por isso, a forte crítica realizada por Ferrajoli ao sistema processual fascista, embasada na total ausência de presunção de inocência: “O elemento mais dilacerante e aberrante foi indubitavelmente aquela invenção fascista da obrigatoriedade da prisão.”²⁶⁸

O pensamento de presunção de culpabilidade da escola técnico-jurídica deixou sua marca no Código de Processo Penal Italiano de 1930 (Código *Rocco*) e no Código de Processo Penal Brasileiro de 1941, também no tema atinente às prisões processuais. Na lei italiana, de se destacar o alargamento das hipóteses de prisão obrigatória e automática e o suprimento dos prazos máximos para a manutenção da custódia.²⁶⁹ No Brasil, ademais da ausência de efetivo controle acerca do prazo das prisões processuais, chama a atenção a inclusão da expressão da “garantia da ordem pública”, cuja origem remonta à Alemanha

264 BECCARIA, 2000, p. 31.

265 BECCARIA, 2000, p. 55.

266 FERRAJOLI, 2014, p. 509.

267 MANZINI, 1951, pp. 254-255.

268 FERRAJOLI, 2014, p. 510.

269 FERRAJOLI, 2014, p. 510.

nazifascista de 1930 e que visava a instauração de uma cláusula geral e aberta para prender.²⁷⁰

Após o advento da Constituição Federal de 1988, ainda assim se verifica na legislação brasileira previsões notoriamente antidemocráticas e que se identificam com a presunção de culpabilidade defendida pela escola técnico-jurídico italiana. Nesse sentido, são exemplos o art. 44 da Lei n.º 11.343/06, o art. 3º da Lei n.º 9.613/98, o art. 7º da Lei n.º 9.034/95 e o art. 2º, inciso II, da Lei n.º 8.072/90. Tais dispositivos proibiram a concessão de liberdade provisória para crimes de tráfico de drogas, crimes de lavagem de dinheiro, crimes envolvendo organização criminosa e crimes hediondos.

Logo, se alguma pessoa fosse flagrada cometendo algum desses delitos, obrigatoriamente ela deveria responder a todo o processo criminal presa, a demonstrar como essa linha de pensamento se identificou com a presunção de culpabilidade de Manzini, consistente na presunção de que a pessoa que fosse ré em processo criminal era presumivelmente culpada.

É bem verdade que tais dispositivos, após serem considerados inconstitucionais pelo STF²⁷¹, ou deixaram de ser aplicados pelas instâncias ordinárias ou foram revogados expressamente pelo legislador ordinário. De qualquer forma, tais previsões, mesmo após o advento dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal e toda a sua carga de eficácia, demonstram como o processo penal baseado na presunção de culpabilidade possui adeptos no pensamento jurídico, inclusive no brasileiro, ignorando-se a presunção de inocência.

Atualmente, há uma tendência doutrinária²⁷² e jurisprudencial²⁷³ quanto à

270 LOPES JR., 2006, p. 216.

271 STF, HC 121286, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-104 DIVULG 29-05-2014 PUBLIC 30-05-2014. STF, HC 104339, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 10/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012.

272 “Assim, mesmo quando o auto de prisão em flagrante é homologado, a prisão carece de motivação. Faz-se mister analisar os motivos de fato e de direito (cabimento da prisão preventiva) à sustentação válida da restrição da liberdade ou da aplicação das medidas alternativas ao recolhimento ao cárcere (art. 319 do CPP). O descabimento destas exige motivação fática idônea. Portanto, o magistrado, mesmo homologando o auto de prisão em flagrante, para manter o flagrado preso, validamente, deverá fundamentar a sua decisão; em suma, enunciar os motivos de fato e de direito pelos quais mantém o sujeito preso ou aplica outras medidas cautelares.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 425).

273 HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR NÃO DEMONSTRADA. PACIENTES ABSOLUTAMENTE PRIMÁRIOS. QUANTIDADE DE DROGA QUE NÃO PODE SER CONSIDERADA EXPRESSIVA. 1. A segregação preventiva é medida extrema e excepcional, condicionada à existência do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*. Outrossim, importa que a prisão corresponda às exigências da proporcionalidade. 2. No caso dos autos, os pacientes são absolutamente primários e foram presos na posse de quantidade de droga que não pode ser considerada expressiva. Ademais, a prisão está pautada em fundamento inconstitucional, qual seja, a vedação à liberdade provisória prevista no artigo 44 da Lei nº 11.343/06. 3. Medidas cautelares diversas que se mostram adequadas e suficientes ao caso concreto. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. LIMINAR RATIFICADA. (Habeas Corpus Nº 70074996943, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ingo Wolfgang Sarlet, Julgado em 27/09/2017).

inconstitucionalidade das previsões que proíbem de forma absoluta a liberdade provisória e que condicionam o recebimento dos recursos criminais ao recolhimento prisional do réu. No contexto de tais fundamentos, a prisão processual é considerada uma exceção, de tal modo que a possibilidade de que ela seja decretada exige que a decisão judicial esteja fundamentada nos elementos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal.²⁷⁴ Se presentes tais requisitos, admitir-se-á a prisão processual e o rompimento da presunção de inocência no curso do processo penal.

Aury Lopes Jr. ensina serem requisitos da prisão preventiva o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*.²⁷⁵ No *fumus commissi delicti*, representado no art. 312 do Código de Processo Penal pela necessidade de “prova da existência de crime e indício suficiente de autoria”, exige-se uma alta probabilidade de ser aplicada uma sanção criminal.²⁷⁶

A probabilidade da ocorrência do crime, exigido pelo *fumus commissi delicti*, “significa a existência de uma fumaça densa, a verossimilhança (semelhante ao *vero*, verdadeiro) de todos os requisitos positivos e, por consequência, da inexistência de verossimilhança dos requisitos negativos do delito.”²⁷⁷

O outro requisito para a decretação da prisão preventiva é o *periculum libertatis*, que consiste no “perigo que decorre do estado de liberdade do sujeito passivo”²⁷⁸. Neste estudo, malgrado posicionamentos francamente contrários, defende-se a existência de *periculum libertatis* em três situações bem específicas: tutela da instrução criminal, tutela da aplicação da lei penal e evitar a reiteração delitiva (prevenção especial).

Na legislação brasileira, os requisitos do *periculum libertatis* também estão previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo eles: risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Além de *fumus commissi delicti* e de *periculum libertatis*, para que se consiga romper legitimamente a barreira da presunção de inocência no sistema processual brasileiro, a prisão processual deve ser considerada a última medida cautelar a ser adotada dentre as possíveis, com base no art. 282, §6º, do Código de Processo Penal. Tal dispositivo está fundamentado no

274 Deve-se destacar que, afora os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, para a decretação da prisão preventiva, há necessidade também de serem observados os requisitos autorizadores do art. 313 da mesma lei. Contudo, como são requisitos autoexplicativos e de fácil entendimento e considerando que o objetivo deste estudo não é fazer uma análise minuciosa do tema das prisões cautelares, eles não serão analisados. De qualquer sorte, deve ser salientado ser possível prisão preventiva apenas para crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a 4 anos, ser o agente reincidente em crime doloso ou para garantir a execução das medidas protetivas de urgência deferidas em favor de mulher em situação de violência doméstica (art. 313, incisos I, II e III, do CPP).

275 LOPES JR., 2006, p. 201.

276 GIACOMOLLI, 2016, p. 434.

277 LOPES JR., 2006, p. 202.

278 LOPES JR., 2006, p. 206.

princípio da presunção de inocência. Por isso, a “prisão preventiva representa não mais a primeira alternativa, mas a última: liberdade plena, liberdade provisória, cautelares alternativas e prisão preventiva.”²⁷⁹

Como se constata, a prisão processual é o modo mais radical²⁸⁰ – aceito doutrinariamente e constitucionalmente – de excepcionar a presunção de inocência. Ela constrange o direito de liberdade das pessoas, o qual constitui um dos direitos fundamentais mais importantes, antes mesmo da prolação de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A prisão processual viola a própria dignidade da pessoa humana, “puesto que la capacidad de relación del sujeto como persona presupone su propia previa capacidad de autodeterminación, es decir, de decisión desde la autonomía.”²⁸¹ Por tal motivo, dentre tantos temas tratados com a presunção de inocência, a prisão processual merece atenção redobrada.

Com razão, pois, Francesco Carnelutti, ao afirmar que o processo penal é uma desgraça: “sólo es una desgracia a la cual cada uno, aunque sea inocente, se resigna em cuanto la sofre por la inexorable necesidad de luchar contra el delito; y por eso es una pena.”²⁸²

No Brasil, entretanto, embora a prisão processual pela legislação brasileira deva ser considerada uma exceção, o fato é que o número de presos provisórios no Brasil é alto. Considerando informação do CNJ²⁸³, em 23 de fevereiro de 2017, o Brasil possuía 654.372 pessoas presas, sendo 433.318 pessoas já condenadas e 221.054 pessoas presas de forma provisória. Isso significa que 34% das pessoas presas no Brasil estão detidas com fundamento em prisão processual, ou seja, sem julgamento definitivo.

O tema da prisão provisória, efetivamente, é extremamente polêmico, porque ela viola a presunção de inocência como regra de tratamento. Resta saber se essa violação é legítima ou não. Para tanto, deve-se analisar a existência de *periculum libertatis*, o qual é aferido a partir do exame das finalidades da prisão processual.

A partir da doutrina de Perfecto Andrés Ibáñez²⁸⁴ e Alexandra Vilela²⁸⁵, conclui-se que a prisão processual pode ter quatro finalidades ou funções. Na primeira, a prisão está relacionada com a necessidade de asseguramento do desenvolvimento do processo (tutelar a

279 GIACOMOLLI, 2016, p. 128.

280 IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Revista de Ciências Penales de Costa Rica**, São José, ano 9, n. 13, pp. 5-18, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16968.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017, p. 6.

281 IBÁÑEZ, 1997, p. 6.

282 CARNELUTTI, 1960, p. 139.

283 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>> Acesso em: 25 out. 2017.

284 IBÁÑEZ, 1997, pp. 9-10.

285 VILELA, 2005, pp. 104-112.

instrução criminal). Na segunda, a prisão está relacionada com o asseguramento de eventual condenação (tutelar a aplicação da lei penal). Na terceira, a prisão está relacionada com uma função de prevenção especial, porquanto visa evitar a prática de novos crimes pelo acusado. E, na quarta das finalidades, a prisão está ligada com a função de prevenção geral, com vista à satisfação de desejos sociais de segurança.

Luigi Ferrajoli é crítico da prisão processual, pois, segundo ele, é instituto jurídico que excepciona um dos seus axiomas: “A7 Nulla culpa sine iudicio”²⁸⁶. Por essa razão, o autor não aceita nenhuma forma de prisão processual:

Penso, ao contrário, que a mesma admissão em princípio da prisão *ante iudicium*, qualquer que seja o fim que se lhe queira associar, contradiz na raiz o princípio de submissão à jurisdição, que não consiste na possibilidade de detenção apenas por ordem de um juiz, mas na possibilidade de sê-lo só com base em um julgamento. Além disso, toda prisão sem julgamento ofende o sentimento comum de justiça, sendo entendido como um ato de força e de arbítrio. Não há de fato qualquer provimento judicial e mesmo qualquer ato dos poderes públicos que desperte tanto medo e insegurança e solape confiança no direito quanto o encarceramento de um cidadão, às vezes por anos, sem processo. E é um mísero paralogismo dizer que o cárcere preventivo não contradiz o princípio *nula poena sine iudicio* – ou seja a submissão à jurisdição em sentido lato –, pois não se trata de uma pena, mas de outra coisa: medida cautelar, ou processual ou, seja como for, não penal.²⁸⁷

Para Ferrajoli, a única possibilidade de haver medida cautelar que constanja a liberdade pessoal do réu é a condução coercitiva do acusado à frente do juiz, a qual visa permitir “a contestação do fato e a realização das primeiras defesas sem adulterações anteriores.”²⁸⁸ Ademais, mesmo a condução coercitiva, só é cabível em processos com crimes graves e com fundamento em exigências instrutórias motivadas.²⁸⁹

A prisão processual não é admitida por Ferrajoli nem para casos de crimes graves em que haja a possibilidade de adulteração da prova pelo réu. Segundo ele,

[...] sobretudo para alguns crimes graves, existe o perigo de que mesmo após o primeiro interrogatório e das primeiras averiguações o imputado adultere as provas. Mas nenhum valor ou princípio é satisfeito sem custos. E esse é um custo que o sistema penal, se quiser salvaguardar sua razão de ser, deve estar disposto a pagar.²⁹⁰

Aury Lopes Jr. aproxima-se muito do pensamento de Ferrajoli, porquanto quase que

²⁸⁶ FERRAJOLI, 2014, p. 91.

²⁸⁷ FERRAJOLI, 2014, pp. 511-512.

²⁸⁸ FERRAJOLI, 2014, p. 515.

²⁸⁹ FERRAJOLI, 2014, p. 515.

²⁹⁰ FERRAJOLI, 2014, p. 515.

não admite a possibilidade de prisão processual. Segundo o autor, a expressão “garantia da ordem pública” é inconstitucional, por pretender impor uma pena antecipada, ao isolar um sujeito que seria supostamente perigoso.²⁹¹ Logo, a garantia da ordem pública não é cautelar, por não proteger o processo.²⁹²

Em prosseguimento, Lopes Jr. refere que a tutela da instrução criminal e da aplicação da lei penal seriam verdadeiras cautelares. Entretanto, mesmo nessas situações, o autor acaba por admitir, em último caso, a prisão processual apenas para a tutela da aplicação da lei penal, pois, na tutela da instrução criminal, haveria outras formas de proteger a prova que não por meio da prisão cautelar.²⁹³

Alexandre Morais da Rosa²⁹⁴, Alexandra Vilela²⁹⁵ e Ana Cláudia Bastos de Pinho²⁹⁶, por sua vez, admitem a prisão processual apenas quanto estiver presente situação que necessite proteger o processo. Segundo eles, a prisão para garantia da ordem pública viola frontalmente a presunção de inocência, por realizar um juízo sobre pessoa que está sendo processada, e não sobre um fato concreto que justifique a prisão. Nessas situações, o intérprete, por meio da folha de antecedentes do réu, presumirá que ele representa um perigo para a sociedade, em violação ao seu estado de inocente.

Por outro lado, essa corrente admite a prisão preventiva nas situações em que ela for meramente cautelar – tutela da instrução criminal e da aplicação da lei penal. Nessas hipóteses, o intérprete fará um juízo da necessidade da prisão anterior à própria pessoa do réu, independentemente, pois, de sua condição pessoal, e com base estritamente na tutela do processo penal. Nas palavras de Alexandra Vilela:

É o que acontece se se constrói a prisão preventiva enquanto medida de segurança. Por isso mesmo, recusamo-nos a ver na prisão preventiva uma medida dessa natureza, aplicada independentemente de se saber se o arguido é ou não culpado e antes que seja reconhecido o perigo que ele efectivamente representa através de prova bastante. Recusamos assim ver na prisão preventiva um instituto destinado a promover a segurança social, evitando o cometimento de novos crimes e garantindo a ordem pública. Defendemos, em contrapartida, a sua natureza cautelar que, por se encontrar exclusivamente pré-ordenada ao processo, prescinde de juízos de valoração acerca da pessoa do acusado, revelando-se, em última análise, de acordo com

291 LOPES JR., 2006, p. 217.

292 LOPES JR., 2006, p. 218.

293 LOPES JR., 2006, pp. 219-223.

294 ROSA, 2016, p. 309.

295 VILELA, 2005, p. 104.

296 PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão provisória: cautelaridade ou banalidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 3, pp. 84-90, 2001. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf>. Acesso em: 31 out. 2017, p. 86.

o princípio da presunção de inocência.²⁹⁷

Concorda-se que a expressão “garantia da ordem pública” é cláusula aberta e genérica, em especial quando se estiver tratando de restrição a direitos fundamentais. A expressão tem permitido o uso das prisões processuais não como exceção, como prevê o ordenamento processual brasileiro, mas sim como regra. Nesse sentido, estão os 34% dos presos provisórios existentes nas cadeias públicas brasileiras.

Por conta disso, a expressão “garantia da ordem pública”, no atual cenário democrático e constitucional, como regra, é inconstitucional. Sua utilização encontra suporte jurídico apenas em uma situação, a qual será analisada a seguir. A generalidade da expressão, aliás, recomenda que situações mais claras de autorização da prisão preventiva, além da tutela da instrução criminal e da aplicação da lei penal, viessem explicitadas na legislação, a fim de evitar um excesso de discricionariedade do julgador. Nesse sentido, por exemplo, está a possibilidade de prisão processual para evitar a reiteração delitiva em crimes cometidos com violência ou grave ameaça ou em crimes hediondos e equiparados.

Não se concorda, portanto, com Ferrajoli e Lopes Jr., ao praticamente defenderem a existência de um processo criminal sem prisão preventiva. Há casos processuais excepcionais em que a tutela da instrução criminal, a tutela da aplicação da lei penal e evitar a reiteração delitiva (prevenção especial) só serão alcançados caso, efetivamente, decrete-se a prisão preventiva do acusado.

Nessa situação, está a vítima de um crime, ameaçada de morte pelo acusado, de forma comprovada, para que não preste depoimento em juízo. Num primeiro momento, as medidas cautelares alternativas poderão ser utilizadas. No entanto, na insistência do acusado em ameaçar a vítima e, caso ela reiteradamente procure os órgãos de segurança demonstrando seu temor, não há outro caminho senão se utilizar da excepcionalidade da prisão processual. Está presente o *periculum libertatis*, pois a liberdade do acusado coloca a instrução criminal em perigo.

Em outra hipótese, está o acusado que não for encontrado para ser citado. Como o processo penal só pode ter seguimento se houver a citação formal do réu, a localização e a prisão processual se mostram indispensáveis para que o Estado possa exercer o *ius puniendi*. Nesse contexto, também haverá *periculum libertatis*, porque a liberdade do acusado impede a aplicação da lei penal.

Não se concorda também com Alexandre Morais da Rosa, Alexandra Vilela e Ana

297 VILELA, 2005, p. 104.

Cláudia Bastos de Pinho, os quais negam a possibilidade de a prisão processual atuar com a função de prevenção especial, ou seja, evitar a reiteração delitiva por parte do agente. Nesse ponto, alinha-se com as ideias de Perfecto Andrés Ibáñez²⁹⁸, Gilberto Thums²⁹⁹, Nereu José Giacomolli³⁰⁰ e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho³⁰¹, os quais admitem, de forma excepcional, a prisão processual para evitar a reiteração delitiva.

Assim, o réu que, comprovadamente, mediante indícios consistentes, continue a praticar delitos, embora já esteja respondendo a outros processos criminais ou já possua outras condenações, pode ter sua prisão preventiva decretada para fazer cessar a prática de seus ilícitos. Há típica situação de *periculum libertatis*, porquanto a liberdade do réu durante o processo penal coloca em risco os demais bens jurídicos protegidos penalmente, o que torna indispensável a sua prisão processual.

O acusado que descumpra de forma reiterada medidas protetivas deferidas em favor de sua companheira, com base na Lei n.º 11.340/06, porque deseja a manter na situação de violência doméstica, caracteriza situação que também justifica a decretação de sua prisão preventiva, para evitar que ele continue a praticar ilícitos contra ela. Não fosse assim, haveria grande possibilidade de a mera medida cautelar alternativa à prisão não ser suficiente para tutelar a integridade física da vítima. Assim, fica demonstrada a existência de situações em que a prisão processual é indispensável, inclusive em sua finalidade de prevenção especial.

Não se trata, portanto, de presumir a periculosidade do réu apenas com a sua folha de antecedentes. A periculosidade é avaliada com base em consistentes indícios de autoria que levam à conclusão de que provavelmente o acusado seja a pessoa que esteja praticando uma série de crimes graves (fatos concretos). Por isso, é que a prisão processual como prevenção especial talvez seja a mais importante das três medidas excepcionais tomada em prol do *periculum libertatis*.

Em casos tais, de admissão de prisão processual de forma excepcional (tutela da instrução criminal, tutela da aplicação da lei penal e evitar a reiteração delitiva), a presunção de inocência enquanto regra de tratamento deve ceder, sobretudo porque os meios menos gravosos sugeridos por Ferrajoli e Lopes Jr., via de regra medidas cautelares alternativas, podem não serem suficientes, como coloca Perfecto Andrés Ibáñez,³⁰² para tutelar a

298 IBÁÑEZ, 1997, p. 17.

299 THUMS, 2006, p. 160.

300 GIACOMOLLI, 2016, p. 440. De se destacar que Giacomolli admite a prisão processual para evitar a reiteração delitiva fundamentada não na garantia da ordem pública, que é inconstitucional, segundo o autor, mas sim na necessidade de aplicação da lei penal (GIACOMOLLI, 2006, p. 440).

301 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 249.

302 IBÁÑEZ, 1997, p. 12.

integridade física das vítimas e o direito do Estado em levar a persecução criminal à frente.

É um ônus para a sociedade ter de esperar terminar o processo penal para só então aplicar a sanção penal, pois ao final desse tempo a prisão pode não mais atingir a finalidade pretendida. Isso se o processo penal tiver um fim, pois a prisão processual pode garantir também a ordinária tramitação da persecução. Nesses casos excepcionais, a escolha deve ser pela prisão processual, pois situações de presença de *periculum libertatis* são encontradas na tutela da aplicação da instrução criminal, na tutela da aplicação da lei penal e na prevenção especial (evitar a reiteração delitiva).

Embora quem trabalhe com o instituto da prisão provisória realize um “trabajo sujo”³⁰³, há necessidade de se dotar o Estado de algum mecanismo que possa restringir a presunção de inocência enquanto regra de tratamento. Os casos excepcionais de prisão processual expostos acima justificam a restrição do princípio constitucional, porque eles só terão sua finalidade atingida caso a prisão processual seja decretada.

Portanto, as três finalidades específicas de prisão aqui defendidas são necessárias e possíveis porque elas caracterizam o *periculum libertatis*, porque o direito da presunção de inocência não é absoluto e porque a prisão processual possui fundamento constitucional (art. 5º, inciso LXI) e legal (art. 312 do Código de Processo Penal). É uma legítima violação à regra de tratamento do estado de inocente em favor da tutela da integridade física das demais pessoas e da possibilidade do Estado em exercer o *ius puniendi*.

A separação que parte da doutrina faz para admitir as prisões processuais apenas para situações em que há cautelaridade é um equívoco, pois todas as hipóteses de prisão processual são, no final das contas, penas antecipadas e, destarte, violam a presunção de inocência. Pretender separar uma ou outra finalidade da prisão processual é apenas dar uma aparência de legitimidade para situações que, na realidade, são muito semelhantes.

Não há, pois, práticas limpas³⁰⁴ em tema de prisão processual. Todas as situações violam a regra de tratamento da presunção de inocência. A legitimidade da medida excepcional não deve ser aferida pelo requisito cautelaridade estrita, mas sim pelo *periculum libertatis* e pelo atingimento das finalidades por ela perseguidas. A execução antecipada da pena estará presente em todas as situações de prisão processual, motivo pelo qual é um erro tentar apontar que somente a prisão dita cautelar não implicará antecipação da pena.

Nesse contexto, a expressão “garantia da ordem pública”, por ser uma cláusula aberta e inadequada para restringir direitos fundamentais, é inconstitucional. No Estado Democrático

303 IBÁÑEZ, 1997, p. 17.

304 IBÁÑEZ, 1997, p. 17.

de Direito, só há possibilidade de se aceitar a utilização da expressão nos estritos casos em que a liberdade do réu colocar em risco direitos fundamentais da vítima e de outros membros da sociedade³⁰⁵ pela reiteração delitiva de crimes graves (com violência, grave ameaça ou em crimes hediondos ou equiparados).

A “garantia da ordem pública”, de outro modo, não pode ser usada para justificar prisões processuais genéricas, fundamentadas na “credibilidade do Poder Judiciário”, no “clamor público” ou na “gravidade do crime”³⁰⁶. A presunção de inocência é direito fundamental e, por isso, deve ser restringida o mínimo possível, somente quando for indispensável para fazer cessar uma outra violação a outro direito fundamental (tutela da instrução processual, da aplicação da lei penal e evitar a reiteração delitiva).

Situações caracterizadas por “credibilidade da justiça”, “clamor social” ou “diminuição dos índices de criminalidade” não são obtidas por meio de prisão processual. É inconcebível que a prisão processual seja utilizada para tais finalidades, sob pena de inconstitucionalidade da decisão que nesses termos fundamentar. Não há, pois, necessidade de se decretar prisão processual para atingir essas finalidades (prevenção geral). Por isso:

A gravidade do crime, como único critério para decretar a prisão, não pode ser aceita, porquanto pode alguém praticar homicídio com requintes de crueldade, em razão de vingança ou desavença pessoal, mas como um fato isolado na vida, único e que dificilmente se repetirá. Se o acusado não vive no mundo do crime, não ameaça testemunhas, não representa perigo de fuga, não há perigo de ameaça à paz social, então não há fundamento para decretar-se sua prisão, a não ser o fato em si de ter praticado crime grave. Mesmo assim os tribunais pátrios vêm decretando esse tipo de prisão, utilizando-se de um argumento falacioso, o clamor público, porque se presta à manipulação subjetiva para a fundamentação. Normalmente o clamor público é provocado pela imprensa e os familiares da vítima exercem pressão na mídia, que acaba influenciando o julgador que prefere não se desgastar perante a opinião pública. É lamentável.³⁰⁷

A prisão para “garantia da ordem econômica” também é inconstitucional, pois não “é possível extrair, nem do *caput*, nem dos incisos do art. 5º da Constituição, qualquer indício que pudesse fazer crer que, em sede cautelar, a ordem econômica seja mais importante do que a liberdade de um homem que seja. Felizmente!”³⁰⁸

A prisão temporária, prevista na Lei n.º 7.960/89, de igual sorte, é inconstitucional, embora os Tribunais já tenham assentado sua constitucionalidade.³⁰⁹ É incompatível com um

305 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 249.

306 GIACOMOLLI, 2016, p. 437.

307 THUMS, 2006, p. 160.

308 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 248.

309 Sobre a discussão a respeito da constitucionalidade da prisão temporária: STF, HC 89143, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 10/06/2008, DJE-117 DIVULG 26-06-2008 PUBLIC 27-06-

processo penal democrático, fundamentado na presunção de inocência e na excepcionalidade das prisões processuais, decretar uma prisão apenas na “imprescindibilidade para as investigações do inquérito policial” ou na ausência de residência fixa por parte do indiciado ou de elementos que possam permitir sua identificação (incisos I e II). Ainda que sejam indispensáveis os indícios de autoria (inciso III), os requisitos referidos anteriormente são incompatíveis com a excepcionalidade das prisões processuais e, por consequência, com a própria presunção de inocência.

Por estar ligada a conceitos genéricos, como “lei e ordem” e “defesa social”, que nada dizem quanto à efetiva necessidade da prisão, associados, portanto, à ideia de prevenção geral, a prisão temporária é inconstitucional e considerada uma excecência pela doutrina comprometida com o garantismo.³¹⁰

Para finalizar ponto tão importante, conclui-se que a prisão processual viola o estado inicial de inocente do réu acusado de crimes, em sua regra de tratamento. Com a prisão processual, aplicar-se-á a maior de todas as consequências da sentença penal condenatória, que é a prisão, de forma antecipada, sem que exista ainda um juízo de certeza processual a respeito do crime em tese praticado.

Ainda assim, subsiste a necessidade de prisão processual no ordenamento jurídico brasileiro, quando presente *periculum libertatis*, o que ocorrerá quando a prisão processual visar tutelar a instrução criminal, a aplicação da lei penal e evitar a reiteração delitiva. São fundamentos que só serão garantidos pela aplicação da prisão processual, razão da necessidade de sua existência. É um preço a ser pago, consistente na violação da presunção de inocência, para seja tutelado o risco concreto para as vítimas e para demais membros da sociedade.

Por outro lado, não se deve deixar de alertar para o uso exacerbado do instituto, demonstrado pelo alto número de pessoas presas no Brasil de forma provisória, em especial pela utilização indiscriminada da “garantia da ordem pública”. Necessário, assim, que tal expressão seja retirada de nosso sistema jurídico, a fim de que sejam limitados os poderes dos juízes para situações em que efetivamente haja necessidade da prisão processual, as quais são exceções, pela presunção inicial de inocência do réu.

Em suma, viu-se ao longo deste capítulo as principais formas de manifestação da presunção de inocência, as quais demonstram como o princípio a todo momento limita o

2008 EMENT VOL-02325-02 PP-00407 RTJ VOL-00205-03 PP-01248 RCJ v. 22, n. 142, 2008, p. 126-127. STF, HC 102974, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 14/12/2010, DJe-024 DIVULG 04-02-2011 PUBLIC 07-02-2011 EMENT VOL-02458-01 PP-00118).
310 THUMS, 2006, p. 163.

poder estatal, cumprindo, pois, a finalidade principiológica do processo penal.

Se há um estado inicial de inocência reconhecido pela Constituição Federal, o qual deve ser defendido pelo processo e pelos juízes, não há motivo para dotar os julgadores de poderes instrutórios. A dúvida a respeito da presença dos elementos do crime deve apenas acarretar a declaração da absolvição do réu. Por esses motivos, o sistema processual acusatório, por estar de acordo com o princípio da presunção de inocência, é o sistema previsto no Estado Democrático de Direito.

A regra probatória, por seu turno, com base na situação inicial de inocência, é consequência do pêndulo inicial do processo garantista, pois o réu inicia o processo penal absolvido e nessa situação permanece a não ser que advenha prova em contrário. Por consequência, o encargo probatório é todo da acusação. Não há, por outro lado, qualquer encargo ou obrigação probatória a ser imposta à defesa, a não ser na qualidade de oportunidade ou chance processual.

A regra de julgamento significa que a situação inicial de inocência do réu impõe uma série de requisitos para que a garantia seja ultrapassada. Não é qualquer convicção judicial que autoriza a derrubada do princípio. Nesse sentido, somente a sentença que seja baseada no estrito cumprimento das regras do jogo, vale dizer, regras e princípios fundamentais, autorizará a superação da inocência. Além disso, para que seja possível a prolação da sentença penal condenatória, também se exige uma certeza judicial adjetivada pela altíssima probabilidade de que o fato tenha ocorrido e capaz de superar a dúvida razoável no pensamento do magistrado a respeito do fato ocorrido.

Por fim, a prisão processual é o modo previsto na lei e na Constituição Federal de excepcionar a presunção de inocência enquanto regra de tratamento. Ela só é legítima em situações excepcionais, caracterizados pela alta probabilidade de que o réu venha a colocar em perigo a integridade física da vítima, de testemunhas ou de terceiros, ou pela alta probabilidade de que o processo penal não terá andamento, pela fuga do acusado. Nessas hipóteses, ter-se-á *periculum libertatis*, que constitui a forma juridicamente válida em que a prisão processual pode excepcionar o princípio da presunção de inocência.

A seguir, parte-se para o problema central da pesquisa, que diz respeito ao instante em que a presunção de inocência começa a produzir seus efeitos no sistema processual e em que instante os seus efeitos terminam ou são diminuídos. Temas ligados à incidência da presunção de inocência antes da formalização do processo penal e à possibilidade da execução provisória da pena de prisão serão tratados no capítulo a seguir. Avança-se, assim, para a delimitação da aplicação do princípio.

3 DELIMITAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: O NÚCLEO ESSENCIAL DO PRINCÍPIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Como visto no decorrer deste trabalho, o ordinário na convivência humana é que a maior parte dos homens e das mulheres não cometa crimes. Por isso, presume-se nas relações sociais que as pessoas sejam inocentes.

Tal presunção deve ser trazida para o processo penal. Por isso, aqueles que se tornam réus são presumivelmente inocentes. Essa condição deve ser mantida até o final do processo, a não ser que se existam elementos para uma sentença penal condenatória. Portanto, a presunção de inocência qualifica o sistema processual garantista, ao definir a “verdade” inicial que deve existir na relação processual.

Para que haja possibilidade de derrubada dessa “verdade”, a Constituição Federal prevê o processo penal como instrumento para que o poder punitivo estatal seja testado ou submetido a controle de várias ordens, considerando que será durante a persecução criminal que o Estado poderá formar a culpa do acusado ou poderá reafirmar o seu estado inicial de inocência.

Estudar, assim, a delimitação do princípio no processo penal brasileiro significa analisar o momento em que a presunção de inocência produz seus principais efeitos e em que momento a garantia deixa de os produzir. Para tal objetivo, será analisado a incidência do princípio durante os atos administrativos, durante a investigação preliminar e os atos pré-processuais, durante o processo penal e durante a execução da pena, para saber se ele gera efeitos em todos esses momentos e em que medida.

A seguir, parte-se para a análise detida da atuação da presunção de inocência nesses quatro momentos. O objetivo é delimitar a atuação do princípio e, a partir dela, extrair o seu núcleo essencial.

3.1 A Presunção de Inocência durante o Ato Administrativo

Antes de se tratar da delimitação da presunção de inocência no processo penal, indaga-se se haveria um momento anterior em que também existiria uma tensão semelhante entre o direito de punir do Estado, vale dizer, de restringir direitos fundamentais, e a garantia ordinária da presunção de inocência? A resposta é positiva, porquanto há um outro período nas relações sociais, que não no direito processual penal, em que também se reclama um chamamento da presunção de inocência para que a garantia possa funcionar como um modo

de frear a atuação do Estado com a finalidade de restringir direitos fundamentais.

Esse momento em que a presunção de inocência deve incidir, além do processo penal, ocorre nas relações existentes entre o Estado enquanto Administrador Público e as pessoas enquanto administradas e destinatárias do serviço público prestado pelo Estado, uma vez que a prática de um ato pela Administração Pública pode acarretar sérias restrições de direitos aos administrados, às vezes tão graves quanto à restrição imposta pelas penas privativas de liberdade e restritivas de direitos advindas do direito penal. Por isso, Fábio Medina Osório afirma que “a presunção de inocência é uma garantia plenamente vigente no procedimento sancionador, cuja análise resulta, portanto, imperiosa.”³¹¹

Nesse contexto, há possibilidade de a Administração Pública impor restrições em condenações obtidas em ações cíveis de improbidade administrativa, por meio do exercício do poder de polícia ou por meio de processo administrativo disciplinar. Isso implica a possibilidade de ela mitigar importantes direitos fundamentais das pessoas, como a restrição ao exercício de uma profissão, ao patrimônio e ao próprio exercício do direito de ir e vir, que afeta o direito de liberdade.

São atos administrativos, fundamentados em lei, que possuem reflexo na vida dos cidadãos, como a proibição de o particular contratar com o Poder Público (art. 12 da Lei n.º 8.429/92), a condenação da pessoa ao pagamento de multa civil (art. 12 da Lei n.º 8.429/92), a suspensão do direito de dirigir veículo automotor por determinado período (art. 256, inciso III, da Lei n.º 9.503/97) e até a perda do cargo do servidor público (art. 41, §1º, inciso II, da Constituição Federal).

Ao se analisar o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, embora ele faça referência expressa aos acusados de crimes, pois “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, isso não significa que os administrados, destinatários de atos administrativos restritivos de direitos, estejam alijados da garantia da presunção de inocência.

Ocorre que a Constituição Federal também assegurou no seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” O devido processo legal deve ser entendido aqui como o devido processo judicial ou como o devido processo administrativo. Ou seja: em situações em que a própria lei autorize a restrição de direitos dos administrados – privação da liberdade ou de seus bens – por meio de processo administrativo, ele bastará para atingir a finalidade pretendida, desde que, é claro, seja

311 OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 351.

observado o devido processo administrativo, com os seus ritos e parâmetros.

Nesse sentido, é a doutrina de Rafael Maffini:

[...] a primeira, e talvez a mais importante, das finalidades dos processos administrativos consistem em propiciar garantias aos destinatários da função administrativa, notadamente no sentido de que as decisões aptas a os afetarem serão precedidas de ritos e parâmetros previamente delimitados.³¹²

Além da necessidade do devido processo administrativo para a privação da liberdade ou dos bens do administrado, a Constituição Federal impõe ainda uma outra garantia ou princípio a ser observado pela Administração Pública. Trata-se dos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”

Por conta disso, para restringir direitos dos administrados, há necessidade que antes a Administração Pública assegure o contraditório e a ampla defesa, de modo que possibilite ao cidadão participar e influenciar ativamente na decisão administrativa a ser tomada.

Rafael Maffini bem define a importância de oportunizar contraditório e ampla defesa antes da tomada de decisão administrativa:

O atual estágio do conceito de princípio de contraditório impõe uma ideia que consubstancia uma participação em sentido amplo dos interessados no resultado de alguma providência estatal que possa incidir em seus direitos ou interesses. Tal participação, em sentido amplo, induz uma ideia de colaboração e cooperação, ou seja, o princípio do contraditório tem como “conteúdo mínimo” a garantia de se permitir que um determinado interessado em certa providência possa, através de sua participação, incidir no desenvolvimento de uma determinada tomada de decisão, mesmo que de natureza jus-administrativa.³¹³

Por tais motivos, há duas garantias a serem respeitadas para que a Administração Pública restrinja direitos de seus administrados: ela deve observar antes o devido processo administrativo, no sentido de obedecer os ritos e parâmetros previamente previstos em lei, bem assim deve observar antes o contraditório e a ampla defesa, no sentido de permitir que o administrado influencie tanto faticamente quanto juridicamente na decisão administrativa a ser tomada. Somente após cumpridas essas duas importantes etapas é que se poderá falar em legitimidade da Administração Pública em restringir direitos – privar da liberdade ou de seus bens – seus destinatários.

312 MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 142.

313 MAFFINI, 2006, p. 140.

Com esse panorama, é um equívoco afirmar que a presunção de inocência inexistente no processo administrativo. Havendo necessidade de que as garantias do devido processo administrativo e do contraditório e da ampla defesa precedam à tomada de decisão administrativa que restrinja direitos dos administrados, há um estado anterior das pessoas em que se presume que o fato alegado pela Administração Pública não tenha ocorrido. Trata-se da situação similar à citada por Malatesta no primeiro capítulo, em que o autor defende que a maior parte das pessoas não comete crimes. Aqui o caso não é diverso, pois o ordinário é que a maior parte das pessoas não pratique fatos que autorizam a Administração Pública a impor sanções administrativas aos seus administrados. O ordinário, portanto, é o estado de inocente da pessoa, inclusive nas relações sociais envolvendo o direito administrativo, decorrente da própria necessidade de que o Poder Público observe o devido processo administrativo, o contraditório e a ampla defesa.

Extraír do devido processo administrativo, do contraditório e da ampla defesa administrativa a existência da presunção de inocência enquanto estado inicial do administrado é forma de conferir máxima eficácia ao direito fundamental da presunção de inocência, modo como devem ser interpretados os direitos fundamentais³¹⁴, em consonância com o que determina o art. 5º, §1º, da Constituição Federal. Não há possibilidade jurídica, diante desses fundamentos, em se negar a presunção de inocência no processo administrativo.

Ainda assim, embora se conclua a plena vigência da presunção de inocência no direito administrativo, subsiste uma dúvida a respeito da compatibilização do princípio constitucional com a presunção de validade dos atos administrativos.

Aparentemente, a presunção de validade dos atos administrativos inverteria o ônus da prova, de tal modo a incumbir ao administrado provar a inoccorrência do fato que levou a Administração Pública a restringir seus direitos fundamentais. Essa presunção “torna o ato útil até que se demonstre alguma irregularidade formal ou material que desconstitua a utilidade do seu conteúdo conforme os valores do Direito, ou até mesmo ameace ou agrida efetivamente direitos de outrem.”³¹⁵

A incompatibilidade, porém, é apenas aparente, porquanto, no atual Estado Democrático de Direito, sustentando pelo binômio direitos fundamentais e democracia, não se pode mais aceitar a insindicabilidade do mérito do ato administrativo.³¹⁶ Há necessidade, com efeito, de que o ato administrativo observe não apenas as regras legais como também todos os

314 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 278.

315 FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público. Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 48.

316 FRANÇA, 2014, p. 49.

princípios fundamentais, em especial a presunção de inocência.

Com base nesse raciocínio, aceita-se a existência da presunção de validade dos atos administrativos, até o momento em que eles forem contestados administrativamente ou judicialmente.³¹⁷ Após a contestação administrativa ou judicial do ato administrativo, a presunção de validade do ato administrativo cede lugar à presunção de inocência, de tal modo que, a partir desse momento, para a Administração Pública, “a única presunção que prevalece é aquela relacionada com a afirmação por parte da Administração da ocorrência de certos fatos.”³¹⁸

Por isso, conforme a doutrina de Marçal Justen Filho³¹⁹, o Poder Judiciário pode e deve revisar o ato administrativo, quando provocado, tanto juridicamente quanto faticamente. Para a revisão jurídica, basta que o Poder Judiciário seja provocado, pois o órgão não fica vinculado à interpretação jurídica adotada pela Administração Pública. Para a revisão fática, importante salientar que, após a impugnação judicial do ato pelo particular, o ônus da prova passa a ser todo da Administração Pública, por ser inviável para o particular comprovar que o fato não ocorreu.

Sucedem que não se pode exigir do particular que prove o que é ordinário nas relações sociais, defendendo-se aqui também a existência de uma “verdade” inicial nas relações envolvendo a Administração Pública e o administrado. O extraordinário é que deve ser comprovado, razão por que incumbe ao Poder Público construir a prova da conduta ilícita por parte do cidadão.

Mesmo a mera impugnação administrativa traz com ela todos os efeitos equivalentes à impugnação judicial, justamente porque o extraordinário é que deve ser comprovado. Por isso, compete à Administração Pública revisar os atos administrativos eivados de ilegalidade e comprovar durante o processo administrativo a ocorrência do ilícito por parte do particular.

Nesse sentido, com razão Phillip Gil Grança, ao afirmar que:

[...] realmente cabe à Administração o ônus de sustentação do que afirma. Do contrário, estar-se-ia fundamentando o totalitarismo, sendo a ação estatal a expressão da verdade absoluta e infalível. Assim, cediço que a Administração precisa estabelecer e demonstrar – via uma adequada, robusta, clara e objetiva motivação – a retidão de todos os elementos conformadores do ato administrativo. Inclusive, o necessário nexo causal entre eles para a realização e promoção do determinado interesse público objeto do respectivo ato administrativo.³²⁰

317 FRANÇA, 2014, p. 49.

318 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 346.

319 JUSTEN FILHO, 2010, p. 346.

320 FRANÇA, 2014, p. 50.

Constata-se da doutrina de França que, no regime jurídico dos atos administrativos que restringem direitos fundamentais, tal como ocorre com o processo penal, também se deve abandonar a busca pelas verdades absolutas, as quais estão relacionadas com sistemas totalitários e intransigentes. Portanto, não demonstrado pela Administração Pública a regularidade do ato administrativo, ele não poderá ser considerado regular e eficaz; ele deve ceder à presunção de inocência existente em favor do administrado.

Não se deve concordar, dessa forma, com a doutrina de Fábio Medina Osório, no ponto em que aparenta dar uma prevalência à presunção de validade dos atos administrativos em detrimento da presunção de inocência:

Não há um rol fechado ou exaustivo dessas provas, mas parece possível dizer que determinados atos administrativos, próprios à fase das investigações, possuem inegável e intenso valor probante, não sendo lícito ao intérprete invocar, genericamente, a presunção de inocência para derrubar a eficácia desses documentos. O que pode o acusado fazer, isso sim, é produzir uma contraprova, uma prova defensiva que desmoralize a validade e a eficácia da prova acusatória.³²¹

O momento em que a presunção de inocência poderá ser restringida será apenas aquele enquanto ocorrer a prática do ato administrativo e até impugnação administrativa ou judicial por parte do particular. Não ocorrendo a impugnação, presume-se válido o ato administrativo, dado o consentimento do seu destinatário e considerando a necessidade de dotar o Poder Público, de forma excepcional, de atos que possam restringir direitos fundamentais, sem que precise se socorrer ao direito penal.

Por outro lado, havendo impugnação administrativa ou judicial por parte do particular, então a presunção de inocência volta a garantir o *status* inicial da pessoa em sua plenitude, o que significa que a presunção de inocência enquanto regra de tratamento, regra probatória e regra de julgamento tem ampla incidência a partir desse momento, a fim de limitar o poder punitivo administrativo do Estado.

É dizer, embora o particular disponha de oportunidade processual para realizar sua prova, no sentido de impugnar a regularidade do ato administrativo, tal como ocorre no processo penal, o ônus probatório tanto nos processos administrativos quanto nos processos judiciais que discutem atos administrativos é da Administração Pública. Caso não comprovados os fatos que desencadearam o ato administrativo, mediante prova que demonstre altíssima probabilidade de que o evento tenha ocorrido, a presunção de inocência

321 OSÓRIO, 2000, p. 363.

impõe que o julgamento seja realizado em favor do particular.

Assim é que a imposição de sanção por ato de improbidade administrativa, suspensão do direito de dirigir veículo automotor, imposição de multas pecuniárias e demissão do serviço público, por serem atos administrativos que restringem importantes direitos fundamentais, pressupõe, para a sua regularidade, que sejam comprovados pela Administração Pública mediante prova robusta que faça superar a dúvida razoável no pensamento do julgador, sob pena de incidir na plenitude a presunção de inocência.

É inconstitucional, dessa maneira, a disposição contida no art. 165-A do Código de Trânsito Brasileiro (Lei n.º 9.503/98)³²², ao prever a imposição de sanções administrativas ao particular que se recusar a se submeter a procedimentos destinados a comprovarem a embriaguez ao volante. Se é necessária a observância de devido processo administrativo, contraditório e ampla defesa para a imposição de penalidades administrativas, não se pode permitir que a prova a ser feita pela Administração Pública para comprovar a ilicitude consista em violação a direito fundamental da pessoa, que é o seu direito de não produzir prova contra si mesmo.³²³ Seria o mesmo que aceitar uma condenação criminal com base em prova ilícita, o que não é possível por não ser elemento probatório que possibilite a mitigação democrática da presunção de inocência.

A presunção de inocência, portanto, não tem eficácia apenas quando se estiver na iminência de uma acusação formulada em processo penal. Ela incide antes disso, no direito administrativo sancionador, pois é área em que há possibilidade de violação de direitos fundamentais. Nesse momento, a garantia deve ser chamada, por meio da exigência do devido processo administrativo, do contraditório e da ampla defesa, para limitar de forma constitucional o direito de punir do Estado administrador.

322 Art. 165-A. Recusar-se a ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa, na forma estabelecida pelo art. 277:

[\(Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016\)](#) [\(Vigência\)](#)

Infração - gravíssima; [\(Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016\)](#) [\(Vigência\)](#)

Penalidade - multa (dez vezes) e suspensão do direito de dirigir por 12 (doze) meses; [\(Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016\)](#) [\(Vigência\)](#)

Medida administrativa - recolhimento do documento de habilitação e retenção do veículo, observado o disposto no § 4º do art. 270. [\(Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016\)](#) [\(Vigência\)](#)

Parágrafo único. Aplica-se em dobro a multa prevista no **caput** em caso de reincidência no período de até 12 (doze) meses [\(Incluído pela Lei nº 13.281, de 2016\)](#) [\(Vigência\)](#)

323 Nesse sentido, ensina Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho: “O que se poderia sustentar é que, ainda que tenha havido concordância tácita com a realização do exame, quando da solicitação da habilitação, a sua recusa não poderia importar em sanção administrativa porque há também um direito de não depor contra si mesmo, consagrado pela referida Convenção Americana. Restaria, somente, a consequência da perda da habilitação, que tem o pressuposto da hígidez do motorista, aferível por exames periódicos.” (CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 100).

3.2 A Presunção de Inocência durante a Investigação Preliminar e os Procedimentos Pré-Processuais

No exercício do direito de punir por parte do Estado, a acusação inicia-se formalmente com o oferecimento da peça acusatória, que pode ser uma denúncia ou uma queixa-crime no sistema processual brasileiro, momento em que há um primeiro juízo de probabilidade de que o fato possa ter ocorrido e que o acusado possa ser o seu autor. A imputação do fato criminoso ao acusado é, portanto, o primeiro momento do processo penal em que há a acusação formal.

Antes, porém, do juízo de imputação realizado formalmente pelo Estado enquanto órgão acusador, há instante no âmbito do processo penal em que o Estado já realiza diversos atos processuais que podem restringir direitos fundamentais e o próprio estado de inocência das pessoas. Trata-se da investigação preliminar, a qual deve ser entendida de forma ampla, a fim de que os princípios fundamentais já possam nessa fase limitar o poder punitivo do Estado: “Nessa compressão ampla de imputação penal, ela se inicia a partir da existência de qualquer ato (investigativo ou judicial) do qual se depreende um juízo de atribuição de um crime a uma pessoa determinada.”³²⁴

Portanto, antes mesmo do oferecimento da denúncia ou da queixa-crime já pode haver investigação preliminar, decorrente da atribuição de uma infração penal a uma pessoa, o que reclama a incidência forte do princípio da presunção de inocência pela concreta possibilidade de restrição aos direitos fundamentais do acusado.

A investigação preliminar que fundamenta uma acusação formal pode ser realizada por qualquer procedimento administrativo, como investigações presididas pelo Ministério Público ou por órgãos administrativos com atribuição para investigar condutas que podem caracterizar infração penal. A forma mais comum de a investigação preliminar ser oficializada em nosso sistema processual é por meio do inquérito policial, presidido por um Delegado de Polícia.

O inquérito policial é um procedimento inquisitorial³²⁵ e demonstra de maneira concreta a existência do sistema processual misto na nossa legislação, caracterizado por uma fase em que as garantias da ampla defesa e do contraditório são mitigadas, que é a fase da investigação ou da tramitação do inquérito policial (sistema inquisitório), e a fase em que as garantias da ampla defesa e do contraditório são aplicadas, que é fase do processo penal de conhecimento (sistema acusatório).

Sendo um sistema inquisitório, o contraditório e a ampla defesa exercidos no inquérito

324 MORAES, 2010, p. 492.

325 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 183.

policial são limitados,³²⁶ uma vez que é instrumento não presidido por um juiz (terceiro) como garante de direitos fundamentais, razão por que não há relação processual triangular que possa observar a paridade de armas e a dialética processual.

Assim, embora não se deva exigir do inquérito policial as mesmas garantias existentes por ocasião do processo penal, uma vez que não se trata ainda de processo penal, alguns direitos dos réus processados devem se estender ao acusado na fase do inquérito policial, considerando que a pessoa que se encontra nessa condição já pode ter algumas de suas liberdades fundamentais restringidas apenas por constar como investigada na fase da investigação preliminar.

O momento, portanto, em que a presunção de inocência será derrubada não é no inquérito policial. Por isso, o sistema processual não exigiu um devido processo legal para a fase da investigação preliminar. Ainda assim, pela natureza de algumas medidas, que restringem sobremaneira os direitos fundamentais do acusado, antes mesmo da existência do processo penal, como a liberdade do acusado, que pode ser mitigada pela prisão processual, já se há de exigir algumas garantias processuais básicas, como contraditório, ampla defesa e presunção de inocência.

Com esse panorama, doutrina e jurisprudência contemporâneas fazem um esforço para tentar adaptar o inquérito policial, instrumento concebido em período não-democrático, com os princípios mais fundamentais de nossa República, dentre eles a presunção de inocência.

Na investigação preliminar, só é possível pensar em romper a barreira da presunção de inocência se a pessoa investigada tiver garantido o seu direito de ampla defesa e contraditório, mesmo na fase do inquérito policial. Por isso, não pode mais haver espaço no Estado Democrático de Direito para inquéritos policiais sigilosos. O defensor do acusado deve ter amplo acesso aos elementos investigatórios realizados. Nesse sentido, é que foi editada a Súmula vinculante n.º 14 do STF³²⁷, num primeiro esforço de nossa Suprema Corte em tentar constitucionalizar a fase investigativa.

Somente pode haver espaço para sigilo durante a fase preliminar para aquelas diligências cujo sigilo seja imprescindível para o êxito do objeto investigado,³²⁸ como ocorre

326 LOPES JR., 2017, p. 173.

327 “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.”

328 Nesse sentido, cita-se precedente representativo da Súmula Vinculante n.º 14 do STF: “4. Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob o risco do comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. (...) Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados,

com as interceptações telefônicas, que reclamam, para que possam atingir a sua finalidade, sejam realizadas de forma sigilosa. Entretanto, esse sigilo deve durar apenas até o instante em que a diligência esteja sendo realizada, de modo que, uma vez concluída, deve se proporcionar amplo acesso à defesa técnica para ela possa garantir a ampla defesa e o contraditório.

De qualquer sorte, mesmo que se observe a efetiva participação do advogado na investigação preliminar, por não existir devido processo legal na fase de investigação preliminar, a mera assistência de advogado não garante por completo a presunção de inocência.

Por tal motivo, levando-se em conta que o inquérito policial pode contaminar a decisão penal final a ser produzida, concorda-se com Aury Lopes Jr., ao sustentar o “sistema da eliminação do processo dos atos de investigação, excetuando-se as provas técnicas e as irrepetíveis, produzidas no respectivo incidente probatório”³²⁹. Assim, observar-se-á o máximo respeito ao estado de inocência das pessoas, garantido pela circunstância de que os elementos informativos produzidos no inquérito policial, os quais não observam o devido processo legal judicial, não subsidiarão uma condenação.

Por outro lado, embora evoluções da prática forense em termos de máxima eficácia dos direitos fundamentais, ainda permanecem situações em que se privilegia a característica inquisitória do inquérito policial. Refere-se, neste momento, à possibilidade de se reconhecer autos de prisão em flagrantes formalizados sem a presença de defensor.

O auto de prisão em flagrante é ato que pode restringir direitos fundamentais do acusado logo após a sua lavratura, considerando que a sua íntegra é remetida ao Poder Judiciário para a análise da conversão da prisão em flagrante em preventiva ou a concessão de liberdade provisória. Com se constata, trata-se de momento processual importantíssimo para o flagrado, que pode ter sua liberdade tolhida naquele instante, o que justifica que a presunção de inocência somente possa ser restringida se estiver garantida a ampla defesa, o que significa presença de advogado na lavratura do auto.

Nesse sentido, adveio recente modificação na Lei n.º 8.906/94 (Estatuto da OAB), em

na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. (...) 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados (...) não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais acusados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito ao seu constituinte." (STF, [HC 88190](#), Relator Ministro Cezar Peluso, Segunda Turma, julgamento em 29.8.2006, DJ de 6.10.2006).

329 LOPES JR., 2017, p. 168.

seu art. 7º, inciso XXI³³⁰, que dispõe ser direito do advogado assistir a seus clientes durante o interrogatório, inclusive o realizado na fase de investigação, sob pena de nulidade. Entretanto, pelo texto do novo enunciado normativo, a modificação ficou mais preocupada com o direito do advogado em assistir ao cliente e menos com o direito do investigado em somente se submeter a interrogatório policial se houver o técnico presente. Aliás, o entendimento jurisprudencial³³¹ continua a ser da desnecessidade de advogado para acompanhar o auto de prisão em flagrante, sendo dever da autoridade policial apenas oportunizar um defensor ao acusado.

De qualquer modo, observe-se que a própria Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, assegura assistência de advogado à pessoa presa, de sorte que uma interpretação hermenêutica desse dispositivo, em conjunto com o princípio da presunção de inocência, ou seja, assegurar o estado inicial de inocente da pessoa, exige a presença de advogado no auto de prisão em flagrante.

Outro momento de tensão entre o direito de punir do Estado e a presunção de inocência das pessoas ocorre quando da utilização do uso de algemas pelos agentes públicos. Como o uso de algemas muitas vezes acontece durante a investigação preliminar, em razão de prisões processuais decretadas, a pessoa algemada é conduzida com suas mãos imobilizadas sem a existência de um julgamento condenatório definitivo, o que viola a presunção de inocência.

Por isso, o uso imotivado ou com motivação indevida de algemas “sepulta o estado de inocência (art. 5º, LVII, CF). As algemas simbolizam a culpa firmada, independentemente de julgamento, ademais de enunciar a necessidade da prisão e a condenação pela peliculosidade.”³³²

330 “XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: [\(Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016\)](#)

a) apresentar razões e quesitos; [\(Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016\)](#)

b) (VETADO). [\(Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016\)](#)”

331 PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGA. FLAGRANTE. INQUÉRITO POLICIAL. INTERROGATÓRIO PERANTE AUTORIDADE POLICIAL SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE DO PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Apesar da natureza inquisitorial do inquérito policial, não se pode perder de vista que o suspeito, investigado ou indiciado possui direitos fundamentais que devem ser observados mesmo no curso da investigação, entre os quais o direito ao silêncio, à preservação de sua integridade física e moral e o de ser assistido por advogado. 2. In casu, consta do Auto de Prisão em Flagrante e do Termo de Interrogatório que a então investigada, ora paciente, foi cientificada de seu direito de permanecer em silêncio, de ter assistência de um advogado, de saber a identidade do responsável por sua prisão, de ter sua integridade física/moral respeitadas e de não ser datiloscopicamente identificada se portadora de cédula de identidade, porém não manifestou desejo de ser assistida por advogado, o que denota não existir qualquer nulidade a sanar, até porque o interrogatório judicial deverá ser realizado sob o crivo do contraditório, na instrução processual. 3. Habeas corpus denegado. (STJ, HC 382.872/TO, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/05/2017, DJe 15/05/2017).

332 GIACOMOLLI, 2016, p. 128.

As algemas foram utilizadas sem nenhum critério pelos agentes de público, os quais algemavam as pessoas em abordagens policiais rotineiras ou mesmo em outras situações em que não havia nenhuma periculosidade. Para limitar essa situação, o STF, em novo esforço para constitucionalizar a fase preliminar de investigação, editou a Súmula vinculante n.º 11³³³, a qual consolida entendimento da Suprema Corte em tornar excepcional o uso de algemas, somente para casos de resistência do investigado e de fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia.

Os critérios utilizados pelo STF para limitar o uso de algemas a casos realmente necessários é fundamentado na presunção de inocência, ou seja, o estado ordinário de inocente das pessoas só pode ser mitigado pelo uso de algemas quando houver algum motivo (resistência, fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou alheia) que justifique imobilizar a pessoa que está presa. Fora dessas hipóteses, o uso de algemas constitui violação indevida da presunção de inocência, o que não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito baseado em direitos fundamentais.

Além do uso de algemas, a manutenção da integridade física da pessoa presa durante a fase investigativa é outra circunstância que merece tutela por parte do Estado, em razão do princípio da presunção de inocência. Ocorre que a expedição de mandado de prisão por ordem judicial (prisão processual ou prisão para execução de pena definitiva) não autoriza que os órgãos policiais se excedam e pratiquem qualquer conduta que extrapole o que apenas for necessário para cumprir a ordem de prisão. Portanto, não se pode admitir espancamentos praticados por policiais contra pessoas presas, pois tal conduta não constitui sanção legalmente prevista em nosso ordenamento. Ao contrário, é ato violador dos mais direitos fundamentais das pessoas.

Para conferir, então, maior eficácia aos direitos fundamentais e à própria presunção de inocência enquanto regra de tratamento, o STF (após a ADI 5240 e a ADPF 347) e o CNJ (Resoluções n.º 213 e 214) passaram a exigir a realização de audiência de custódia para qualquer pessoa que seja presa no Brasil, com fundamento no art. 9º, 3, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político das Nações Unidas³³⁴, e art. 7º, 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³³⁵

333 “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.”

334 “toda pessoa presa ou detida em virtude de infração penal deverá ser prontamente conduzida à presença de um juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer as funções judiciais.”

335 “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou de uma outra autoridade autorizada por lei a exercer as funções judiciais.”

A audiência de custódia, que consiste no ato processual presidida por um juiz ao qual deve ser levada imediatamente qualquer pessoa presa, tem por objetivo principal fiscalizar a prática de tortura por parte do Estado³³⁶ e analisar os requisitos para o decreto de prisão preventiva, em especial a *ultima ratio* do recolhimento ao cárcere.³³⁷ É ato processual, portanto, que vai diretamente ao encontro do princípio da presunção de inocência, considerando que exige que o estado de inocente das pessoas enquanto regra de tratamento seja observado inclusive para aquelas que estão sendo presas. É um avanço democrático, se se considerar que as pessoas a serem presas devam ser tratadas do mesmo modo do que aquelas que não estão nessa situação.

Nesses termos, a audiência de custódia é ato processual que simboliza o limite para que a presunção de inocência possa ser regularmente ultrapassada pelo direito de punir do Estado. É forma de conferir máxima eficácia à garantia fundamental do estado de inocência das pessoas. Só se pode prender cautelarmente alguém, caso realizada a audiência de custódia, a fim de que o estado de inocente não seja desnecessariamente transgredido. Por isso, com a audiência de custódia “a qualidade da prisão e da decisão judicial restam potencializados.”³³⁸

As garantias do *nemo tenetur se detegere* (direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo), como gênero, e do direito ao silêncio, como espécie³³⁹, são outros importantes direitos do réu durante a investigação preliminar em que o princípio da presunção de inocência atua de forma mais intensa para que o direito de punir do Estado não viole os direitos mais fundamentais do acusado.

O direito de o acusado de não produzir prova contra si mesmo advém da presunção de inocência enquanto “norma probatória”, porquanto, sendo o encargo probatório de provar todos os elementos do crime da acusação, não há de se exigir qualquer conduta do réu, que não seja voluntária, para fundamentar a condenação. Em outras palavras, a “colaboração’ do suspeito ou acusado, quando não voluntária, fere o estado de inocência e a ampla defesa.”³⁴⁰

O *nemo tenetur se detegere* está previsto no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político das Nações Unidas³⁴¹, e no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.³⁴² A Constituição Federal, embora não faça referência expressa ao

336 ROSA, 2016, p. 264.

337 GIACOMOLLI, 2016, p. 145.

338 ROSA, 2016, p. 264.

339 GIACOMOLLI, 2016, p. 231.

340 GIACOMOLLI, 2016, p. 234.

341 Direito da pessoa acusada de delito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.”

342 Direito da pessoa acusada de delito “de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.”

direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo, garante, no seu art. 5º, inciso LXIII, o direito da pessoa presa de ficar em silêncio, o que já é o suficiente, a partir de uma interpretação hermenêutica, fundamentada no estado de inocente das pessoas, para se concluir que a garantia está sim prevista em nossa Carta Magna.

Com base em tais considerações, no tocante a possíveis provas produzidas no processo penal a partir da participação do réu, o limite entre a presunção de inocência e o direito de punir do Estado é a voluntariedade da conduta do investigado, vale dizer, provas extraídas da pessoa do réu sem o seu consentimento violam o seu estado de inocente, pois o encargo probatório no processo penal é da acusação, e não do acusado.

Disso se extrai que “o que se proíbe é a coação para que o acusado forneça provas contra si, não a colaboração, nem as intervenções corporais legítimas”³⁴³, o que significa serem constitucionais os elementos probatórios colhidos com o consentimento do réu, assim como elementos probatórios colhidos a partir da coleta de salivas em copos, xícaras utilizadas pelo suspeito ou coleta de filtros de cigarro³⁴⁴, pois não envolvem provas fornecidas pelo acusado contra sua vontade.

Em contrapartida, qualquer prova extraída da pessoa do réu sem a sua vontade viola a presunção de inocência. Assim, autos de reconhecimento realizados com a participação do acusado e sem o seu consentimento, assim como conduções coercitivas realizadas com o intuito de ouvir o acusado são inconstitucionais. Se é direito do investigado não produzir prova contra si mesmo, o que implica ser seu direito ficar em silêncio, a partir de previsão na Constituição Federal e em tratados de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, por que motivo seria constitucional forçar o réu a se submeter a solenidades de reconhecimento ou a conduções coercitivas? Qual seria a finalidade da condução coercitiva, se é direito do réu ficar em silêncio?

Enfim, essas ponderações concluem ser inconstitucional o art. 260 do Código de Processo Penal, bem assim não admitir a presunção de inocência, enquanto “norma probatória”, qualquer prova extraída do investigado sem o seu consentimento. Fora desse contexto, a presunção de inocência estará violada e não se poderá falar que o estado de inocência foi preservado.

Para finalizar a análise da presunção de inocência na investigação preliminar, há necessidade de fazer referência às hipóteses de acordo no processo penal, encontradas em nosso ordenamento processual sob as formas de transação penal, suspensão condicional do

343 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 209.

344 GIACOMOLLI, 2014, p. 237.

processo e colaboração premiada.

A respeito da transação penal e da suspensão condicional do processo, embora algumas críticas que recebem da doutrina, em razão de ter supostamente transformado o direito penal em uma produção em série³⁴⁵ que não analisa de maneira adequada a tipicidade dos fatos³⁴⁶, o fato é que os dois institutos são constitucionais porque sua prática demonstra que os juízes³⁴⁷ têm observado a necessidade de o apontado autor do fato se entrevistar com defensor antes da audiência preliminar e só aceitar o benefício após ser advertido de suas consequências, tudo assistido por um defensor.

De se referir também em favor da composição prevista na Lei n.º 9.099/95 que a atuação do órgão acusador nos casos de transação penal e suspensão condicional do processo é vinculado à previsão legal, pois as hipóteses em que o Ministério Público pode propor os benefícios estão taxativamente previstos em lei. Por esse motivo, não há possibilidade de escolha ao órgão acusador quanto a quem e como será formalizado o acordo penal.

Assim, a “defesa não está obrigada a aceitar a proposta de sanção alternativa, pois o estado de inocência lhe garante o direito a um provimento jurisdicional sobre o mérito.”³⁴⁸ Aqui se encontra o limite entre a presunção de inocência e o direito de punir do Estado, pois, caso propostos alguns desses benefícios sem que o apontado autor do fato tenha ciência do que se trata ou sem estar acompanhado de advogado, estar-se-á violando o estado de inocente da pessoa (enquanto “norma de juízo”), por se impor já no início da investigação ou do processo penal uma sanção penal alternativa sem que o acusado detenha condições para se

345 Nesse sentido, é a doutrina de Nereu José Giacomolli: “A denominada agilização da aplicação da lei penal com a adoção do consenso pode se referir à rapidez dos processos ou à obtenção de um maior número de baixas processuais, num tempo mais curto. Entretanto, a finalidade do processo não é unicamente a obtenção de seu término, mas a pacificação jurídica.” (GIACOMOLLI, 2016, p. 333).

346 Nesse sentido, é a doutrina de Alexandre de Moraes da Rosa: “O balanço de aplicabilidade dos Juizados, todavia, é complexo, diante da resolução, na via penal, de diversas questões que não configuram sequer conduta típica, mas que diante da ausência de mecanismos de acesso à justiça, são levadas na forma de pequenas agressões, verbais ou físicas, para deliberação nos Juizados Especiais.” (ROSA, 2016, p. 289).

347 APELAÇÃO-CRIME. PERTURBAÇÃO DO SOSSEGO ALHEIO. ARTIGO 42, INCISO III, DO DECRETO-LEI 3.688/41. AUDIÊNCIA PRELIMINAR EM QUE OFERECIDO O BENEFÍCIO DA TRANSAÇÃO PENAL, REALIZADA SEM A PRESENÇA DE ADVOGADO. NULIDADE DECLARADA EX OFFICIO. 1. Ausência de defensor na audiência preliminar. Nulidade do processo, em razão de terem sido violados os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, consagrados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, além dos ditames processuais penais previstos no artigo 261 do CPP, no § 3º do artigo 76 c/c artigo 72, estes da Lei dos Juizados Especiais Criminais. 2. Recusa do autor do fato quanto ao benefício da transação penal ofertado em audiência, na qual deixou de receber orientação de Defensor. Nulidade pronunciada desde a audiência preliminar. 3. Em decorrência, decorrido o prazo prescricional, observada a pena de multa aplicada, extingue-se a punibilidade pela prescrição, de acordo com o disposto no art. 107, inciso IV, c/c os artigos 114, I, e 110, § 1º, todos do Código Penal. 4. Dispensa do exame do mérito, com base na súmula 241 do extinto TFR. ANULARAM O PROCESSO. EXTINTA A PUNIBILIDADE DO RÉU PELA PRESCRIÇÃO. (Recurso Crime Nº 71007209133, Turma Recursal Criminal, Turmas Recursais, Relator: Edson Jorge Cechet, Julgado em 30/10/2017).

348 GIACOMOLLI, 2014, p. 329.

defender.

Por outro lado, a imposição de sanção alternativa por meio de transação penal ou suspensão condicional do processo a acusado cientificado e acompanhado de defensor não viola a presunção de inocência, pois consiste numa faculdade do investigado aceitar ou não o instituto. Caso, em conversa com seu defensor, ele conclua que possa de fato ter praticado o delito, então é possível que aceite o benefício. No entanto, o investigado deve ficar ciente de que não precisa aceitá-lo, nem produzir provas, pois o encargo probatório permanece a ser todo da acusação.

As críticas feitas à transação penal e à suspensão condicional do processo quanto à “industrialização” dos casos penais e quanto à falta de análise preliminar a respeito da tipicidade dos fatos merecem ser assimiladas para que possam ser superadas, mas não invalidam os benefícios, considerando o respeito que os juízes têm nutrido pela presunção de inocência quando da oferta desses acordos. De qualquer forma, a fim de se evitar arbitrariedades e se violar o estado de inocente das pessoas, é dever dos juízes, promotores e defensores, quando da oferta de tais acordos, analisar, com os elementos informativos existentes, a tipicidade do fato. A atipicidade do fato, por conseguinte, deve levar necessariamente ao arquivamento do feito, antes do oferecimento de tais acordos.

Questão diversa e mais problemática são acordos de colaboração premiada, que estão previstas na Lei n.º 12.580/13 e que têm sido muito utilizados no Brasil recentemente, em especial na “Operação Lava Jato”. Por se situar também na fronteira entre a presunção de inocência e o direito de punir do Estado, merecem ser analisados, enquanto instrumentos amplamente utilizados na investigação preliminar, para que se saiba até que ponto o estado de inocente da pessoa merece ser preservado.

Sérgio Fernando Moro, no contexto de ser instrumento de combate à corrupção, atrela a eficiência da justiça criminal à necessidade de se realizar acordos de colaboração premiada, pois “Não há motivo para o investigado confessar e tentar obter algum prêmio em decorrência disso se há poucas perspectivas de que será submetido no presente ou no futuro próximo, caso não confesse, a uma ação judicial eficaz.”³⁴⁹

Entretanto, as críticas realizadas pela doutrina à colaboração premiada são fortes. Conforme Alexandre Morais da Rosa:

[...] o processo penal virou “grande negócio” para rico, porque sem pudores, brada-se que ‘delação não é para pobre’. Claro, pobre é chicote e Súmula 231

349 MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, pp. 56-62, jul./set. 2004, p. 59.

do STJ, ou seja, a pena não pode baixar do mínimo pela confissão, mas pode ser reduzida/extinta pela delação. E continuamos a sorrir?

[...]

E a pergunta é: como explicar para a população uma pena de mais de 10 anos em regime aberto diferenciado domiciliar? Pode tudo? Progressão de regime para casa de praia? Saída temporária para Paris, Nova York? O critério é devolver parte do dinheiro e sorrir? O Ministério Público pode negociar amplamente?³⁵⁰

As críticas procedem, por ser instrumento que confere amplos poderes para os órgãos estatais concederem perdão judicial, diminuïrem a pena ou alterarem o modo de cumprimento da pena para delitos graves (art. 4º), em especial quando comparados com outros que são submetidos ao sistema de justiça penal brasileiro. Há uma desproporcionalidade entre os crimes ocorridos e as sanções ofertadas pelos órgãos de fiscalização. Além disso, institucionaliza a barganha no processo penal, pois “o incremento de informações é fornecido pelo colaborador que poderá, mesmo sabendo mais, 'entregar' o suficiente para obtenção de benefícios.”³⁵¹

Com base em tais afirmações, indaga-se: há necessidade dos acordos de colaboração premiada para que se consiga dar uma eficiência ao sistema de justiça criminal? Não, porque, como já visto ao longo deste estudo, o processo penal não pode ser utilizado como instrumento de política pública para combate à criminalidade. Ele é instrumento que limita o exercício do direito de punir constitucional por parte do Estado. A preocupação do processo penal deve ser permitir a aplicação das sanções criminais mediante respeito aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e não instrumento finalístico de combate à corrupção (o que não significa que o crime de corrupção não deva ser sancionado pelo Estado; deve, porém observados os requisitos constitucionais e legais).

Por tais motivos, deve-se aceitar os acordos de colaboração premiada, desde que eles repitem a normatividade constitucional prevista, o que significa que a concessão de perdão judicial, quantidade e modo de aplicação da pena deve respeitar o devido processo legal e a presunção inocência, ou seja, podem ser concedidos pelo Poder Judiciário, desde que ao final dos processos, caso exista denúncia prévia. Nesse sentido, foi o voto do Min. Ricardo Lewandowski, em novo esforço da STF para constitucionalizar instrumentos da investigação preliminar, ao não homologar acordo de colaboração premiada:

Não há, portanto, qualquer autorização legal para que as partes convençionem a espécie, o patamar e o regime de cumprimento de pena. Em razão disso, concluo que não se mostra possível homologar um acordo com

³⁵⁰ ROSA, 2016, pp. 295 e 296-297.

³⁵¹ ROSA, 2016, p. 294.

tais previsões, uma vez que o ato jamais poderia sobrepor-se ao que estabelecem a Constituição Federal e as leis do País, cuja interpretação e aplicação - convém sempre lembrar – configura atribuição privativa dos magistrados integrantes do Judiciário, órgão que, ao lado do Executivo e Legislativo, é um dos Poderes do Estado, conforme consigna expressamente o art. 3º do texto magno.

Simetricamente ao que ocorre com a fixação da pena e o seu regime de cumprimento, penso que também não cabe às partes contratantes estabelecer novas hipóteses de suspensão do processo criminal ou fixar prazos e marcos legais de fluência da prescrição diversos daqueles estabelecidos pelo legislador, sob pena de o negociado passar a valer mais do que o legislado na esfera penal.³⁵²

Deve-se destacar também que acordos que impliquem a renúncia ao direito ao silêncio (art. 4º, §14) são inconstitucionais por violarem a presunção de inocência como “norma probatória”. Assim, é possível que, no curso do processo criminal em que tenha havido colaboração premiada, o réu possa optar pelo silêncio, ainda que tenha declarado a renúncia em momento anterior.

Também com base na concretude da presunção de inocência, não pode haver condenação baseada apenas na palavra do delator (art. 4º, §16), o que parece evidente, considerando que o sistema processual, para que consiga transpor a presunção de inocência enquanto “norma de juízo”, exige a existência de prova lícita que demonstre um alto grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido. Esse raciocínio também deve ser transposto para prisões processuais, pois só se pode decretar a prisão de um delatado caso o relato prestado pelo delator esteja coadunado com outros elementos probatórios sérios.

A colaboração premiada obtida após prisões processuais também é instrumento extremamente polêmico e que se encontra no limite entre a presunção de inocência e o direito de punir do Estado, por se assemelhar aos instrumentos de tortura da época medieval, em que se prendia a pessoa para obter dela a confissão. É medida processual que tem sido amplamente utilizada na prática forense. É defendida por Sérgio Fernando Moro:

Não se prende com o objetivo de alcançar confissões. Prende-se quando estão presentes os pressupostos de decretação de uma prisão antes do julgamento. Caso isso ocorra, não há qualquer óbice moral em tentar-se obter do investigado ou do acusado uma confissão ou delação premiada, evidentemente sem utilização de qualquer método de interrogatório repudiado pelo Direito.³⁵³

Por outro lado, é fortemente criticada por Alexandre Morais da Rosa, ao expor que a prisão processual seguida de acordo de colaboração premiada constitui “modalidade de guerra

352 STF, Petição 7265, relator Min. Ricardo Lewandowski, Requerente: Ministério Público Federal.
353 MORO, 2004, p. 58.

com tática de aniquilação.”³⁵⁴ Luigi Ferrajoli também entende contrárias ao Estado Democrático de Direito as prisões decretadas previamente aos acordos de colaboração premiada:

A segunda função hoje assumida pelo cárcere preventivo é aquela diretamente inquisitória. De forma cada vez mais comum a captura é ordenada, e sobretudo mantida, para constranger o imputado a confessar ou a colaborar. Este uso do cárcere como meio de intimidação e de pressão sobre o imputado é tipicamente policialesco. Os métodos “de polícia” no sentido pejorativo – forçar o suspeito torturando-o e impondo-lhe sofrimento e expiações – entram através dele no costume judiciário. E o processo novamente se rebaixa a uma relação de força com o imputado, induzindo à confissão e à delação pelo temor do cárcere e pela esperança de liberdade, e acusação pública, que autorreflexivamente experimenta *in corpore vili*, como na antiga tortura, as suas hipóteses acusatórias.³⁵⁵

Caso as prisões estejam sendo decretadas como instrumento para se obter a confissão dos delatores, não há dúvida de que elas são ilegais, porque se constituem em instrumento de tortura no mínimo psicológica, o que não pode ser admitido no Estado Democrático de Direito baseado em direitos fundamentais e na democracia. Logo, o controle dessas medidas processuais restritivas de direito, para que estejam de acordo com a presunção de inocência em todas as suas acepções, deve concentrar-se em momento anterior, ou seja, no exame da existência dos pressupostos de validade das prisões processuais decretadas (*fumus commissi delicti*, *periculum libertatis* e a *ultima ratio* dessas medidas). Se tais pressupostos não estiverem sendo observados, não apenas o acordo de colaboração premiada será nulo como também a própria prisão processual decretada.

Enfim, não é na fase da investigação preliminar o momento em que o estado de inocente das pessoas será derrubado por uma decisão condenatória. Não se pretende, portanto, exigir um novo processo penal para a fase da investigação, pois isso inviabilizaria o devido processo legal, ao tornar excessivamente longo o direito de punir do Estado. No entanto, as situações citadas demonstram como os incidentes que ocorrem durante a fase de investigação podem restringir direitos fundamentais. Logo, há necessidade de intensa eficácia do princípio da presunção de inocência na fase investigativa, antes mesmo do início do processo penal, com o intuito de que a garantia limite o poder do Estado nesta fase processual.

Deve haver, pois, mais presunção de inocência enquanto “verdade” inicial do processo penal já na fase do inquérito policial. A ampla defesa e o contraditório, a extração do inquérito policial dos autos do processo criminal, o controle do uso de algemas, a realização

354 ROSA, 2004, p. 299.

355 FERRAJOLI, 2014, p. 717.

das audiências de custódia e o controle das prisões processuais dos atos de colaboração premiada constituem-se medidas que o processo penal pode realizar enquanto instrumento limitador do poder estatal nas relações sociais.

Trata-se de medidas de reconhecimento de alteridade, conforme defendido por Castor Ruiz, para que as relações de poder violadoras de direitos fundamentais sejam superadas. Eu quero que o outro seja tratado do mesmo modo que eu gostaria de ser tratado caso estivesse naquela situação: “O elemento distintivo da alteridade é o reconhecimento da dignidade e da singularidade do outro como alguém irreduzível a qualquer categoria que seja”.³⁵⁶

3.3 A Presunção de Inocência durante o Processo Penal (Uma Resposta Hermenêutica para a Execução Provisória da Pena de Prisão)

O início do processo penal ocorre quando do oferecimento da denúncia ou da queixa-crime, instante em que o órgão acusador ou a parte querelante, a partir da presença de elementos que demonstrem a existência do crime e os indícios de autoria, formalizam a acusação.

Diversamente do inquérito policial, em que as garantias processuais decorrentes do devido processo legal são limitadas, na relação processual há plena exigência do contraditório e da ampla defesa, não apenas porque isso decorre de expressa exigência do texto constitucional, mas também porque o próprio princípio da presunção de inocência impõe que, para que o estado de inocente das pessoas seja superado, faz-se necessário que o direito de punir do Estado observe a participação efetiva do acusado no desenrolar do processo penal, mediante contraditório e ampla defesa. Ou seja, será durante o processo penal que as testagens de toda a ordem, considerando as argumentações apresentadas pela acusação e pela defesa, serão realizadas, formando a dialética processual em devido processo legal.

Assim, se nas fases do processo administrativo e da investigação preliminar já se há de exigir observância ao princípio da presunção de inocência, com mais razão ainda se deve fazê-lo durante o processo penal, porque é por meio do processo penal que o Estado garante a presunção de inocência e, ao mesmo tempo, possui a possibilidade de exercer o *ius puniendi*. Ao final do processo penal, caso comprovados todos os elementos do crime, o Estado estará autorizado a aplicar todas as penas legais pela prática do delito, inclusive a de prisão, que é a principal sanção do direito penal.

Nas palavras de Francesco Carnelutti:

356 RUIZ, 2004, p. 165.

Antes de poder castigar a un hombre, es preciso condenarlo; pero antes de condenarlo, preciso es juzgar si puede ser sometido a debate; y antes de someterlo al juicio acerca de la posibilidad de someterlo a debate, hay todavía un juicio anterior. Ese juicio es la imputación: el primer peldaño de la escalera.³⁵⁷

Previamente à formalização da culpa por meio do processo penal, a presunção de inocência pode ser mitigada, como se viu ao longo deste estudo. A prisão processual é a principal forma de restrição da garantia, porquanto permite a violação da liberdade do acusado durante a fase da investigação ou no curso do processo penal.

Portanto, a garantia presunção de inocência, enquanto “verdade” inicial do processo penal, atua desde antes do processo penal, quando houver alguma restrição aos direitos fundamentais por meio de ato administrativo ou de alguma imputação, ainda que não oficial, na fase de investigação preliminar. No entanto, é no curso do processo penal que a garantia deve atingir o seu auge de atuação, uma vez que é por meio do processo penal que o Estado detém a possibilidade de exercer de forma oficial o seu direito de punir. Há necessidade, pois, de garantia plena do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal antes da possibilidade de se chegar ao término do estado de inocente do acusado.

Questão que é deveras relevante diz respeito ao momento em que o estado de inocente da pessoa pode ceder para que o Estado possa exercer o seu direito de punir, aplicando as sanções penais e extrapenais da condenação.

A questão aparente ser singela, porquanto o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, dispõe que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

No entanto, já de algum tempo o momento da formação da culpa no processo penal é tormentoso, porquanto parte da doutrina e o próprio STF, por sua maioria, separam o estado de culpado do acusado, que só aconteceria após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, da pena de prisão, que poderia ser executada, segundo essa doutrina e jurisprudência, após a decisão prolatada pelos Tribunais de segundo grau de jurisdição, na chamada execução provisória da pena de prisão.

O STF, desde a Constituição Federal de 1988, vinha admitindo a execução provisória da pena de prisão, conforme se constata no julgamento do HC 68.726/DF (Rel. Min. Néri da Silveira, julgado em 28/06/1991) e do HC 74.983/RS (Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 30/06/1997). Deste último julgado, destaca-se da ementa que “Com a condenação do réu, fica

357 CARNELUTTI, 1960, p. 139.

superada a alegação de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva” e que “Os recursos especial e extraordinário, que não têm efeito suspensivo, não impedem o cumprimento de mandado de prisão”.³⁵⁸

A situação foi alterada, contudo, quando do julgamento do HC 84.078-7/MG (Rel. Min. Eros Grau, julgado em 05/02/2009), em que o STF mudou o entendimento para inadmitir a execução provisória da pena de prisão. Da ementa desse julgado, extraem-se as seguintes passagens:

Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.³⁵⁹

Após essa decisão, entretanto, novamente a posição do STF foi alterada recentemente, para se admitir a execução provisória da pena de prisão, no HC 126.292/SP (Relator Min. Teori Zavascki, julgado em 17.02.2016), tendo a Corte, por seu Plenário, retomado a posição estabelecida nos HC 68.726/DF e HC 74.983/RS.

Destaca-se do julgado o fundamento exposto pelo Min. Luís Roberto Barroso:

14. Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a **ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente**, conforme se extrai do art. 5º, LXI, da Carta de 1988.

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado **culpado** até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será **preso** senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas *sistematicamente* na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é

358 STF, HC 74983, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/06/1997, DJ 29-08-1997 PP-40217 EMENT VOL-01880-02 PP-00261.

359 STF, HC 84078, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/02/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-05 PP-01048.

evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5º, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória).³⁶⁰

A execução provisória da pena de prisão também é admitida por parte da doutrina. Nesse sentido, Douglas Fischer defende que aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a expedição do mandado de prisão viola o princípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos, pois o

princípio da proibição de proteção deficiente não deve ser invocado apenas diante da análise da compatibilização vertical da Constituição e a norma criada (ou não criada: a omissão) pelo legislador, mas também na própria interpretação/aplicação da norma pelo Poder Judiciário [...].³⁶¹

Sérgio Fernando Moro também defende a possibilidade da execução provisória da pena de prisão:

Mais grave ainda, no Brasil, a prisão pós-julgamento foi também tornada exceção, para ela exigindo-se, por construção jurisprudencial, os mesmos pressupostos da prisão pré-julgamento. Com efeito, a regra tornou-se o apelo em liberdade. Tal construção representa um excesso liberal com uma pitada de ingenuidade. É previsível que aquele já condenado a sentenças longas seja tentado a furta-se ao cumprimento da lei penal, especialmente quando, como no Brasil, não é exigida a sua presença no julgamento (salvo nos processos submetidos ao júri). Jogos semânticos à parte, não há como equiparar a situação processual do acusado antes do julgamento com aquela após a condenação, ainda que esta não seja definitiva.³⁶²

É correto que a presunção de inocência não se constitui num direito absoluto, pois a garantia “poderá ser restringida diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.”³⁶³ A garantia, ao ser restringida quando em tensão com outros direitos fundamentais, deverá sê-la no mínimo possível, considerando o regime jurídico dessa categoria de direitos.³⁶⁴ No entanto, a execução provisória da pena de prisão não está autorizada no Brasil pela legislação e pelos princípios em vigor, ou seja, é um entendimento que não se sustenta a partir de uma interpretação hermenêutica constitucional, que é o que deve prevalecer num Estado

360 STF, HC 126292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

361 FISCHER, Douglas; OLIVEIRA Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016, p. 1495.

362 MORO, 2004, p. 61.

363 MORAES, 2010, p. 273.

364 VILELA, 2005, p. 23.

Democrático de Direito baseado em direitos fundamentais e em democracia.

Como visto no primeiro capítulo, na lição de Lenio Streck, durante o círculo hermenêutico, as regras abrem a interpretação, a qual deve ocorrer com base nos princípios que fundamentam essas regras que estão em interpretação. Os princípios, portanto, uma vez que estão previstos na Carta Magna e que refletem os valores morais construídos pela civilização ao longo da história, conferirão constitucionalidade e densidade normativa para além simplesmente das regras. Ou seja, os princípios trarão para a interpretação e para a decisão judicial os valores escolhidos pela civilização – exigência de dignidade da pessoa humana, de liberdade, de igualdade, de presunção de inocência, dentre outros.

Por isso, decisões jurídicas que contrariem os valores morais mais básicos em uma sociedade, como, por exemplo, tratar a pessoa como um objeto, são inconstitucionais juridicamente, além de serem imorais (no plano extrajurídico), por contrariarem a principiologia que deve ser observada quando da interpretação.

Os princípios hermenêuticos são, assim, “pautas morais (moralidade política, entenda-se) construídas pela tradição, e que repousam por sobre as práticas de determinada sociedade, que busca a integridade.”³⁶⁵

Portanto, uma vez que as regras abrem a interpretação, a possibilidade de execução provisória da pena de prisão deve levar em conta necessariamente a análise das regras que disciplinam a matéria, que são transcritas a seguir (art. 283 do Código de Processo Penal e arts. 105 e 147 da Lei n.º 7.210/84 – Lei de Execução Penal):

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

(Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

Art. 105. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução.

Art. 147. Transitada em julgado a sentença que aplicou a pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução, podendo, para tanto, requisitar, quando necessário, a colaboração de entidades públicas ou solicitá-la a particulares.

Pelas regras acima previstas, a prisão de qualquer pessoa por sentença penal exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Não fosse assim, os arts. 283 do Código de Processo Penal e 105 da Lei de Execução da Penal não teriam dito de forma expressa “em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado” ou “Transitando em julgado a

³⁶⁵ PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 167.

sentença que aplicar a pena privativa de liberdade”.

No mesmo sentido, é a previsão da execução da pena restritiva de direito, que, observando a previsão do art. 147 da Lei de Execução Penal, exige o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, demonstrando, com isso, a coerência do ordenamento jurídico em demarcar no mesmo momento temporal o instante para a execução das duas espécies de penas (privativa de liberdade e restritiva de direito).

Ademais, considerando que tais regras tratam do instante em que é possível executar a pena de prisão e as penas restritivas de direito, elas reclamam a incidência do princípio da presunção de inocência, para conferir constitucionalidade à interpretação. A garantia em comento dispõe, como já referido em outras oportunidades, que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.”

O princípio constitucional da presunção de inocência coaduna-se com as regras que tratam da execução da sanção penal e as regras coadunam-se com o princípio, pois há clara determinação constitucional e legislativa dispondo que a culpa da pessoa fica demonstrada a partir do trânsito em julgado da sentença criminal condenatória. Destarte, esse é o momento escolhido pelo Poder Constituinte para que a presunção de inocência deixe de produzir efeitos e se possa tratar uma pessoa como culpada: o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

O princípio da proibição de proteção deficiente dos bens jurídicos, utilizado por Douglas Fischer para fundamentar a sua posição, não pode permitir a execução provisória da pena de prisão, pois, ainda que ele possa ser invocado para orientar a interpretação do enunciado normativo dado pelo Poder Judiciário, como pretende o autor, o duelo entre a proibição e a obrigação de penalizar possuem um epicentro, que é a tutela dos direitos fundamentais.³⁶⁶

No caso, o princípio da presunção de inocência, como direito fundamental, prevalece sobre o direito fundamental à segurança, por estar explícito no texto constitucional, amparado pelo texto infraconstitucional, até quando prevalece o estado de inocente das pessoas – o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em contrapartida, não está escrito na legislação ordinária ou no texto constitucional que o direito à segurança pública autoriza a execução provisória da pena de prisão.

A interpretação que confere predomínio à presunção de inocência sobre o direito à segurança é forma de concretizar os direitos fundamentais: “no caso de dúvidas deve preferir-

366 FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005. p. 39.

se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”³⁶⁷

Mesmo que não haja a dúvida durante a interpretação, a título de argumento, pelo fato de inexistir disposição semelhante no direito fundamental à segurança pública, não há como não dar prevalência ao princípio da presunção de inocência. Por isso, a execução provisória da pena de prisão, no ordenamento jurídico brasileiro, viola a máxima efetividade dos direitos fundamentais, a qual deve nortear a resposta jurídica a ser dada pelo intérprete.

Aliás, tamanha é a clareza do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, a recomendar que a máxima eficácia dos direitos fundamentais faça prevalecer a presunção de inocência à possibilidade da execução provisória da pena de prisão, que parte da doutrina considera a presunção de inocência uma regra – com o que não se concorda, haja vista que a presunção de inocência prevê uma finalidade essencial a ser observada pelo ordenamento jurídico, razão por que é um princípio:

Assim, se a Constituição estabelece regras que proibem a utilização de prova ilícita ou garantem a presunção de inocência, não cabe ao intérprete desconsiderar essa rigidez e flexibilizar o comando normativo como se ele fora um conselho descartável ou afastável diante de outros elementos.³⁶⁸

Também não se pode considerar a disposição prevista no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, desproporcional, o que poderia, por hipótese, levar ao reconhecimento de proteção deficiente na interpretação que confere prevalência à presunção de inocência. É da tradição de alguns sistemas jurídicos o trânsito em julgado da sentença penal condenatória ser o marco do término da garantia. Assim acontece com o art. 32, n.º 2, da Constituição Portuguesa, cuja redação é semelhante à normativa brasileira: “Todo o arguido se presume inocente até ao trânsito em julgado da sentença de condenação, devendo ser julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa.”³⁶⁹

No direito alemão, da mesma forma, embora não exista menção expressa a respeito da presunção de inocência na Lei Fundamental, o Min. Gilmar Mendes assentou, quando do julgamento do HC 126.292/SP, que o Código de Processo Penal alemão dispõe que as “sentenças condenatórias não são exigíveis enquanto não passarem em julgado”, razão por que a jurisprudência daquele país exige a presença dos requisitos da prisão preventiva em alguma medida para prisões anteriores ao julgamento definitivo:

367 CANOTILHO, 2003, p. 1224

368 ÁVILA, 2015, p. 160.

369 Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/Legislacao/Documents/constpt2005.pdf>>. Acesso: em 26 nov. 2017.

Tendo em vista a dificuldade de compatibilização da prisão automática com a presunção de inocência, a jurisprudência tempera a aplicação desses dispositivos, exigindo, nas prisões antes do julgamento, a demonstração, ainda que mínima, de algum dos requisitos da prisão preventiva (Bundesverfassungsgericht, 19, 342).³⁷⁰

Mesmo a alegação de proteção deficiente do bem jurídico tutelado, que, no caso, seria a leniência da interpretação conferida pelo Poder Judiciário à garantia em estudo, é de duvidosa sustentação.

Observe-se que o Brasil, segundo relatório do Ministério da Justiça de 2014 (Informações Penitenciárias – INFOPEN)³⁷¹, possuía a quinta população mundial e a quarta população carcerária mundial no final de 2014 (622.202 pessoas). Além disso, entre os anos de 2000 e 2014, a população carcerária brasileira teve um incremento de 167,32% pessoas, uma vez que em 2000 havia 232.755 pessoas presas no Brasil, e em 2014 este número saltou para 622.202 pessoas. Portanto, para as pessoas que gostam da pena de prisão e pensam que com ela os problemas da criminalidade serão resolvidos, o que justificaria a nova interpretação do STF, os números acima comprovam como a diminuição da criminalidade está longe de estar associada ao número de pessoas presas no Brasil. Basta constatar, com tais dados, que se prende muito no Brasil, o que não diminui os índices de crimes praticados no país.

A fundamentação escolhida pelo Min. Luís Roberto Barroso no HC 126.292, de fato, é o argumento jurídico mais relevante que defende a execução provisória da pena de prisão. Segundo o Ministro, haveria uma cisão entre o momento em que é aferida a culpa do processado e o momento em que é possível a execução da pena de prisão.

Essa posição não se sustenta, contudo, porque ela antecipada para o momento anterior ao previsto na Constituição Federal a principal sanção e o principal efeito da sentença penal condenatória: a pena de prisão. Dizer que apenas a culpabilidade (e não a prisão) estaria garantida após o trânsito em julgado é tornar completamente inefetiva a garantia constitucional, pois o que menos importa como consequência da sentença penal condenatória é a inclusão do nome do condenado no rol de culpados ou os seus demais efeitos extrapenais, que são as únicas consequências que restariam pelo trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Em outras palavras, a principal consequência do reconhecimento da culpabilidade é a

370 Voto do Min. Gilmar Mendes. STF, HC 126.292, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

371 Acesso em 26 nov. 2017. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>>.

pena de prisão. As demais consequências desse ato são irrisórias frente a possibilidade do Estado tirar a liberdade da pessoa. Tanto é assim que Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli afirmam que “As penas privativas de liberdade constituem o núcleo central de todos os sistemas punitivos do mundo contemporâneo.”³⁷² Logo, o reconhecimento da culpabilidade existe principalmente para se autorizar a execução da pena de prisão, sendo secundários, muito embora também importantes, os demais efeitos das sanções criminais.

O processo penal tem sua razão de ser para legitimar de forma constitucional o poder punitivo do Estado, ou seja, é o modo que a sociedade democrática escolheu para derrubar o estado de inocente das pessoas que praticaram infrações penais. Por isso, com base na doutrina de Aury Lopes Jr., já exposta no primeiro capítulo, o processo penal possui duas funções específicas: limitar o poder do Estado e conferir máxima efetividade aos direitos fundamentais.

A partir de tais considerações, o momento escolhido pelo poder constituinte para derrubar a barreira da inocência é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Isso significa que antes desse marco prevalece a presunção de inocência em todas as suas garantias: “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma do juízo”. Ou seja, desde o início do processo penal até o seu término definitivo há de se garantir contraditório e ampla defesa aos processados, assim como o encargo probatório permanece sendo da acusação durante todo o período. Apenas assim é que a presunção de inocência será legitimamente derrubada ao final do processado.

Nesse sentido, é o ensinamento do Min. Celso de Mello, ao votar no HC 126.292/SP:

Há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito da condenação criminal. Antes desse momento, o Estado não pode tratar os indiciados ou os réus como se culpados fossem. A presunção de inocência impõe, desse modo, ao Poder Público um dever de tratamento que não pode ser desrespeitado por seus agentes e autoridades.

Acho importante acentuar que a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República.³⁷³

Diante de todos esses fundamentos, conclui-se que a jurisprudência e a doutrina que

372 ZAFFARONI; PIERANGELI, 2011, p. 675.

373 Voto do Min. Celso de Mello. STF, HC 126.292/SP, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

admitem a execução provisória da pena de prisão anteciparam de modo inconstitucional o marco do término do estado de inocente das pessoas. Elas passam a estabelecer as decisões prolatadas pelos Tribunais de segundo grau de jurisdição como momento a partir de quando a presunção de inocência possibilita a incidência do principal efeito do reconhecimento da culpabilidade da pessoa, que é a execução da pena de prisão.

No entanto, a opção do constituinte brasileiro é outra, como demonstrado acima. Numa interpretação hermenêutica constitucional, a sentença penal condenatória transitada em julgado é o marco do processo penal em que a presunção de inocência deixa de produzir seus efeitos, ou seja, momento em que a muralha da inocência é derrubada. Por conseguinte, somente a partir desse instante se pode falar, constitucionalmente, em possibilidade da execução da pena de prisão.

Conforme as doutrinas de Alexandre Wunderlich³⁷⁴, de Rogério Lauria Tucci³⁷⁵ e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho³⁷⁶, no sistema processual brasileiro, afora o trânsito em julgado da sentença penal condenatória transitada em julgado, o único momento em que a presunção de inocência cede no curso do processo penal, de forma constitucional, é por ocasião da presença dos requisitos das prisões processuais, o que autoriza o decreto da prisão preventiva, desde que a decisão judicial seja fundamentada. Pela pertinência, transcreve-se a doutrina de Alexandre Wunderlich:

Concordo com Lauria TUCCI quando assevera que mesmo que a decisão só possa ser objeto de recurso especial ou extraordinário, recebidos somente no efeito devolutivo, impõe-se obrigatoriamente para a segregação prévia do condenado, que o ato decisório proferido por órgão jurisdicional colegiado de segundo grau, simultaneamente com a condenação, decreta a prisão preventiva com o supedâneo num dos requisitos estatuídos no art. 312 do CPP. Isso significa que não poderá haver prisão sem a imperativa demonstração concreta da necessidade da custódia, uma vez que toda e qualquer decisão, principalmente aquela que priva a liberdade de alguém, deve estar convincentemente motivada.³⁷⁷

Destarte, prisões automáticas determinadas após decisões condenatórias não transitadas em julgado são inconstitucionais em nosso sistema processual. Havendo alguma tentativa por parte do processado em se furta à aplicação da lei penal, inclusive mediante o uso abusivo da utilização de recursos, o caminho é a decretação da prisão preventiva, o que

374 WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 429-446, p. 436.

375 TUCCI, Rogério Lauria. Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 9, n. 33, pp. 242-252, 2001, pp. 250-251.

376 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 192.

377 WUNDERLICH, 2007, p. 436.

deverá ser analisado de forma detida em cada caso.

A execução provisória da pena de prisão dá razão, desse modo, para quem afirma que os direitos fundamentais não conseguiram romper com as desigualdades existentes em nossa civilização, sendo antes instrumento para legitimar as relações sociais que acentuam a diferença entre aqueles que estão perto do poder e aqueles que estão à margem dos direitos fundamentais.

Ocorre que, com essa recente decisão do STF, fundamentos que estão ligados à eficácia da Justiça Criminal ou à diminuição da criminalidade prevalecem sobre uma interpretação hermenêutica da Constituição. A “verdade” inicial do processo penal é alterada de forma decisionista pelos Tribunais, concretizando decisões judiciais que tanto são combatidas por Luigi Ferrapoli (decisões discricionárias e à margem da legalidade).

Nem mesmo um dispositivo tão claro, como o é o art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, é capaz de legitimar a interpretação em favor daqueles que estão longe das estruturas de poder. A exigência de uma interpretação fundada na máxima efetividade dos direitos fundamentais sucumbe diante da necessidade que a sociedade tem de prender mais, ou seja, de exercer novos mecanismos de poder: a “execução penal antecipada é mais um dos instrumentos para que o Estado manifeste seu poder contra o indivíduo.”³⁷⁸

Críticas, como a realizada por Sergio Paulo Rouanet, acabam tendo sua razão de ser: “no Brasil e no mundo, o projeto civilizatório da modernidade entrou em colapso”, demonstrado por 'uma rejeição dos próprios princípios' e por “uma recusa dos valores civilizatórios propostos pela modernidade”³⁷⁹

Como afirma Zygmunt Bauman, a “geração mais tecnologicamente equilibrada da história humana é aquela mais assombrada por sentimentos de insegurança e desamparo.”³⁸⁰ É que há uma obsessão exercida pela sociedade civilizada em “frear” as outras pessoas, na busca de que não se sinta mais medo, nem que para isso se tenha que passar por cima dos direitos fundamentais, em nome de uma aparente tranquilidade que advém dos mecanismos de poder.

A hermenêutica sucumbe frente as verdades absolutas, pois a “lógica da verdade não cede espaço para interpretações.”³⁸¹ Nos dias de hoje, de forma acrítica, os “discursos verdadeiros se impõem como elementos de poder que delimitam a conduta dos indivíduos, definem os horizontes das sociedades e classificam as práticas culturais.”³⁸²

378 WUNDERLICH, 2007, p. 430.

379 ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 11.

380 BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Zahar, p. 92.

381 RUIZ, 2004, p. 105.

382 RUIZ, 2004, p. 105.

Com todas essas considerações, a resposta jurídica a ser dada pelo intérprete não permite a execução provisória da pena de prisão a partir do princípio da presunção de inocência e das regras que regulamentam o tema no ordenamento jurídico brasileiro. Argumentos que dizem com a efetividade da Justiça Criminal não podem ser considerados para “forçar a barra” e ignorar o texto constitucional e as regras processuais que a concretizam. Respeitar a Constituição Federal e as leis constitucionais é um ato de democracia.

Para quem acredita na execução provisória da pena de prisão como instrumento para dar efetividade à Justiça Criminal, só se pode falar na utilização desse instrumento processual caso o texto constitucional e as regras processuais sejam alteradas: “A solução, portanto, parece não estar nas mãos do Judiciário, mas do Legislativo”.³⁸³

No atual sistema jurídico, pois, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória é o marco escolhido pelo constituinte brasileiro para que a presunção de inocência deixe de produzir seus efeitos. A partir desse momento, considerando que a pessoa já exerceu seu contraditório e sua ampla defesa durante toda a persecução criminal, é legítimo impor a ela as sanções penais e extrapenais, respeitada a legalidade constitucional para a execução da pena.

3.4 A Presunção de Inocência durante a Execução da Pena

O término do estado de inocente se dá, então, com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. É o momento escolhido pelo Poder Constituinte para marcar o fim da garantia processual, uma vez que previamente a isso já foi assegurado ao acusado o direito de exercer contraditório e ampla defesa, com ônus processual atribuído à acusação, durante toda a tramitação do processo penal.

A partir do término do processo penal, portanto, o Estado está autorizado a executar todas as sanções, penais e extrapenais. Não se pode mais falar em incidência da presunção de inocência enquanto “norma de tratamento” ou “norma probatória”, porquanto o Estado deve executar a pena aplicada pela sentença penal condenatória.

Entretanto, subsiste a possibilidade de incidência da presunção de inocência enquanto “norma de juízo” em razão da revisão criminal, quando algum dos motivos que levarem à revisão ocasionarem uma dúvida além do razoável no pensamento do julgador. Nesse sentido, ensina Maurício Zanoide de Moraes:

383 CASTANHO DE CARVALHO, 2014, p. 193.

Ao transportamos a dúvida colegiada para o íntimo de cada julgador que participa da revisão criminal o resultado não pode ser diverso. Se um julgador está dividido entre as provas que indicam a improcedência da revisão criminal e outras provas pelas quais ela é procedente, também deverá aplicar (agora em seu íntimo) o “in dubio pro reo”, como manifestação da presunção de inocência em seu instante de “norma de juízo”, ao tomar sua decisão pessoal. Portanto, a decisão individual daquele julgador, que em seu íntimo chegou à dúvida fática, deve-se orientar pela procedência da impugnação. Se o empate na votação conduz à aplicação (colegiada) do “in dubio pro reo”, a dúvida fática íntima também deverá provocar o mesmo efeito, qual seja, orientar o julgador, em sua decisão pessoal, a aplicar o “in dubio pro reo”.³⁸⁴

A incidência da presunção de inocência enquanto “norma de juízo” na revisão criminal decorre da produção dos efeitos da garantia como princípio não apenas jurídico, mas moral, uma vez que, estando o julgador da revisão na dúvida quanto à procedência do pedido da condenação, não há alternativa a não ser absolver o condenado, com fundamento na “verdade” inicial do processo penal, que é o estado de inocente das pessoas.

Afora essa hipótese, não há mais exigência de respeito à presunção de inocência pelo fato que levou à condenação, em razão do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A partir de então, o Estado está autorizado a iniciar a execução da pena.

Quanto a fatos supervenientes, que ocorrerem no curso da execução da pena, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o sentenciado continua protegido pelo manto da presunção de inocência, em todas as suas funções, como “norma de tratamento”, “norma probatória” e “norma de julgamento”. Assim, “o apenado continua merecendo o tratamento de inocente no que se refere a novos delitos cometidos e, também, em relação a faltas disciplinares.”³⁸⁵ Portanto, nessa fase processual também há necessidade de incidência de maneira forte do princípio.

O processo de execução da pena pode acarretar uma série de incidentes que podem sancionar o apenado em seus direitos, inclusive restringindo os seus direitos fundamentais. Há possibilidade de regressão do regime carcerário, perda dos dias remidos, alteração da data-base para a fruição de benefícios e indeferimento de saídas temporárias. A propósito, Geraldo Prado bem exemplifica como os direitos do apenado podem ser restringidos no curso da execução da pena:

Caio, reincidente em crime doloso condenado a dezoito anos de reclusão, em regime fechado, trabalha internamente durante nove anos. Como para cada três dias de trabalho é possível a remição de um dia de pena,

384 MORAES, 2010, p. 500.

385 LOPES JR., Aury. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). *Crítica à execução penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 443-475, p. 458.

Caio tem direito a remir três anos de sua pena, que ficaria reduzida a quinze, nove dos quais cumpridos! Acontece que, de acordo com o art. 127 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/94), o condenado que for punido por falta grave perderá o direito ao tempo remido, de sorte que se Caio, num dia menos inspirado, cometer falta grave, por essa indisciplina receberá a sanção adicional correspondente a três anos de reclusão, pena superior à de muitos crimes.³⁸⁶

É bem verdade que a perda dos dias remidos, atualmente, está limitada a um terço do total de dias trabalhados pela lei de execução penal. Ainda assim, no exemplo acima dado por Geraldo Prado, o apenado poderia ter que cumprir mais oito meses de pena, o que demonstra como a execução também pode restringir direitos fundamentais.

Com base em tal contexto, os incidentes da execução da pena se assemelham muito à fase de investigação ou do inquérito policial, porquanto nas duas situações não se trata de processo judicial, vale dizer, não há contraditório e ampla defesa exercidos de maneira plena. Tais garantias são exercidas de maneira apenas limitada pelo sentenciado, de tal sorte que se pode afirmar que essas duas fases processuais são consideradas inquisitivas: “É importante destacar que atualmente o grande problema do processo penal está nos seus dois extremos: no inquérito policial e na execução da pena.”³⁸⁷

Do modo como já foi falado em relação ao inquérito policial, não se há de exigir ampla defesa e contraditório plenos durante a execução da pena, pois o processo penal já foi encerrado. Já houve a formação da culpa do sentenciado. Acaso fosse exigido ampla defesa e contraditório pleno fase da execução penal, assim como na fase da investigação, ter-se-iam três processos judiciais para cada pessoa condenada, o que é inviável num sistema punitivo.

Ainda assim, a ampla defesa e o contraditório devem existir nesse momento, mesmo que de forma limitada, pela possibilidade que o Estado tem de restringir direitos fundamentais. Ou seja, não se há de descartar as garantias da ampla defesa e do contraditório na fase da execução da pena; ao contrário, há de se exigí-las, porém em medida menor.

Nessa medida, aplicam-se aqui as mesmas considerações já ditas em relação ao inquérito policial. Para que a presunção de inocência dos fatos acontecidos posteriormente à condenação transitada em julgado seja respeitada, há necessidade de que algumas garantias mínimas sejam observadas. Conforme Aury Lopes Jr.³⁸⁸, deve-se consagrar o procedimento judicial na fase da execução penal, que se desenvolverá perante o Juízo da Execução, ou seja, incidentes da execução que possam em alguma medida restringir direitos do apenado devem

386 PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 477-485, p. 481.

387 LOPES JR., 2007, p. 445.

388 LOPES JR., 2007, p. 448.

ser analisados por um magistrado.

Logo, tais incidentes devem ser decididos por um juiz imparcial, observando-se o sistema acusatório. Embora o poder disciplinar seja exercido pela autoridade administrativa do Presídio, a última palavra a respeito da possível restrição a direitos fundamentais é do magistrado. Nesse sentido, é que deve ser dada concretude ao art. 194 da Lei n.º 7.210/84,³⁸⁹ de modo a se abandonar a ideia de que a execução da pena seja procedimento administrativo, sobretudo quando a restrição de direitos do apenado vier sucedida de sua inconformidade manifestada perante o juízo da execução.

Em tal panorama, só se pode falar em rompimento constitucional da barreira da presunção de inocência, quanto aos incidentes ocorridos na fase da execução da pena, caso sejam garantidos contraditório e ampla defesa. Deve ser oportunizada ao sentenciado a assistência por advogado nos procedimentos administrativos realizados no interior do estabelecimento prisional, assim como nos incidentes judiciais da execução da pena. É a interpretação constitucional a ser dada ao art. 59 da Lei n.º 7.210/84.³⁹⁰ Por tal motivo, é que o STJ³⁹¹, no intuito de constitucionalizar a execução da pena, exige a presença de defensor nos procedimentos administrativos disciplinares que visam investigar a prática de faltas graves no curso da execução da pena.

Mas não é só a defesa técnica que deve ser garantida. O rompimento constitucional da presunção de inocência na execução da pena também garante ao apenado a realização de sua autodefesa, ou seja, deve-se possibilitar, antes da restrição de direitos, que o sentenciado seja ouvido a respeito do fato que lhe é imputado, se essa for sua vontade. Por isso é que ele tem o direito de se manifestar em juízo antes de algum ato que possa restringir seus direitos no curso da execução da pena, tal como exige o STJ³⁹², em nova prática que visa constitucionalizar os incidentes da execução da pena.

O *in dubio pro reo* é outra importante garantia, advinda do estado de inocente das pessoas enquanto “norma de juízo”, que impõe que a dúvida da decisão prolatada pelo juízo da execução seja solvida em favor do sentenciado. Sucede que, numa sociedade considerada civilizada, as faltas graves ocorridas no curso da execução são fatos extraordinários, de tal sorte que o ordinário é o modo como o apenado ingressou no estabelecimento prisional, ou

389 “O procedimento correspondente às situações previstas nesta Lei será judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da Execução.”

390 “Art. 59. Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, conforme regulamento, assegurado o direito de defesa.

Parágrafo único. A decisão deverá ser motivada.”

391 Resp 1378557/RS, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Terceira Seção, julgado em 23/10/2013, DJe 21/032014.

392 STJ, HC 23581/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 05/08/2003, DJ 29/09/2003, p. 287.

seja, sem ter praticado faltas graves no curso da execução da pena. Esse é o ensinamento de Aury Lopes Jr.:

O princípio *in dubio pro reo* é perfeitamente invocável no processo de execução, especialmente em momentos críticos de valoração, como ocorrem nos exames criminológicos. Se não houver consenso na equipe de observação ou houver laudos divergentes, está criada a dúvida, que necessariamente deve ser resolvida em benefício do apenado, reconhecendo-se o direito pleiteado (progressão, livramento condicional etc.). Da mesma forma, se o juiz entender que os argumentos invocados para desautorizar a medida forem frágeis ou despidos de suficiente lastro, deve pender a balança em benefício do apenado.³⁹³

Enfim, o contraditório, a ampla defesa e o *in dubio pro reo* devem existir e serem aplicados durante a execução. Não é porque o apenado já está definitivamente condenado que tais importantes garantias devem ser ignoradas, sob pena de a pessoa que cumpre pena ser considerada um objeto. Não é disso que se trata na execução da pena. Trata-se de instrumento utilizado pelo Estado para fazer cumprir o seu direito punitivo de forma garantista. Não se terá, portanto, um novo processo penal, mas se terá um procedimento no qual a última palavra é de um juiz imparcial, o qual decidirá com base na presunção de inocência do apenado quanto a fatos supervenientes ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Por isso, concorda-se com Salo de Carvalho, o qual ensina, ao tratar da execução da pena, ser “mister realizar um processo de filtragem constitucional do estatuto.”³⁹⁴ É dizer: exigir ampla defesa, contraditório e o *in dubio pro reo*, mediante decisão prolatada por um juiz imparcial, é um modo de garantir que a formação da culpa quanto aos incidentes da execução seja constitucional, ou seja, respeitada a “verdade” inicial da execução da pena, que é o estado de inocente do executado quanto a fatos posteriores.

Na execução da pena há, pois, necessidade de se criticar os procedimentos inquisitórios, tal como sucede com o inquérito policial, pois as relações sociais baseadas na manutenção dos mecanismos de poder não podem justificar seja o apenado tratado como objeto. Tal como afirma Alexandre Morais da Rosa, “talvez bastasse um pouco mais de amor e carinho na prática jurídica, marcada pela capacidade de abjurar as velhas práticas.”³⁹⁵

Assim, após o estudo realizado, pode-se afirmar que, antes mesmo da existência do

393 LOPES JR., 2007, p. 467.

394 CARVALHO, Salo de. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 487-499, p. 498.

395 ROSA, Alexandre Morais da. O juiz (garantista) e a execução penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 401-417, pp. 417-418.

processo penal, pode haver incidência de maneira forte do princípio da presunção de inocência. Esse momento ocorre a partir de quando o Estado puder restringir direitos fundamentais das pessoas (privar da liberdade e de bens). Este é o discriminem, ou seja, o espaço de tempo em que a garantia mais deve produzir seus efeitos: quando houver a possibilidade de o Estado restringir direitos fundamentais das pessoas.

Com tais considerações, a presunção de inocência se inicia já quando o Estado, na função de Administração Pública, puder restringir direitos fundamentais dos administrados. Desse modo, qualquer ato administrativo dotado dessas características reclama a incidência do princípio, em todas as suas funções, a partir do momento em que houver impugnação administrativa ou judicial do ato. Ou seja, a presunção de validade dos atos administrativos cede à presunção de inocência a partir do instante em que o administrado impugnar administrativamente ou judicialmente o ato.

Durante a fase de investigação preliminar – que engloba qualquer imputação, ainda que não-oficial, pela prática de crime – e os atos pré-processuais também deverá ocorrer forte incidência do princípio, haja vista que é momento, sem o devido processo legal ainda, em que diversos atos estatais poderão restringir direitos fundamentais dos acusados. Por isso, algumas exigências são fundamentais para tornar essa fase constitucional, de acordo com a presunção de inocência, como o acesso do advogado dos autos integral da investigação, a retirada dos autos do inquérito do processo principal, o controle do uso de algemas, a realização de audiências de custódia e o controle das prisões processuais decretadas anteriormente ao instrumento da colaboração premiada.

O momento definido pelo Estado para o *ius puniendi* tentar ultrapassar de forma oficial a barreira da presunção de inocência é o processo penal. Nele, as partes (acusação e defesa) apresentarão todas suas alegações, a fim de que um juiz imparcial as avalie e decida se o pendur inicial do processo penal, que é a inocência, deve prevalecer, ou se, por outro lado, o Estado conseguiu desconstruir a presunção de inocência e provar a prática de crime por determinada pessoa.

O marco escolhido pelo Poder Constituinte para que a barreira da presunção de inocência tenha um fim é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que é o último ato do processo penal brasileiro. Após isso, como regra, não há de se falar mais no estado inicial de inocência, estando o Estado autorizado a executar as sanções penais, inclusive a pena de prisão. Assim, decisões que anteciparem esse marco são inconstitucionais, pois não respeitam o princípio estabelecido na Constituição Federal e as regras dispostas na legislação processual.

Por fim, durante a execução penal, subsiste a presunção de inocência como “norma de juízo”, se presentes os requisitos da revisão criminal, para fatos anteriores ao trânsito em julgado da sentença penal. É a única situação de subsistência dos efeitos do princípio em estudo quanto a fatos anteriores. Em relação a fatos posteriores, a presunção de inocência em todas as funções incidirá durante a execução penal, em especial para decisões estatais que possam restringir direitos fundamentais do apenado. Por isso, durante a execução, há de se exigir decisão judicial, contraditório e ampla defesa para o reconhecimento da prática de faltas graves no curso da execução pelo apenado.

Portanto, o discriminem para a incidência da presunção de inocência é a restrição a direitos fundamentais das pessoas por parte do Estado. Havendo a possibilidade de o Estado restringir direitos fundamentais das pessoas, por meio de atos administrativos, atos de investigação preliminar e atos processuais, há de se exigir a incidência do princípio em suas três funções, como “norma probatória”, “norma de juízo” e “norma de tratamento”. O momento em que essa exigência se encerra é quando sobrevier o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A partir do discriminem da incidência do princípio, é possível extrair o núcleo essencial da presunção de inocência, formando o que Malatesta chamou de presunção específica:³⁹⁶ vai desde o ato administrativo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

396 MALATESTA, 2004, p. 139.

CONCLUSÃO

O princípio da presunção de inocência tem sido muito repercutido pela doutrina jurídica e pelos demais setores da sociedade civil nos últimos anos em razão da possibilidade da execução provisória da pena, reconhecida pelo STF no HC 126.292/ SP. Essa decisão tem permitido a expedição de mandados de prisão após a finalização dos julgamentos pelos Tribunais de Segunda Instância, independente da existência de recursos para os Tribunais Superiores.

A partir disso, para verificar se a mencionada decisão do STF está correta juridicamente, surge a reflexão a respeito dos limites da presunção de inocência no curso do processo penal, ou seja, em que momento esse princípio começa a produzir seus efeitos e em que momento ele deixa de os produzir, instante em que o Estado estará autorizado a aplicar as sanções penais e extrapenais decorrentes da sentença penal condenatória.

Para responder a essa indagação (não, é claro, apresentar resultados definitivos, pois isso é impossível de ocorrer numa pesquisa científica, mas contribuir com elementos de estudo doutrinários e jurisprudenciais para que o leitor possa ter subsídios para enfrentar a questão), elaborou-se o presente trabalho. Nele, alguns importantes resultados foram obtidos, os quais são citados a seguir e formam as conclusões obtidas pelo autor:

a) Os princípios jurídicos limitam as decisões judiciais, pois exigem que elas sejam tomadas com argumentos de princípios, e não de política. Além disso, eles também permitem que os valores considerados mais essenciais pela sociedade sejam levados até a população por meio das decisões judiciais. Portanto, os princípios limitam o poder discricionário dos juízes e exercem a função de concretizar os direitos mais importantes de um Estado Democrático de Direito, que são os direitos fundamentais.

b) A Constituição Federal fez a opção por um processo penal garantista, pois previu uma série de garantias antes do rompimento da presunção de inocência, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Por tal motivo, no sistema processual

brasileiro, a função do processo penal é limitar o poder estatal e conferir máxima eficácia aos direitos fundamentais. Por conseguinte, o processo penal não é instrumento de combate à criminalidade, pois, nessa hipótese, o intérprete estará mais preocupado em atingir uma determinada finalidade – em punir – e menos em observar os princípios e as regras, o que é incompatível com o sistema processual garantista.

c) A presunção de inocência não estava presente em Estados considerados não-democráticos ao longo da história, pois vigorava neles uma presunção de culpabilidade ou de não-culpabilidade. Nos Estados democráticos, a presunção de inocência é uma das garantias mais importantes, pois não pode haver dúvida quanto à impossibilidade de se condenar um inocente, ainda que à custa da absolvição de um culpado. Por isso, a aplicação da presunção de inocência nos sistemas processuais é um requisito para se tenha Estado Democrático de Direito.

d) Nas relações sociais, existe uma presunção genérica, qual seja, presume-se que a maior parte das pessoas não pratique crimes. Tal presunção deve ser trazida para o processo penal para formar a presunção específica. Assim, no processo penal, o acusado inicia a persecução como inocente e nessa condição ele vai até o final, a não ser que sobrevenha uma sentença penal condenatória. Há, dessa forma, uma inclinação a ser mantida no processo penal pelo juiz em favor do réu, por ser a forma como este inicia a persecução e assim se mantém ordinariamente. Essa é a “verdade” inicial do processo penal e que constitui o *plus* do sistema garantista processual brasileiro.

e) A presunção de inocência durante a gestão da prova leva à conclusão de que o juiz, no sistema acusatório e democrático, não pode ter atividade probatória, exceto atuação residual e desde que não amplie o enquadramento fático da prova. Ausentes os elementos probatórios para se prolatar uma sentença penal condenatória, compete ao juiz manter a presunção inicial e simplesmente declarar o estado de inocência do réu.

f) A presunção de inocência como regra probatória (“norma probatória”) determina que o encargo de produzir provas seja todo da acusação durante o processo penal. A defesa não possui encargo, a não ser uma oportunidade ou chance processual de preencher o espaço probatório. É direito (e não encargo), portanto, da defesa produzir provas, para tentar criar no pensamento do magistrado a dúvida quantos aos fatos imputados, formando, assim, a dialética processual do sistema acusatório.

g) A presunção de inocência como regra de julgamento (“norma de juízo”) impõe ao juiz o dever de prolatar uma sentença penal absolutória, caso não provados todos os elementos do crime pela acusação. De outro modo, o juiz estará autorizado a prolatar decisão

condenatória caso exista “altíssimo grau de probabilidade” de que o fato tenha ocorrido, capaz de afastar a dúvida razoável no pensamento do magistrado, formando a “certeza processual”. A aplicação das regras do jogo (princípios e regras positivados no sistema jurídico) é fundamental para o rompimento legítimo da presunção de inocência, pois ela procura evitar decisões judiciais equivocadas, notadamente a condenação de um inocente.

h) A prisão processual é o modo previsto no sistema jurídico de excepcionar a presunção de inocência como regra de tratamento (“norma de tratamento”). Assim, será constitucional a prisão processual quando presente *periculum libertatis*, o que ocorrerá se a medida tiver por finalidade tutelar a instrução criminal, tutelar a aplicação da lei penal e evitar a reiteração delitiva (finalidade especial) para crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos e equiparados. A expressão “garantia da ordem pública”, por outro lado, é extremamente genérica e tem sido utilizada para o cometimento de abusos, quando magistrados decretam prisões processuais com fundamentos genéricos.

i) A presunção de inocência produz efeitos já quando da prática de atos administrativos, desde que eles possam restringir direitos fundamentais do administrado (privação de liberdade ou de bens). Para tanto, há necessidade de que esse ato seja impugnado administrativamente ou judicialmente. A partir dessa impugnação, a presunção deixa de ser de validade dos atos administrativos e passa a ser de inocência do administrado.

j) Após isso, durante a investigação preliminar e os procedimentos pré-processuais, havendo um juízo de atribuição de um crime a uma pessoa determinada, com restrição de direitos fundamentais (privação da liberdade ou de bens), também há produção de efeitos da presunção de inocência. Por isso, os procedimentos pré-processuais apenas serão constitucionais se observarem a garantia em estudo. O acesso do advogado aos autos da investigação, a retirada do inquérito do processo principal, o controle do uso de algemas, a realização de audiências de custódia e o controle das prisões processuais decretadas anteriormente à colaboração premiada são medidas que merecem ser observadas pelos juízes e partes por estarem de acordo com a presunção de inocência.

k) Durante o processo judicial, ocorre o auge de atuação do princípio da presunção de inocência, pois é nesse momento em que serão realizadas as testagens das alegações da acusação e da defesa, a partir de prévio contraditório e ampla defesa, para verificar se se mantém o estado de inocência ou se o fato imputado tem procedência. Após isso, o Estado está autorizado a declarar o estado inicial de inocente do acusado ou a formar a culpa do réu. Com essa procedimentalização, forma-se o devido processo legal.

l) O momento previsto no sistema jurídico brasileiro (art. 5º, inciso LVII, da

Constituição Federal, e art. 283 do Código de Processo Penal) para marcar o fim da incidência da garantia é o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, o que deve ser entendido como o esgotamento da possibilidade de interposição de todos os recursos, inclusive os extraordinários. A partir desse instante, a presunção de inocência deixa de produzir quase que todos os seus efeitos, sobrevivendo para o Estado o direito de aplicar as sanções penais e extrapenais da sentença penal condenatória, inclusive a pena de prisão.

m) Antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, só há possibilidade de prisão do réu se a decisão estiver fundamentada nos requisitos da prisão preventiva. Desse modo, a antecipação automática da prisão para momento imediatamente posterior ao julgamento prolatado pelos Tribunais de Segunda Instância constitui antecipação inconstitucional e ilegal da execução da pena de prisão.

n) Após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, subsiste, ainda, efeitos da presunção de inocência para os casos de revisão criminal, como regra de julgamento (“norma de juízo”), para fatos ocorridos anteriormente ao término do processo penal. Quanto a fatos posteriores ao trânsito em julgado da sentença penal, ocorridos no curso da execução de pena, subsiste todos os efeitos da presunção de inocência, em especial aqueles que restringem direitos fundamentais do apenado (privação de liberdade e de bens).

Portanto, a incidência concentrada do princípio da presunção de inocência vai desde a ocorrência de atos administrativos, passa por atos de investigação preliminar e de procedimentos pré-processuais, prossegue pelo processo judicial (quando ocorre o auge da atuação do princípio, com o devido processo legal), até chegar ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, instante em que a garantia deixa de produzir seus principais efeitos.

O momento em que há maior incidência do princípio da presunção de inocência – desde o ato administrativo até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória – forma o seu núcleo essencial. Em comum, em todas essas situações, está a possibilidade de o Estado restringir direitos fundamentais do destinatário do ato. Esse é o discriminem para a incidência da presunção de inocência, quando comparada com as demais relações sociais. Isso é relevante de ser compreendido, porquanto é durante essa distinção que está o núcleo essencial da atuação do princípio, ou a presunção específica do estado de inocência, momento em que ele deverá ser mais chamado para limitar a atuação Estado.

Está delimitado o princípio da presunção de inocência, que forma o seu núcleo essencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Augusto Jobim do. A pré-ocupação de inocência no processo penal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 62, pp. 85-115, jan./jun. 2013. Disponível em <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/P.0304-2340.2013v62p85/246>>. Acesso em 06 out. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Zahar.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. 11. ed. Curitiba: Hemus, 2000.

BINDER, Alberto M. **O descumprimento das formas processuais: elementos para uma crítica da teoria das nulidades no processo penal**. Trad. Angela Nogueira Pessoa. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9. ed. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CAMPOS, Francisco. **O Estado nacional: sua estrutura, seu conteúdo ideológico**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 15. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Cuestiones sobre el proceso penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Librería El Foro, 1960.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Da necessidade de efetivação do sistema acusatório no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 487-499.

_____. Revisita à desconstrução do modelo jurídico inquisitorial. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. Curitiba, PR, Brasil, jun. 2005, pp. 35-56.

CASTANHO DE CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. Perspectivas principiológicas de um projeto de código de processo penal acusatório. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal** (Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 19-24.

_____. **Processo penal e constituição. Princípios constitucionais do processo penal**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 2014.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, PR, Brasil, dez. 1998, pp. 164-198. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/direito/article/view/1892/1587>>. Acesso em 19 jan. 2017.

_____. Sistema Acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do Projeto de Lei n.º 156/2009, do Senado Federal**. (Org. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho e Luís Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 1-18.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. **Crítica à teoria geral do direito processual penal** (Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho). Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. Correlação entre *alegação* e *ônus* no processo penal brasileiro: breve estudo da *sintaxe* constitucional da “presunção de inocência” e sua interpretação não circular. In: D’ÁVILA, Fábio Roberto; SANTOS, Daniel Leonardo dos (org.). **"Direito Penal e Política Criminal" - Atas do 6º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. PUCRS-BRASIL, 2015a, pp. 473-491. Disponível em <https://www.academia.edu/28425986/Correla%C3%A7%C3%A3o_entre_alega%C3%A7%C3%A3o_e_%C3%B4nus_no_processo_penal_brasileiro_breve_estudo_da_sintaxe_constitucional_da_presun%C3%A7%C3%A3o_de_inoc%C3%Aancia_e_sua_interpreta%C3%A7%C3%A3o_n%C3%A3o_circular>. Acesso em 09 jan. 2017.

_____. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015b.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FELDENS, Luciano. **A Constituição Penal. A dupla face da proporcionalidade no controle de normas penais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão. Teoria do garantismo penal**. Trad. Ana Paula Zomer

Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 4. ed. Rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Prefácio. Trad. Alexandre Aranalde Salim. In: HERMANY, Ricardo. (Org.). **Gestão local e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FISCHER, Douglas; OLIVEIRA Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

FRANÇA, Phillip Gil. **Ato administrativo e interesse público. Gestão pública, controle judicial e consequencialismo administrativo**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal. Abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso II. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.

GOMES, Camilla de Magalhães. Corpos negros e as cenas que não vi. Um ensaio sobre os vazios de uma pesquisa criminológica situada. **Sistema Penal & Violência. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito**. Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS. Porto Alegre, v. 8, n. 1, pp. 16-28, jan.-jun. 2016.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. Presunción de inocencia y prisión sin condena. **Revista de Ciências Penales de Costa Rica**, São José, ano 9, n. 13, pp. 5-18, ago. 1997. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r16968.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal. Para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Letramento, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 14ª edição, revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. A instrumentalidade garantista do processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 443-475.

MAFFINI, Rafael. **Direito administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho procesal penal. Tomo I.** Trad. Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América Chile 2970, 1951.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena.** Trad. Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc, de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra, etc.** Trad. da 3. ed. - 1848. Trad. Herbert Wüntzel Heinrich. Campinas: Bookseller, 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.

MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a operação *mani pulite*. **Revista CEJ**, Brasília, n. 26, pp. 56-62, jul./set. 2004.

NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. Um breve ensaio sobre os pressupostos epistemológicos ao discurso científico do direito processual penal. **Processo penal, constituição e crítica: estudos em homenagem ao prof. dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** (Org. Gilson Bonato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 573-604.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal.** 14. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional.** Estado e Constituição – 14. Trad. Jose Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Prisão provisória: cautelaridade ou banalidade. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, n. 3, pp. 84-90, 2001. Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/SRC%2003_84.pdf>. Acesso em 31 out. 2017.

_____. **Para além do garantismo. Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 477-485.

_____. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais.**

3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROUANET, Sergio Paulo. **Mal-estar na modernidade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

_____. O juiz (garantista) e a execução penal por uma racionalidade consequencialista (MacCormick). In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 401-417.

RUBIO, David Sánchez. **Encantos y desencantos de los derechos humanos. De emancipaciones, libertaciones y dominaciones**. Barcelona: Icaria, 2011.

RUIZ, Castor. **Os labirintos do poder**. Porto Alegre: Escritos, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso. Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. Uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014a.

_____. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014b.

TARUFFO, Michele. Observações sobre os modelos processuais de civil law e de common law. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 110, pp. 141-158, abr. 2003.

THUMS, Gilberto. **Sistemas processuais penais. Tempo. Tecnologia. Dromologia. Garantismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. Limitação da extensão de apelação e inexistência de execução penal provisória. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 9, n. 33, pp. 242-252, 2001.

VILELA, Alexandra. **Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

WUNDERLICH, Alexandre. Muito além do bem e do mal: considerações sobre a execução penal antecipada. In: CARVALHO, Salo de (org.). **Crítica à execução penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp.429-446.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. V. 1. Parte geral. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.