

RICARDO PANIZZA DE ANDRADE

**PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: uma análise crítica sobre o modelo
constitucional brasileiro**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

2020

RICARDO PANIZZA DE ANDRADE

PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA: uma análise crítica sobre o modelo constitucional
brasileiro

Dissertação apresentada à banca examinadora do programa de pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração direito processual, sob a orientação do Prof. Dr. José Raul Gavião de Almeida.

Universidade de São Paulo

Faculdade de Direito

São Paulo - SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Panizza de Andrade, Ricardo

Presunção de Inocência: uma análise crítica sobre o modelo constitucional brasileiro ; Ricardo Panizza de Andrade ; orientador José Raul Gavião de Almeida - São Paulo, 2020.

133

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito Processual. 2. Direitos fundamentais. 3. Presunção de inocência. 4. Regra de tratamento. I. Raul Gavião de Almeida, José, orient. II. Título.

Nome: ANDRADE, Ricardo Panizza de
Título: Presunção de Inocência: uma análise crítica do modelo constitucional brasileiro

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como exigência parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof.Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

À Izabel, minha amada esposa,
que carrega em seu ventre a nossa filha,
pelo carinho, amor e dedicação,
em todos os momentos de nossas vidas.

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito. Não acompanheis os que, no pretório, ou no júri, se convertem de julgadores em verdugos, torturando o réu com severidades inoportunas, descabidas, ou indecentes; como se todos os acusados não tivessem direito à proteção dos seus juízes, e a lei processual, em todo o mundo civilizado, não houvesse por sagrado o homem, sobre quem recai acusação ainda inverificada.

Ruy Barbosa, Oração aos Moços.

RESUMO

A presunção de inocência configura princípio estruturante do processo penal em qualquer ordenamento democrático. Trata-se de valor construído desde a antiguidade romana, concebido a partir da necessidade de preservar os acusados em geral contra julgamentos precipitados, antes da comprovação da culpa. Entretanto, o ordenamento brasileiro condiciona a superação do estado de inocência ao trânsito em julgado da decisão condenatória. A partir da análise histórica e estrutural do princípio, o trabalho buscará avaliar a eficácia do modelo brasileiro na proteção dos direitos fundamentais dos acusados no processo penal brasileiro.

Palavras-chave: Processo Penal - direitos fundamentais – presunção de inocência – regra de tratamento.

ABSTRACT

The presumption of innocence configures the structuring principle of the criminal process in any democratic order. It is a value constructed since Roman antiquity, conceived from the necessity of preserving the accused in general against hasty trials, before the proof of guilt. However, the Brazilian ordinance conditions the overcoming of the state of innocence to the *res judicata* of the condemnatory decision. From the historical and structural analysis of the principle, the paper will seek to evaluate the effectiveness of the Brazilian model in protecting the fundamental rights of the accused in the Brazilian criminal process.

Keywords: criminal procedure - fundamental rights - presumption of innocence - treatment standard.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ANTECEDENTES, POSITIVAÇÃO, EVOLUÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA	14
2.1 Reminiscências históricas	15
2.2 Inquisição	19
2.3 Iluminismo, Escola Clássica e Revolução Francesa – a primeira positivação	24
2.4 As escolas positivista e técnico-jurídica como contracorrente humanista	33
2.5 O pós-guerra e o processo de internacionalização da presunção de inocência	37
2.6 Constitucionalização da presunção de inocência	43
2.6.1 Inglaterra	45
2.6.2 França	47
2.6.3 Espanha	49
2.6.4 Itália	50
2.6.5 Portugal	51
2.7 Presunção de inocência nas constituições brasileiras	52
3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE SER PRESUMIDO INOCENTE	57
3.1 Conteúdo essencial - considerações gerais	57
3.2 Regra ou princípio	59
3.3 Âmbito de proteção - protagonismo e garantismo	66
3.3.1 Regra probatória	67
3.3.2 Regra de juízo ou decisória	68
3.3.3 Regra de tratamento	70
4 INSTITUTOS CORRELACIONADOS	75
4.1 O devido processo legal	75
4.2 Contraditório e ampla defesa	77
4.3 Motivação das decisões judiciais e publicidade	79
4.4 Duplo grau de jurisdição	83
4.5 Duração razoável do processo	87
4.6 Proporcionalidade	93

5 O PROBLEMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO	99
5.1 Panorama atual - considerações gerais	99
5.2 Histórico jurisprudencial do STF	100
5.3 O trânsito em julgado como termo final estabelecido expressamente	104
5.4 O sistema recursal brasileiro	108
5.4.1 O abuso do direito processual	112
5.5 A questão da prisão provisória e o tratamento do imputado durante o processo	114
6 CONCLUSÃO	124
REFERÊNCIAS	128

1 INTRODUÇÃO

O princípio da presunção de inocência, previsto na Constituição brasileira e em tratados internacionais, se insere entre as garantias do devido processo legal e representa importante marco civilizatório, determinando como valor político a prevalência da liberdade do imputado sobre o interesse coletivo envolvido na repressão penal. Consiste essencialmente na garantia do acusado não ser declarado culpado senão por meio do devido processo legal em que se tenha permitido utilizar todos os meios de prova pertinentes à sua defesa e necessárias à desconstrução da tese acusatória.

Como o instrumento de exercício da jurisdição que tutela situações jurídicas concretas, o processo deve sempre trazer no seu bojo um direito material em disputa, evidenciando uma relação bastante próxima entre o direito material e o processual. Embora seja reconhecida a autonomia científica do direito processual, com categorias e institutos próprios, há uma relação incidível de interdependência com o direito material, no ponto em que aquele serve este, porquanto o integraliza.

Por outro lado, como ramo do direito, a dogmática processual reflete os valores políticos e ideológicos de uma nação em determinado momento, espelhando as diretrizes básicas do sistema político do país na eterna busca de equilíbrio na concretização de dois interesses fundamentais: o de assegurar ao Estado mecanismos para exercer o seu poder punitivo e o de garantir ao indivíduo instrumentos para defender os seus direitos e garantias fundamentais e preservar sua liberdade.¹ Essa atividade de mediação jurisdicional por meio do processo, especialmente no campo penal, é elemento legitimador do próprio estado democrático de direito. Ao mesmo tempo em que busca a pacificação social através da aplicação concreta da lei, se coloca como barreira ao arbítrio no uso do poder

¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. pp. 21e 22.

punitivo pelo Estado.² Joaquim Canuto Mendes de Almeida bem coloca a importância central de coibir o arbítrio na atividade de persecução penal desenvolvida pelo Estado:

O mal causado pela ação penal deixada ao arbítrio dos acusadores seria, nos casos de absolvição, uma injustiça. Bens materiais e morais, fama, honra, dignidade, teriam sofrido danos irreparáveis e exclusivamente causados pela faculdade discricionária da calúnia, da mentira, da leviandade, da extorsão, docilmente servidas pelo trabalho penoso, inútil aos próprios fins do poder público.³

Nesse sentido, é esperado que o processo penal seja um instrumento legítimo e confiável para distribuição da justiça e que o faça concretizando garantias individuais. Face ao cometimento de um delito, há a justa expectativa da sociedade por uma resposta do Estado por meio da aplicação da pena prevista na lei, o que só pode se dar como resultado de um processo penal efetivo. Essa tensão permanente entre eficiência e garantismo tem permeado a análise do processo como instrumento do poder punitivo e fiador do respeito às liberdades do cidadão. É nesse contexto que a presunção de inocência assume elevado protagonismo no ordenamento jurídico.

O art. 5º, inc. LVII da Constituição Federal segue o modelo italiano ao utilizar a expressão *culpa* em enunciado negativo ao invés de simplesmente presumir a inocência do acusado, verbis: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. É dessa forma que consagra a presunção de inocência como um dos princípios basilares do Estado de Direito e garantia processual fundamental à tutela da liberdade pessoal do acusado. Cumpre função político-retórica, inculcando no cidadão a ideia de que o processo penal também possui uma função de garantir os direitos do acusado, sempre o considerando inocente até que sobrevenha uma sentença condenatória.

² Beccaria identificava a importância do processo para a legitimidade do julgamento de um crime da seguinte maneira: “Públicos sejam os julgamentos e públicas sejam as provas do crime, para que a opinião, que é talvez o único cimento da sociedade, imponha freio à força e às paixões, para que o povo diga ‘não somos escravos e somos defendidos’, sentimento que inspira coragem e que equivale a um tributo ao soberano que conhece seus verdadeiros interesses.” (BECCARIA, Cesare Bonsana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58).

³ ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A Contrariedade Na Instrução Criminal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1937. pp. 21 e 22.

Enquanto evidencia inquestionável carga política na proibição de prematura culpabilidade que alcança todos os indivíduos e que deve ser observada por toda coletividade, há grande distensão doutrinária e jurisprudencial sobre a sua concepção e amplitude, especialmente para determinar em que momento processual está autorizada a execução da pena. A questão se apresenta como um delicado quadro de colisão entre princípios e normas fundamentais. Como importante moderador do poder punitivo do Estado, a presunção de inocência se justapõe com outros princípios de igual estatura, como a duração razoável do processo, segurança e efetividade da tutela jurisdicional penal. Todos devem, combinados, legitimar qualquer intervenção sobre direitos fundamentais, que sempre depende de correta fundamentação constitucional e controle pela proporcionalidade.

Passados mais de 30 anos desde a sua promulgação, pretendemos revisitar esta importante baliza da Constituição Federal de 1988. O debate acadêmico e jurisprudencial focado no termo final do processo – que para alguns indica o termo inicial para o cumprimento da pena – ofusca outros aspectos fundamentais sobre o estado de inocência. Enquanto os ministros do Órgão de Cúpula do Poder Judiciário se acotovelam publicamente para determinar qual momento processual autoriza o início do cumprimento da pena, juízes de primeira instância continuam a utilizar métodos elusivos para escamotear em medidas cautelares verdadeiras antecipações de pena. Enquanto a interpretação apenas literal e isolada da constituição indica o trânsito em julgado como marco para afastar o estado de inocência, meios de comunicação policiaiscos continuam sistematicamente a expor pessoas presas, com a conivência e participação de agentes públicos. Enquanto alguns processos tendem à eternidade (prescrição), outros que sequer iniciaram já submetem seus *acusados* a violações de garantias básicas como a vida, integridade física e inviolabilidade de domicílio.

A grande insegurança jurídica sobre termo inicial para o cumprimento de pena justifica este trabalho. Notadamente após a reinflexão por estreita margem na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), que voltou a proibir a execução provisória da sentença penal, a investigação mais aprofundada do tema justifica-se pelo estado atual candente da discussão. Utilizaremos essencialmente os métodos histórico e dogmático no desenvolvimento da pesquisa – o primeiro para estruturar

e contextualizar o instituto face à evolução do processo penal como garantidor das liberdades individuais; o segundo baseado na investigação da doutrina e jurisprudência, nacionais e estrangeiras, com o objetivo de verificar a harmonia do sistema jurídico e seus princípios norteadores. Não está descartado, também, um enfoque sócio-jurídico como forma de evidenciar eventuais incoerências no modelo constitucional brasileiro, pela abordagem e interação com outras disciplinas como sociologia, filosofia e ciência política.

Começaremos com uma breve análise histórica do instituto até a sua primeira positivação, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Prosseguindo nesse resgate histórico, passaremos a tratar da presunção de inocência no pós-iluminismo, pela análise da escola positivista e os grandes retrocessos trazidos pelo fascismo. Abordaremos, ainda, a consolidação da presunção de inocência no período do pós-guerra, especialmente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos. A partir desse movimento de internacionalização, analisaremos como a presunção de inocência é tratada nos tratados internacionais de Direitos Humanos. Também nesse capítulo será feita uma breve sondagem sobre o direito estrangeiro. Mais do que um mero levantamento dos fatos, justifica-se essa digressão preliminar para caracterizar o estado de inocência por meio de sua contextualização no processo de reconstrução histórica, especialmente quanto ao formato multifacetado que o caracteriza. A estruturação inicial desse arquétipo histórico e dogmático permitirá estabelecer pontos de interseção e pertinência axiológica entre os planos legais.

No capítulo III investigaremos a presunção de inocência como norma fundamental e diretora do modelo processual penal brasileiro, segundo a conformação dada pela Constituição Federal de 1988, inclusive com as interações principiológicas pertinentes.

A seguir, o regime jurídico processual penal será escrutinado no Capítulo IV pela abordagem de institutos correlacionados à presunção de inocência, que possam revelar, em conjunto, a opção firme do constituinte por um processo penal que garanta as liberdades individuais sem descuidar da necessidade de propiciar a aplicação da lei penal pelo Estado, detentor do poder punitivo.

Por fim, o aspecto da execução provisória será analisado no capítulo V sob a ótica da opção adotada pelo constituinte de apor expressamente a expressão

trânsito em julgado como condição final para afastar a presumida inocência do acusado. Nesse estágio a jurisprudência ganhará corpo na dissertação, sobre como o STF tratou a questão ao longo do tempo, especialmente desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Nessa etapa serão analisados dois julgados paradigmáticos e antagônicos: o habeas corpus nº 84.078 (Rel. Min. Eros Grau, Plenário, j. 05-02-2009, DJE de 26-02-2009) e o habeas corpus nº 126.292 (Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário, j. 17-02-2016, DJE 17-05-2016), bem como o resultado do julgamento da ADC nº 43, que julgou constitucional o art. 283 do CPP. No mesmo capítulo pretendemos discutir o panorama atual da presunção de inocência no processo penal brasileiro,

Pelo estudo do princípio com os seus vários matizes, bem como pela necessária interação com outros valores igualmente democráticos, pretendemos sondar um sistema processual lógico e harmônico, que permita a preservação dos direitos e garantias do cidadão desde o início da persecução penal, ao mesmo tempo em que a interpretação e integração das normas não conduzam à perplexidade pela inviabilização da qualidade instrumental do processo.

Tendo em perspectiva um modelo de processo penal virtuoso desenhado nas etapas principiantes, buscaremos oferecer nossas conclusões e respostas para o problema formulado. Buscaremos estabelecer as características essenciais a um processo penal aberto e compatível com o princípio da presunção da inocência, ou seja, que se direcione a conceitos e ideias fundantes de um procedimento criminal virtuoso, verdadeiramente democrático e acusatório. Ao final do trabalho, pretende-se oferecer respostas para o seguinte problema: *em face do perfil histórico dogmático do instituto pelo qual se presume a inocência do indivíduo contra uma acusação formulada pelo Estado, o modelo constitucional brasileiro tem se mostrado eficiente na garantia desse direito fundamental?*

2 ANTECEDENTES, POSITIVAÇÃO, EVOLUÇÃO E CONSOLIDAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A análise sobre os fundamentos históricos é importante para o estudo a ser desenvolvido, quando, a partir de algum momento a sociedade passou a repudiar a possibilidade de imposição de penas sem que o acusado pudesse se defender, a presunção de inocência passou a ser a própria justificativa para a existência do Processo Penal.⁴ Posner descreve com certo menoscabo essa característica do Direito como disciplina que tradicionalmente se apoia na história, venera a tradição, o ritual, o costume, as práticas antigas, os textos antigos, a terminologia arcaica e a interpretação concebida como método de resgate dos fatos históricos; para o autor há sempre o perigo de que a repetição deste método redundar em um tipo de cinismo conformista e paralisante.⁵ Por outro lado, pondera-se que o Direito, e a justiça penal especialmente, como todo campo social, foram efetivamente construídos historicamente, cruzados por relatos e tradições, até os dias de hoje. Esse processo de reconstrução, longe de constituir obstáculo ao desenvolvimento de novas ideias, pode repercutir no desenvolvimento de novos valores institucionais pela análise do presente, enquanto história.⁶

É o que se intenta. Não se trata de um simples relato histórico; cuida-se, enfim, de resgatar as bases teóricas que conduziram o estado de inocência ao seu estágio atual no campo dos direitos fundamentais para que se possa, então, analisar criticamente o modelo adotado pelo constituinte de 1987-1988. Como se verá, não foi um percurso aberto e desimpedido até o seu amplo reconhecimento

⁴ DARCIE, Stephan Doering. *Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 26, n. 149, nov. 2018, p. 275.

⁵ POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do Direito*. Tradução de FERREIRA E SILVA, Evandro; CAMARGO, Jefferson Luiz; et al. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011. p. 167.

⁶ BINDER, Alberto M. *A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 95.

democrático. Vicissitudes e percalços acompanharam o instituto desde a sua primeira positivação até o seu patamar atual no direito processual moderno.⁷

2.1 Reminiscências históricas

A primeira utilização da expressão presunção de inocência é atribuída ao cardeal francês Johannes Monachus (Jean Lemoine), jurista canônico que, entre os séculos XIII e XIV, desenvolveu amplo estudo a propósito dos direitos do acusado no processo criminal.⁸ Ao analisar a possibilidade do réu ser processado sem ter ciência da acusação, sustentou que tanto a citação como a sentença eram indispensáveis ao devido processo legal, uma vez que o próprio Deus onisciente permitiu a Adão que apresentasse sua versão sobre o consumo do fruto da árvore proibida, como relatado no livro de Gênesis. Nessa linha, pela compreensão de que a lei se inclinaria mais para a absolvição do que para a condenação, chegou-se ao entendimento de que todos são presumidos inocentes até prova em contrário: *quilibet praesumitur innocens, nisi probetur nocens*.⁹

A ideia de que o ilícito deve ser provado para que a condenação do acusado seja possível, contudo, é mais frequentemente associada a um período

⁷ Antônio Magalhães Gomes Filho adverte a propósito da natureza polêmica e instável dos princípios penais e processuais penais, destacando especialmente a presunção de inocência sempre como foco de contestação não apenas por parte daqueles que vislumbram nela um indevido favor aos delinquentes, mas igualmente pelos críticos que ressaltam sua função político-retórica, de incutir na sociedade a falsa ideia de que a repressão penal é atividade estatal realizada com estrita observância dos direitos individuais (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 121).

⁸ ULLMANN, Walter. *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*. In: Collected Studies Series: CS283: Ashgate/Variorum, 1988. No mesmo sentido PENNINGTON, Kenneth. *Innocent until proven guilty: The origins of legal maxim*. In: *The Jurist*, v. 63, n. 1, 2003. p. 116.

⁹ PENNINGTON, Kenneth. *The prince and the law, 1200-1600: sovereignty and rights in the western legal tradition*. University of California Press, 1993. p. 162. Em outro trabalho, o mesmo autor trata da importância do argumento sobre a origem bíblica das regras do processo canônico-romano – *ordo iudiciarius* –, ao referenciar o trabalho de um outro jurista romano, chamado Paucapalea, que por volta de 1150 foi o primeiro a relacionar o devido processo ao mito de Adão e Eva no paraíso. Se antes prevalecia a ideia de que as regras de procedimento eram meramente legais e estavam sujeitas ao arbítrio soberano, que poderia afastá-las, por outro lado, se o novo paradigma era extraído diretamente do livro sagrado, então as regras fundamentais do processo transcenderiam a lei e vinculariam até mesmo os magistrados e soberanos. Para o autor, embora o argumento de Paucapalea fosse ingênuo, foi potente suficiente para carregar seu caráter pedagógico até pelo menos o século XVII (PENNINGTON, Kenneth. *Innocent until proven guilty: The origins of legal maxim*. In: *The Jurist*, v. 63, n. 1, 2003. pp. 112 a 116).

mais remoto da antiguidade romana, especialmente por conta da influência do cristianismo.¹⁰ É possível cogitar que a origem do conceito se dê em tempos ainda mais longínquos, na antiga Babilônia (região da Mesopotâmia, atual Iraque), onde um dos mais antigos corpos de lei conhecido, o Código de Hammurabi, já estabelecia a noção geral de que recaia sobre o acusador o dever de provar suas denúncias - inclusive sob pena de morte.¹¹

De todo modo, especialmente a partir da idade média, as bases filosóficas da presunção de inocência podem ser vistas com mais fundamento e nitidez a partir da compilação legislativa realizada sob os auspícios do Imperador Justiniano I. O chamado Corpo de Direito (*Corpus Iuris Civilis*), considerado a principal fonte do Direito Romano, constitui um repertório de extratos de leis, doutrina e decisões proferidas por outros imperadores romanos entre o segundo e o sexto século da era cristã.¹² É composto pelo Código (*codex*), o Digesto (*digesta*) ou Pandectas (*pandectae*), os Institutos (*institutiones*) e as Novelas (*novellae*).¹³

Como se verá de forma detalhada mais adiante, a presunção de inocência é multifacetada e se decompõe em três significados: probatório, decisório e de tratamento. Esses três aspectos podem ser achados no *Corpus Iuris Civilis*.

Inicialmente, a propósito da figura do imputado, o *Codex* dispunha que não se formulariam acusações sem que os fatos pudessem ser provados por testemunhas, documentos ou evidências circunstanciais claras. Portanto, o ônus da prova é colocado sobre os ombros do acusador, que dele deve se desincumbir

¹⁰ Nesse sentido a obra de referência GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9.

¹¹ STUMER, Andrew. *The Presumption of Innocence - Evidential and Human Rights Perspectives*. Oxford and Portland: Hart, 2010. pp. 1 e 2. Exemplo do ônus probatório, o art. 3º do Código de Hammurabi dispõe, em tradução livre do inglês: "Se alguém fizer acusação de um crime capital perante os anciãos, e não provar o que acusou, será condenado à morte". Tradução completa em inglês disponível em <https://avalon.law.yale.edu/ancient/hamframe.asp>. Acesso em 27 jun. 2019.

¹² PINTO JÚNIOR, João José. *Curso Elementar de Direito Romano*. Recife: Typographia Economica, 1888. pp. 30 e 31. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=direct&doc_number=000047474&local_base=SE N01. Acesso em: 28 ago. 2019.

¹³ A influência do trabalho coordenado por Justiniano foi decisiva para o desenvolvimento da tradição romano-germânica do Direito, especialmente a partir de estudos desenvolvidos por escolas como o pandectismo alemão, essencialmente apoiada no *Pandectas/Digesto* como a mais importante referência do pensamento jurídico de todos os tempos (BUJÁN, Antonio Fernández de. *Derecho Público Romano*. 13ª ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2013. p. 312).

comprovando os fatos que imputa ao acusado. Evidencia-se, desse modo, naquele período histórico, o significado probatório do estado de inocência.¹⁴

O Digesto, por sua vez, que reunia escritos de grandes juristas romanos, como Ulpiano, já refletia a preocupação com possíveis injustiças, sobressaindo a preferência de que um culpado permanecesse impune a ter um inocente condenado. Também trazia as bases racionais para o significado de tratamento do imputado durante o processo criminal ao assentar que o castigo pode ser imposto somente quando o acusado é condenado em julgamento apropriado.¹⁵ Por fim, o significado de julgamento também estava presente para apontar a necessária absolvição do réu se as provas apresentadas contra ele se mostrassem incompletas ou inconclusivas, consagrando, dessa forma, o conhecido brocardo *in dubio pro reo*.¹⁶

O desenvolvimento do Direito Romano se deu acompanhando os diferentes modos de organização política (Monarquia, República e Império), com transformações graduais nas suas instituições. Nessa trajetória, talvez o seu mérito maior tenha sido incorporar definitivamente a investigação da verdade histórica - por meios racionais e constituindo a base para a decisão – como forma de reconstruir um evento hipoteticamente ocorrido e atribuído a um acusado. Essa concepção rompe com um modelo de luta para trazer evidências sobre os fatos ocorridos, sobre os quais se pronunciava em favor de um ou de outro. A publicidade foi outra característica importante do procedimento, pelo menos após o

¹⁴ C. 4.19.25. Em tradução livre do italiano: “É preciso que todos os acusadores compreendam que não devem preferir acusações a menos que possam ser provadas por testemunhas adequadas ou por documentos conclusivos, ou por evidências circunstanciais que sejam provas indubitáveis e sejam mais claras do que a luz do dia” (o fragmento foi traduzido da obra em italiano VIGNALI, Giovanni; GODEFROY, Dionysius; FREIESLEBEN, Christoph Heinrich; et al. *Corpo del diritto : corredato delle note di Dionisio Gotofredo, e di C.E. Freiesleben altrimenti Ferromontano, con le varianti delle leggi e con la conciliazione delle stesse fra loro proceduto della cronologia delle leggi di Roma, compilata sulle migliori opere finora pubblicate coll'aggiunzione delle Istituzioni di Cajo, dei frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno mentovate nel Corpo del diritto sia che siano raccolte in altre opere, dei Frammenti di Ulpiano, di Paolo e de Frammenti cosi detti Vaticani. Corredato in ultimo di sie indici e cronologici ed alfabetici per cura del consigliere Giovanni Vignali. La traduzione delle note di Gotofredo e di Ferromontano, sotto la direzione del sig. Vignali, è affidata all'avvocato Luigi Mezzacapo*. Napoli: Achille Morelli, 1859. codice. v. primo. p. 784).

¹⁵ D. 48.19.5 (WATSON, Alan [Org.]. *The Digest of Justinian*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998. v. 4. p. 360).

¹⁶ D. 50.17.125 (WATSON, Alan [Org.]. *The Digest of Justinian*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.v. 4. p. 478).

estabelecimento da República, e durou até os últimos tempos do Império, embora, devido às necessidades políticas dessa última, eles fossem introduzindo profundas modificações que tendiam a abolir essa instituição republicana.¹⁷

Contudo, Maurício Zanoide de Moraes, em obra de referência sobre o tema, alerta que, embora fosse possível identificar no Direito Romano o germe da presunção de inocência, não é possível sustentar que houve de fato a aplicação do princípio, a uma porque, na verdade, vigorava uma presunção de culpa que orientava a estrutura dos institutos processuais, e, por outra, porque é possível também identificar com ainda mais vigor o germe do direito penal do inimigo, presente no tratamento dispensado ao *hostis*, inimigo político que carecia mesmo de direitos em termos absolutos – neste aspecto também para aproximá-lo do Direito Penal do Autor ao marginalizar certas categorias humanas.¹⁸

Com efeito, especialmente após a instauração do império, o sistema de processo criminal foi sendo gradualmente modulado de acordo com o novo regime político que transferia a fonte da soberania do povo para o imperador.¹⁹ Embora elementos de um sistema acusatório ainda estivessem presentes, a edição de leis extraordinárias para crimes e criminosos específicos, a alteração na formatação

¹⁷ MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal - tomo I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2004. pp. 272-274.

¹⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 38 e 39. O raciocínio pode ser corroborado pela leitura da obra de Enrico Ferri, expoente da escola positivista italiana, para quem a justiça penal romana continha regras que respeitavam a realidade humana, em alguns casos com maior sinceridade e melhor fidelidade que em algumas modernas lucubrações de “dogmática jurídica” (com as aspas do autor), de onde é possível inferir que se referia, naquela época, à escola clássica iluminista, de caráter eminentemente humanista de valorização do indivíduo, em contraposição à escola positivista, que carregava forte dogmática de defesa social (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal - o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 36).

¹⁹ Ao tratar da transição para o período imperial, Anitua pontua: “No plano do direito, a luta entre o poder central real e o dos senhores feudais se traduziu no avassalamento dos direitos locais com tradição popular, mítica ou ‘pactada’ por parte de um direito estatal imposto e que reconhecia como antecedentes o direito romano imperial, que se havia conservado durante a Idade Média nas universidades e, sobretudo, na Igreja. Foi ali, numa estrutura hierarquizada, que esse direito estatal adquiriu uma maior influência, poderio e organização. Todos estes discursos sobre o direito encontravam no direito do Império Romano, como as leis de Justiniano, referências que justificavam a necessidade de um monarca forte e a própria justificativa de seus funcionários. No direito imperial romano, e no da Igreja, estes proto-funcionários encontraram a imagem de uma monarquia absoluta e administrativizada, na qual, *em lugar da liberdade, erguiam-se as ideias de ordem e justiça*” – destaque nosso (ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 40).

dos tribunais e a extensão do poder de processar criminalmente a um número crescente de servidores delegados trouxe consigo um crescimento extraordinário de acusações infundadas - no mais das vezes motivadas por sentimento de vingança - e provocou uma série de abusos e conflitos que não mais podiam ser combatidos pela cidadania representativa. A crescente perda dos direitos dos cidadãos devido ao desaparecimento das virtudes republicanas deu lugar à repressão por funcionários oficiais responsáveis por garantir a segurança pública e processar criminalmente atos puníveis que chegassem ao seu conhecimento - nasce o modelo autoritário de ação penal pública reconhecido como pilar fundamental da Inquisição.²⁰

2.2 Inquisição

O advento do sistema inquisitivo como modo de resolução de conflitos no campo penal foi produto de uma profunda mudança política a partir do fim da idade Média, como resultado do conflito entre o poder feudal e monárquico sobre a forma de exercício de poder centralizador caracterizador do absolutismo ou monarquia absolutista. Embora o axioma romano de que é preferível um culpado escapar livre a um inocente ser condenado continuasse a ser proclamado – e o continuaria até a Revolução Francesa - foi gradualmente sendo substituído por outro adágio, muito menos favorável aos acusados: *qui malis parcit, bonis nocet* (quem poupa o culpado, pune o inocente).²¹

20 MAIER, Julio B. J. Derecho Procesal Penal - tomo I, Fundamentos. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2004. pp. 284-286. Zanoide de Moraes, por seu turno, ao tratar do procedimento que vigorava no período imperial - *cognitio extra ordinem* -, alerta que, mesmo que estivesse baseado na presunção de culpa, havia preceitos favoráveis ao réu, inclusive uma diretriz que apontava para a declaração da inocência do acusado na falta de demonstração segura e convincente do fato pelo acusador. Contudo, para o autor, essa mitigação era apenas um esboço do que posteriormente viria a ser denominado *in dubio pro reo* e favor rei, e estava longe de representar em sua completude a presunção de inocência (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 28).

21 QUINTARD-MORENAS, François. *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*. In: *The American Journal of Comparative Law*, v. 58. jan. 2010, p. 119, 2010. Disponível em: <https://works.bepress.com/francois_quintard_morenas/1/>. Acesso em 31 mai. 2019.

Especialmente a partir de meados do século XII, a Europa começou a sofrer com a turbulência política resultante da mudança das forças até então estabelecidas. O grande crescimento das cidades para fora dos limites dos feudos deu origem a uma nova estruturação de poder legitimada pela linhagem hereditária. O crescente agrupamento sob lideranças que precisavam cada vez mais de força política e militar para sustentar um processo de expansão econômica e territorial implicava a necessidade de o poder central obter subserviência e obediência absoluta – embora nem sempre voluntária - por parte dos povos subjugados.²²

A progressiva degradação da situação do acusado pode ser creditada a esse novo modelo de organização e distribuição do poder entre o soberano e eclesiástico - ambos com o objetivo de ampliar seu campo de influência territorial, econômica e, no caso da igreja, confessional - o fortalecimento dos seus domínios como mecanismo simbiótico de proteção e consolidação do poder absoluto.

Pela perspectiva específica do processo criminal, a luta travada pela igreja ainda nos tempos do Estado Romano ajudou a reavivar a cultura jurídica de combate aos inimigos – “hostis judicatus”. Nesse contexto foi decisivo o pontificado de Inocêncio III, quando teve lugar o Quarto Concílio de Latrão, que, além de organizar o papado como monarquia, introduziu modificações no direito canônico para abolir os chamados “juízos de deus” e instituir formalmente o processo inquisitório, com o objetivo inicial de investigar a atuação dos clérigos que atuavam em desacordo com a ortodoxia cristã.²³

Até certo ponto, para os acusados em geral a ascensão da justiça eclesiástica trouxe benefícios, porque se buscava recuperar os preceitos acusatórios que um dia haviam disciplinado o direito romano e representava a racionalização do litígio pela reconstrução da verdade histórica em lugar do imponderável divino.

²² ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 47 e 48.

²³ Uma “justiça da igreja”, inicialmente de viés nitidamente disciplinar contra as más condutas dos clérigos, recuperava características próprias do direito inquisitivo canônico: i- iniciativa da ação *ex officio*; ii – sigilo; iii – iniciativa instrutória do juiz; iv – *primazia da confissão como “rainha das provas”* - destaques no original (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 48).

Contudo, a influência da Igreja não ficaria limitada ao espectro restrito *interna corporis*, ampliando paulatinamente sua atuação para investigar os casos de heresia. A caracterização *ex officio* dos procedimentos de investigação permitiu à igreja e aos poderes seculares promoverem campanhas públicas contra o crime baseado na nova jurisprudência que tomava corpo: *rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita* - é do interesse público que crimes não permaneçam impunes.²⁴

Essa concepção baseada na defesa social passa a permitir delações secretas e rumores como partida para ações que promoveriam juízos e castigos, subverte o sistema acusatório e permite o florescimento do processo criminal tipicamente inquisitivo, em íntima parceria com o direito canônico, que recuperava suas formas exibidas no processo romano imperial.²⁵

A realidade que se impôs aos acusados em geral evidenciava tanto a importância da confissão como forma de averiguação da verdade como noção de “estado em pecado”, que define a utilidade da penitência e do castigo como base para reconversão do culpado. O processo inquisitório era o instrumento para aferir o estado de pecado ou seu equivalente civil de animosidade do delinquente em face dos poderes instituídos. Por essa lógica, se havia indivíduos que, por sua personalidade, viviam em pecado, seria necessário que existissem outros, dotados de virtude, que se encarregassem de corrigi-los e, sobretudo, denunciá-los, para

²⁴ FRAHER, Richard M. Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof. In: Law and History Review, v. 7, n. 1, 1989. pp. 24 e 25. Sobre a origem do adágio *rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita* durante o papado de Inocêncio III, vide obra do mesmo autor *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita*. In: University of Illinois Law Review, v. 1984, 3, p. 577–596, 1984, pp. 577 e ss.

²⁵ Richard Fraher aborda o tema sobre os requisitos para a deflagração de um processo inquisitorial ao tratar do *Tractatus de fama*, do jurista canônico Thomas de Piperata. O conceito de *fama* teria sido emprestado da tradição romana como gatilho para a aplicação do procedimento mais rigoroso próprio da inquisição - a analogia utilizada pelo autor faz um paralelo entre *fama* e a *probable cause* (justa causa) para a persecução penal. Contudo, o significado se apresenta muito mais aberto e concessivo quando o próprio Piperata define *fama* como algo que as pessoas de uma cidade, vila ou distrito geralmente acreditam mas não têm convicção de que é certo, verdadeiro ou manifesto, definindo com mais fidelidade o mero rumor ou boato como suficientes para afastar a presunção de inocência do acusado e movimentar a máquina inquisitiva (FRAHER, Richard M. *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*. In: Law and History Review, v. 7, n. 1, pp. 23–88, 1989. p. 33-34). Foucault tratava dessas evidências provenientes da opinião pública como “indícios longíncuos” ou “adminículos” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir - história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramalheite. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 33)

impedir o contágio das ovelhas boas ou inocentes. Mais do que usurpar as funções estatais, o poder instituído se apropriava das relações interpessoais e do próprio conflito como forma de exercício de poder. O monopólio do *jus puniendi* passa a substituir também o papel da vítima como titular da lesão sofrida, papel que passa a ser incorporado pelo Estado, que estaria sempre pronto para exigir reparação por meio da aplicação de um castigo. A decisão sobre a existência do delito era emitida em nome da verdade determinada a partir de investigação promovida pela nova burocracia inquisitorial.²⁶

Nesse período eram comuns longas detenções sem condenação formada, ou mesmo antes do interrogatório do acusado - embora a lei determinasse a sua oitiva no prazo de 24 horas após a detenção – e frequentemente suspeitos nessas condições eram confinados junto a criminosos condenados em prisões insalubres - embora a norma determinasse a separação.

Mas foi a legalização da tortura que violou a presunção de inocência de maneira mais intensa. Gradualmente restrita a casos de pena de morte nos quais as provas contra o acusado eram esmagadoras, a tortura era considerada uma ferramenta necessária para extorquir uma confissão de indivíduos cuja aptidão para mentira era desde logo presumida. A relativa indiferença da população em geral com a situação terrível dos acusados por crimes, combinada com a ampla difusão entre os juristas de que a tortura não se caracterizava como punição, e de que a humanização da persecução penal encorajaria a prática de crimes, contribuíram para a disseminação da prática, inclusive na fase investigativa.²⁷

A campanha social contra a heresia, traição e sedição também ajudam a explicar o aumento da tortura no período. Esses eram delitos que apresentavam elementos eminentemente intelectuais e, por isso, determinantes para que sevícias fossem aplicadas como forma de obtenção da única prova possível: a confissão. A

²⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. pp. 42 a 46. Sobre o giro de 180 graus do processo penal - de um debate oral e público para uma investigação secreta e documental sustentada por um inquisidor, transformando o acusado de sujeito do processo para objeto de investigação -, vide MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal - tomo I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2004. pp. 292 e ss.

²⁷ QUINTARD-MORENAS, François. The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions. In: *The American Journal of Comparative Law*, v. 58, n. jan. 2010, p. 120 e 121. Disponível em: <https://works.bepress.com/francois_quintard_morenas/1/>. Acesso em 31 mai. 2019.

prevalência da acusação de crimes cometidos apenas no coração e na mente levou ao emprego de dispositivos que pudessem investigá-los e violar a vontade de resistir do acusado.²⁸

Mas esse mecanismo cerimonioso de suplício não exercia apenas a função de repressão à dissidência política e religiosa; também auxiliava na manutenção da ordem soberana pela sua função simbólica porquanto, além de marcar o corpo do condenado com o estigma da sua condição de criminoso, também marcava a consciência coletiva sobre o poder do monarca.²⁹ Foucault aborda essa lógica repressiva com precisão:

[...] o suplício faz parte de um ritual. É um elemento da liturgia punitiva, e que obedece a duas exigências. Em relação à vítima, ele deve ser marcante: destina-se, ou pela cicatriz que deixa o corpo, ou pela ostentação de que se acompanha, a tornar infame aquele que é sua vítima; o suplício, mesmo se tem como função “purgar” o crime, não reconcilia; traça em torno, ou melhor, sobre o próprio corpo do condenado sinais que não devem se apagar; a memória dos homens, em todo caso, guardará a lembrança da exposição, da roda, da tortura ou do sofrimento devidamente constatados. E pelo lado da justiça que o impõe, o suplício deve ser ostentoso, deve ser constatado por todos, um pouco como seu triunfo. O próprio excesso de violências cometidas é uma das peças de sua glória: o fato de o culpado gemer ou gritar com os golpes não constitui algo de acessório ou vergonhoso, mas é o próprio cerimonial da justiça que se manifesta em sua força. Por isso, sem dúvida é que os suplícios se prolongam ainda depois da morte: cadáveres queimados, cinzas jogadas ao vento, corpos arrastados na grade, expostos à beira das estradas. A justiça persegue o corpo além de qualquer sofrimento possível.³⁰

²⁸ FRAHER, Richard M. Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof. In: *Law and History Review*, v. 7, n. 1, p. 23–88, 1989. p. 62.

²⁹ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 106. Aqui o autor explica a origem da palavra estigma como vocábulo grego para tatuagem, o que é bastante apropriado quando tratamos de poder penal, que naquela época procurava marcar de forma permanente o apenado.

³⁰ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir - história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 31 e 32. Sobre a utilização do Direito Penal como instrumento de manutenção da ordem pública, Basileu Garcia explica que “Toda a encenação das penas objetivava infundir o terror que se acreditava ter a virtude de arredar crimes. O escopo de intimidação era a mola central do Direito Penal. A morte não bastava para aplacar a vindicta pública. Comumente, arrasava-se a casa do sentenciado, confiscavam-se-lhe os bens, atingindo-se pessoas inocentes, com o que a pena se tornava aberrante, descuidando a regra, a custo implantada e robustecida, da personalidade da responsabilidade. A infâmia alcançava os descendentes do morto.” (GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, t. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956. pp. 16 e 17).

Essas características perniciosas que prevaleceram durante o *ancien régime* absolutista, característico do continente europeu na Baixa Idade Média, evidenciam a utilidade dessa permanente condição de emergência punitivista especificada no provérbio *rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita*, como forma de subjugação popular e de manutenção e consolidação do poder monárquico despótico. Assim, embora as bases jusfilosóficas da presunção de inocência estivessem presentes na teoria desde o direito romano republicano, e continuassem a ser reafirmadas no âmbito doutrinário e jurisprudencial,³¹ o que prevaleceu no período foi a sua subversão estabelecida pelo terror como método para impor sanções e combater adversários, que constituíam objetos mas não sujeitos do processo, tudo inserido sob o amplo pretexto de que impunidade leva à delinquência.

2.3 Iluminismo, Escola Clássica e Revolução Francesa – a primeira positivação

Após o longo período de terror medieval, que perdurou por mais de seis séculos, sobreveio um tempo de reformas liberais. O abuso da soberania pelo príncipe investido por Deus, especialmente pela aplicação de longas e ferozes sevícias corporais, dá ensejo a um movimento jusfilosófico de caráter racional e liberal, que redimensiona o indivíduo como fonte legitimadora do poder político e titular de direitos naturais inerentes e independentes de colocação pela autoridade estatal, que, por sua vez, deve respeitá-los e protegê-los.

O iluminismo tratava essencialmente da necessidade de limitação do poder. No questionamento da velha ordem, o movimento reformador

³¹ Para a validade do princípio de que todos são inocentes até prova em contrário durante a idade média, ver ULLMANN, Walter. *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*. In: *Variorum Collected Studies Series: CS283*. Aldershot/Burlington: Ashgate/Variorum, 1988. p. 486 e ss. Para a ilegalidade da aplicação da tortura fora dos parâmetros exigidos pela norma, que não autorizava sua aplicação ao acusado sem culpa formada, ver HAZELTINE, Harold Dexter; ULLMANN, Walter. *Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna: A Study in Fourteenth-Century Legal Scholarship*. 8ª ed. Nova Iorque: Barnes & Noble, 1969. p. 159 e ss. Para a origem obscura no Digesto de Justiniano da expressão *rei publicae interest, ne crimina remaneant impunita*, que serviu para subverter, na prática, a garantia vigente do acusado de ser presumido inocente até prova em contrário, ver FRAHER, Richard M. *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita*. In: *University of Illinois Law Review*, v. 1984, 3, pp. 589 e ss.

desempenharia um papel preponderante tanto na defesa de valores liberais como na tolerância religiosa, com críticas severas ao aparato autoritário eclesiástico em vigor. O crescente questionamento das hierarquias sociais torna a teoria dos direitos naturais, proclamada por autores como Locke e Rousseau, verdadeiramente revolucionária.

Nesse contexto, a obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, marcava a liberdade política como aquela capaz de assegurar a independência do cidadão para fazer o que quisesse - e não o que fosse forçado a querer - dentro das balizas legais. Concebia-se um regime político moderado, como aquele capaz de criar poderes apartados, equilibrados e autocontidos na garantia da liberdade do indivíduo.³² O próprio autor, contudo, destacava a dificuldade de superar o regime prevalente autoritário pela estruturação desse tipo de regime político ideal.

Após tudo o que dissemos, pareceria normal que a natureza humana se levantasse sem cessar contra o governo despótico. Mas, malgrado o amor dos homens pela liberdade, malgrado seu ódio pela violência, a maioria dos povos estão a ele submetidos. É fácil de entender. Para formar um governo moderado, devem-se combinar os poderes, regulá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar, por assim dizer, maior peso a um deles, para colocá-lo em condições de resistir a outro; é uma obra prima de legislação, que o acaso cria raramente e que raramente se deixa à prudência. Um governo despótico, pelo contrário, salta, por assim dizer, aos olhos; é uniforme por toda parte: como só precisamos de paixões para estabelecê-lo, todos são bons para isso.³³

Como se viu, a preocupação principal do pensamento político iluminista não era outra senão a liberdade individual, compreendida como autonomia da conduta humana em face do poder.³⁴ Nem religião, nem família, nem alimentação ou educação poderiam sofrer interferência, dados esses aspectos como inseridos na ampla esfera privada do cidadão. Apenas uma pequena parcela da vida do homem poderia ser modulada pelo Estado, especialmente aquelas relacionadas ao

³² MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 166.

³³ MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 74.

³⁴ Zaffaroni não trata o discurso penal da época como unidade ideológica - porque não era uniforme - mas como uma unidade antropológica, ou um conjunto de versões antropológicas que se uniam pela imagem do ser humano como portador de uma consciência moral (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 84).

convívio ordenado em sociedade. A esfera privada, contudo, deveria ser muito mais ampla, onde cada um seria senhor de si mesmo, fora do alcance do Estado, que teria limites claramente traçados pelos direitos fundamentais do homem.³⁵

No período, a origem para os direitos do homem deixa de ser pertinente para que o Estado tenha o dever de protegê-los; Deus, natureza, história ou consenso são indiferentes para que liberdades como religião, opinião, imprensa, reunião e associação sejam garantidas a todo homem enquanto tal, independentemente de serem postos pelo poder político, que, por sua vez, deve não apenas respeitá-los, mas garanti-los. Essa classe de liberdades individuais passa a ser enxergada como limite à validade material do próprio Estado e apenas o seu pleno reconhecimento poderia garantir a contenção de poder político necessária para que, inclusive, outros direitos fundamentais e sociais pudessem vir a ser reconhecidos sem nunca diminuir o campo de liberdades.³⁶

No âmbito processual penal o movimento iluminista representa o rompimento filosófico com o modelo medieval inquisitório e tormentoso que presumia a culpabilidade do imputado. As exigências de racionalidade na aplicação do Direito e a difusão de convicções liberalizantes fez surgir a intitulada Escola Clássica do Direito Penal.³⁷

Essa nova conjuntura reformadora representou o desmanche de um processo penal absolutista, superado pelos ideais de liberalismo individual. De valores como a divisão de poderes derivou a independência dos magistrados, que deveriam, então, atuar de forma imparcial na tutela de interesses coletivos e individuais. O reconhecimento de direitos fundamentais, por sua vez, teve como consequência que o imputado foi elevado a sujeito do processo, titular de dignidade humana e de direito à ampla defesa. Também a reserva legal trouxe garantias de

³⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A revisão da doutrina democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 59, 1984. p. 8 e 9.

³⁶ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade - para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 100.

³⁷ Para Zaffaroni, a chamada Escola Clássica não passou de uma invenção dos positivistas para reunir todo o pensamento liberal no mesmo grupo e desqualificá-lo. Para o autor, o que existiu no período foi um interessantíssimo e profundo momento filosófico de crítica ao modelo penal, com maior ou menor rejeição a dados empíricos, em geral inclinado ao método de dedução, mas não totalmente (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 85).

que a esfera de liberdade do imputado somente poderia ser vulnerada com base nas leis.³⁸

Especialmente a partir do século XVIII, a emergência do indivíduo como detentor de garantias que se contrapunha ao exercício arbitrário ou excessivo do poder caracterizaria os direitos fundamentais de primeira geração. Essas novas diretivas de um processo penal leal viriam mesmo a conformar a noção de Estado de Direito. É nesse contexto que adquire relevo a presunção de inocência como causa humanística de tratar acusados com igualdade e civilidade, pois naquela posição poderiam figurar culpados ou inocentes.

Dentre os juristas representantes da Escola Clássica, talvez o mais notório tenha sido justamente o autor de uma única obra sobre direito penal: Cesare Beccaria. O nobre milanês escreveu em 1764 o multicitado livro *Dos Delitos e das Penas*, que condensava o pensamento de ruptura³⁹ com o modelo de terror vigente e tratava de temas como a erradicação da tortura como meio de obtenção de prova,⁴⁰ da abolição da pena de morte,⁴¹ da necessidade de julgamentos públicos e céleres e de penas consistentes e proporcionais,⁴² dentre outras análises e

³⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 2000. p. 10 e 11.

³⁹ Beccaria não deixa dúvidas sobre esse propósito ao começar sua obra com uma crítica contundente ao *Corpus Juris Civilis* de Justiniano, que então formava a base da tradição doutrinária na Europa continental, tratando-o como calhamaços confusos produzidos por intérpretes particulares e obscuros (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 17).

⁴⁰ O autor qualificava a tortura como o meio mais seguro para condenar um inocente mais fraco e absolver um delinquente robusto, que teria mais condições de suportar as sevícias (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64).

⁴¹ Para Bobbio a obra de Beccaria foi a primeira a tratar seriamente do problema e propor argumentos racionais de fundo essencialmente utilitarista contra a pena de morte, como, por exemplo, que a intimidação nasce não da intensidade da pena, mas de sua extensão, como é o caso da prisão perpétua. Assim, a pena de morte seria muito intensa, ao passo que a prisão perpétua muito extensa. Portanto, para Beccaria, a perda perpétua total da própria liberdade teria mais força intimidatória do que a pena de morte (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 68 e 69). Também destacando a importância da obra para o debate sobre a abolição da pena de morte ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 89.

⁴² Segundo Beccaria, o que seria eficaz para prevenir delitos não é a crueldade das penas, mas a sua certeza. Daí porque uma pena branda, mas inexorável, sempre causaria mais temor que um castigo mais severo unido à esperança de impunidade (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 87).

proposições que buscavam humanizar o direito penal. A propósito da presunção de inocência, tratou assim:

Um homem não pode ser chamado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada. Qual é, pois, o direito, senão o da força, que dá ao juiz o poder de aplicar pena ao cidadão, enquanto existe dúvida sobre sua culpabilidade ou inocência? Não é novo este dilema: ou o delito é certo ou incerto. Se é certo, não lhe convém outra pena se não a estabelecida pelas leis, e inúteis são os tormentos, pois é inútil a confissão do réu. Se é incerto, não se deveria atormentar o inocente, pois é inocente, segundo a lei, o homem cujos delitos não são provados.⁴³

O pensamento liberal consubstanciado no indivíduo como a fonte legitimadora do poder e titular de direitos naturais inerentes que precedem o próprio Estado ganhou corpo partir do século XVII e culminou com revoluções liberais no século XVIII, iniciadas com a Revolução Americana de 1776, e, especialmente importante para o objeto deste trabalho, a Revolução Francesa.

A ascensão de uma nova burguesia mercante como resultado da revolução industrial provocou um crescente questionamento das ordens hierárquicas e eclesiásticas tradicionais para, finalmente, contraditar o próprio poder monárquico absolutista. O Direito Natural assume um novo papel como instrumento de protesto, progressivo e individualista. Na base do questionamento da velha ordem, tanto no âmbito científico quanto no filosófico, estava a enorme confiança depositada na mente humana que, entre outras coisas, seria artífice do progresso humano, uma ideia que permitia sonhar com uma sociedade que, organizada de acordo com base na razão, melhoraria indefinidamente.⁴⁴

No campo penal, a disputa pela limitação do poder punitivo até então hegemônico, que por sua vez buscava combater quaisquer dessas iniciativas, implicava na necessidade de recorrer a argumentos mais racionais – ou menos irracionais – possíveis para colocar em evidência os abusos vigentes; essa dinâmica representou um terreno fértil para o pensamento do direito penal. Dentro

⁴³ BECCARIA, Cesare Bonsana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 61.

⁴⁴ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p 125 a 137.

deste movimento de luta política, o reconhecimento dos direitos do homem resulta de uma amálgama filosófica argumentativa que compartilhava as mesmas fontes que elevavam o direito subjetivo ao primeiro plano jurídico, embora fosse composta por grupos de pensamentos distintos: enquanto os ilustrados pretendiam fazer uma revolução política a partir do poder, movimento característico do despotismo ilustrado, o pensamento revolucionário proclamava a necessidade de destruir o poder vigente e substituí-lo por outro.⁴⁵ Mas foi este último, o revolucionário, que melhor definiu o direito natural liberal que defendia a existência de direitos naturais anteriores ao Estado e que, portanto, fundamentavam o direito de resistência e revolução.⁴⁶

A Revolução Americana teve origem no desejo das colônias inglesas na América de obter os mesmos direitos que, desde a *Bill of Rights* de 1689, protegiam os indivíduos ingleses e suas propriedades. Em 4 de julho de 1776 as colônias americanas se declararam independentes. No mesmo ano a Virgínia empreendeu a redação de uma declaração de direitos que afirmava a igualdade entre todos os homens, documento que viria a servir de modelo para a Declaração de Direitos posteriormente incorporada à Constituição dos Estados Unidos da América através da edição da Primeira Emenda.⁴⁷

Embora esses fatos precursores tenham tido grande influência sobre os eventos decorridos na França revolucionária doze anos depois, não se tratou da presunção de inocência nos documentos produzidos no continente americano.

No continente europeu, por outro lado, mesmo antes da Revolução Francesa irromper, o direito do acusado ser presumido inocente já recebia

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - parte general II*. Buenos Aires: Ediar, 1987. p. 74 e 75

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 84 a 86.

⁴⁷ RICHER, Laurent. *Les Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: Economica, 1982. p. 16.

condescendente benção real quando o Rei Luís XVI o definiu, em 1788, como o primeiro dos princípios em matéria criminal.⁴⁸

Contudo, essas e outras concessões produzidas quando já se ouviam os estertores da monarquia não foram suficientes para aplacar a insatisfação geral das massas sociais com séculos de autoritarismo e privilégios feudais e aristocráticos, e que agora eram impulsionadas pelos ideais libertários de liberdade, igualdade e fraternidade.

A destruição da Bastilha, em 1789, representou muito mais do que a ruína de um mero edifício; o grande castelo representava a personificação da opressão que mantinha cidadãos sob restrições arbitrárias em masmorras fétidas.⁴⁹ A isso se seguiram desdobramentos do movimento revolucionário que culminou com a Assembleia Nacional Constituinte, que teve lugar em 2 de outubro e dela resultou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consagrava diversos princípios jurídicos fundamentais para a tradição processual constitucional, como a proibição de prisões arbitrárias (art. 7º); o princípio da necessidade das penas (art. 8º); o princípio da legalidade (art. 8º); e, especialmente para o tema deste trabalho, o princípio da presunção de inocência (art. 9º).⁵⁰

Com efeito, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foi o primeiro documento legal a trazer expressa a necessidade do imputado ser tratado como inocente até que provas suficientes sobre sua culpa sejam apresentadas, da seguinte maneira, *verbis*: “Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne

⁴⁸ Na ocasião foi proibido o uso de trajes de prisioneiros pelos suspeitos; foi imposta a obrigação de publicação de sentenças absolutórias para recomposição da reputação do acusado absolvido; e, por fim, também foi abolido o uso humilhante do *sellette*, uma pequena banqueta em que o acusado se sentava em posição de inferioridade na sala de audiências durante o interrogatório (QUINTARD-MORENAS, François. *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*. *The American Journal of Comparative Law*, v. 58, n. jan. 2010, p. 122. Disponível em: <https://works.bepress.com/francois_quintard_morenas/1/>. Acesso em 31 mai. 2019).

⁴⁹ COXE, H. Cleveland. *Personal Liberty in France*. In: *Yale Law Journal*, v. 13, n. 5. 1903-1904. p. 216.

⁵⁰ Versão integral disponível na língua francesa em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 18 jun. 2019.

serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi".⁵¹

O texto adotado pelos revolucionários evidencia o duplo significado do preceito, declarado como direito natural, inalienável e sagrado do homem: de um lado, regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a provar sua inocência, desde logo presumida; por outro lado, o princípio impede a restrição da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpabilidade, salvo nos casos de absoluta necessidade.⁵²

Por esses aspectos é que a Revolução Francesa representou uma alteração de status para os acusados em geral, com modificações simbólicas que representavam efetiva ruptura com o passado histórico, que se seguiu a uma internacionalização da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão após a ascensão de Napoleão Bonaparte, que exportava aos territórios conquistados as bases da reforma política implementada na França.⁵³

A eclosão desse novo modelo de processo criminal renovado pelo espírito de liberdade individual revolucionário altera a perspectiva sobre o acusado, que passa a ter a garantia, agora formal, de ser tratado como inocente até a demonstração da sua culpa, formada no âmbito de um devido processo legal, que não seria mais uma sequência de atos destinados a confirmar uma conclusão prévia do inquisidor; investigar não significaria mais confirmar um resultado preconcebido ou conveniente; cognição não seria mais sinônimo para desígnio político ou religioso; prova não seria mais resultado da manipulação dos termos e da vontade de quem pudesse e quisesse colaborar para a elucidação dos fatos; o novo processo não seria sigiloso para o acusado, que poderia, então exercer sua defesa e contraditar a acusação, com respeito à sua integridade física, religiosa e

⁵¹ Em tradução livre: "Todo homem é considerado inocente até ser declarado culpado e, se for indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à detenção da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

⁵² GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 9.

⁵³ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 150 e 151.

moral; e, por fim, teria sua causa examinada e decidida por um juiz imparcial, que, por sua vez, estaria sujeita ao reexame por meio da interposição de recurso.⁵⁴

O legado da Revolução Francesa, contudo, é controverso.⁵⁵ Especialmente pelos acontecimentos subsequentes do processo revolucionário, no período conhecido como Terror jacobino – com o uso generoso da guilhotina contra os opositores –, se constatou o enfraquecimento popular e reforço das burocracias invertia a lógica republicana revolucionária original para adotar um direito penal máximo.⁵⁶

Novamente se via o processo penal ser instrumentalizado pelo poder estatal para que colocasse em prática seus desígnios frente aos opositores. O espírito de liberdade revolucionária era contrastado com a necessidade de centralização de poderes necessária para a consolidação do novo regime político.⁵⁷ O cenário perturbador de guerras externas motivadas pela contestação do novo modelo republicano no continente europeu era motivo para que a presunção de inocência fosse identificada como limitadora para a consolidação do poder. Em detrimento ao avanço humanitário iluminista, não se criavam verdadeiramente condições procedimentais para que a presunção de inocência pudesse ser efetivada e, ao revés, o conceito de *hostis* romano era reprimado para apontar os inimigos da revolução e ressuscitar a presunção de culpa dos acusados.⁵⁸

⁵⁴ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 78 e 79.

⁵⁵ Pouco mais de 100 anos após a Revolução Francesa, H. Cleveland Coxe fazia um balanço a propósito das liberdades do indivíduo na França após a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. O autor ponderava que, embora observasse a palavra “liberdade” gravada em toda parte na França, e que todos os homens fossem iguais e livres, a liberdade do cidadão permanecia em uma situação estranha e especula que a implementação legislativa daquelas inovações liberais tenha sido prejudicada pelo ambiente continental tumultuado que sucedeu o período revolucionário. Para o autor, que escrevia já no início do século XX, o câncer do despotismo não havia sido completamente erradicado, e a presunção de inocência, embora expressa na constituição, era apenas inferida no Código de Instrução Criminal, o que, na prática, implicava que a inocência não era presumida até que fosse completamente provada (COXE, H. Cleveland. *Personal Liberty in France*. In: Yale Law Journal, v. 13, n. 5, p. 217 e 218).

⁵⁶ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008. p. 152 e 153.

⁵⁷ HOBBSAWM, Eric J. *A Revolução Francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchell. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996. p. 40 e 41.

⁵⁸ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 78 e 79.

Entretanto, é inegável que os princípios de 1789 constituíram verdadeira inspiração para a luta pela liberdade individual e foram, por isso mesmo, objeto de vigorosa confrontação reacionária. Com efeito, com todas as suas idiossincrasias e contradições, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e seus conceitos limitadores do poder representaram um marco civilizatório fundamental. A forma de tratamento dos acusados durante o processo foi revista para não permitir qualquer dedução social, física ou moral, ou restrição de direitos, que representasse sanção antes da formação da culpa.

2.4 As escolas positivista e técnico-jurídica como contracorrente humanista

O fim do século XVIII ainda se revelaria profícuo em transformações que ultrapassariam o campo do pensamento político para alcançar com força o econômico a partir do processo conhecido como Revolução Industrial. Trata-se de momento decisivo para o desenvolvimento do capitalismo ocidental. Se a revolução mercantil implicou a necessidade de um novo modelo burocrático que viabilizasse a exploração de novos territórios ultramarinos para a obtenção e concentração de novas riquezas, a Revolução Industrial representava a necessidade de rápidas inovações tecnológicas e novas formas de organização do poder político e punitivo face aos inúmeros problemas que passaram a fazer parte do cotidiano em novas grandes concentrações urbanas.

Questões como o direito de propriedade passaram a definir a forma de repressão criminal e influir criticamente no pensamento político liberal, que justificaria não apenas a limitação do poder estatal, mas também determinaria uma inclinação mais favorável aos detentores dos meios produtivos, integrantes de uma nova e fortalecida burguesia, em detrimento repressivo de uma também nova classe trabalhadora, que crescia em ritmo ainda maior.

O deslocamento maciço da população rural feudal aos grandes centros urbanos não representou necessariamente uma melhora nas condições de vida, que passou a viver amontoada nas zonas urbanas, em condições absolutamente precárias e ainda muito longe de qualquer noção de bem-estar social. Essa nova conformação das cidades, que fermentava latentes insatisfações em um ambiente

de ampla desigualdade social foi acompanhada de elevados índices de criminalidade e violência.

Uma das consequências dessa nova realidade emergente já foi vista neste trabalho: embora os ideais iluministas de liberdade individual tenham norteado os acontecimentos de 1789, esses ideais não foram completamente implementados na subsequente República.⁵⁹ A coexistência entre os ideais liberais e uma nova realidade de crescentes conflitos sociais acabou por modular a defesa intransigente do indivíduo para a necessidade de defesa social, negando o valor atribuído à presunção de inocência pela intitulada Escola Clássica.⁶⁰

O debate acadêmico passa a contemplar estudos desenvolvidos pelos adeptos do positivismo, que se propõe a avaliar fenômenos criminais a partir de critérios fornecidos pelas ciências biológicas e sociais. Sob uma ótica de defesa social, uma parte das conquistas liberais revolucionárias passa ter sua efetividade contestada.⁶¹

Nesse passo, a lógica para a legitimidade da intervenção estatal efetiva deixa de ser fundamentada em justificção ética e abre caminho para a tese de que apenas o poder efetivo é legítimo.⁶² Nessa linha de defesa, se o impulso criminoso ataca a sociedade, o contra impulso da retribuição da justiça criminal o neutraliza e defende a sociedade.⁶³

⁵⁹ COXE, H. Cleveland. *Personal Liberty in France*. In: Yale Law Journal, v. 13, n. 5, p. 216.

⁶⁰ É preciso considerar, contudo, que mesmo entre os professores clássicos o “dogma da absoluta razão” não foi levado às últimas consequências e houve quem advogasse em favor da presunção de inocência apenas para os homens de bem, que deveria beneficiar apenas os cidadãos portadores de antecedentes irrepreensíveis (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 14).

⁶¹ Para Ferri “Estes princípios e critérios gerais da justiça penal nos séculos XIX e XX, nas suas aplicações práticas, deram desastrosos resultados, tais como: aumento contínuo da criminalidade e da reincidência, em particular nas associações da delinquência habitual e profissional, nos centros urbanos ou nos latifúndios isolados; aumento progressivo da criminalidade infantil e da feminina; as prisões mais confortáveis do que as casas das pessoas honestas; o agravamento financeiro dos contribuintes; defesa insuficiente dos delinquentes mais perigosos e perdição de muitos condenados menos perigosos, que seriam reutilizáveis como cidadãos honestos” (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal - o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 51).

⁶² BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade - para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 91.

⁶³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007. p. 94.

Novamente o processo penal se converte em útil instrumento de controle político e intervenção social para garantir a prevalência do interesse coletivo sobre a liberdade individual.

Enquanto o pensamento clássico defende o processo como método de modulação da pretensão punitiva do Estado, que só se legitima após a comprovação do cometimento de um crime, no positivismo a interseção com outros ramos da ciência tenta definir a sorte do suposto criminoso a partir de indicadores biológicos e antropológicos previamente definidos que fariam presumir a culpa do delinquente desde logo, de modo a legitimar a aplicação da pena da forma mais efetiva para a defesa da sociedade.

Enrico Ferri, proeminente advogado do positivismo jurídico, sustentava que todo delinquente é um anormal e daí extraía a importância das ciências biológicas e sociais para o sistema de justiça criminal:

Ora, aqui está a divergência metódica: os dados científicos sobre a personalidade – biológica e social – do delinquente não são uma “ciência auxiliar” do direito penal, como podem sê-lo a tanatologia, a traumatologia, a toxicologia, a afrodisiologia médico-legal ou como a técnica da instrução (identificação pessoal, vestígios do crime, etc.) ou ainda como os outros ramos do direito interno e comparado; mas são dados autônomos e fundamentais, sobre que, e não sobre a lógica abstrata, se torna necessário assentar a “construção jurídica” do crime e da pena, *pois que estes elementos são e devem ser inseparáveis do delinquente*. (destaque nosso).⁶⁴

Com efeito, a conquista liberal da presunção de inocência, antes vista como um pressuposto da ciência penal e referência para todas as demais garantias vinculadas ao devido processo legal, passa a ser negada pelo positivismo, preocupado sobretudo com a defesa da sociedade contra o crime.⁶⁵ Assim, o delinquente, sempre um anormal, passa a ser previamente definido e categorizado com base em critérios metajurídicos definidos pela sociologia criminal. Para Garofalo, o delinquente não se denuncia apenas pelo ato criminoso, mas pela

⁶⁴ FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal - o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 104.

⁶⁵ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Significados da presunção de inocência*. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Orgs.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006, p. 314.

coerência desse ato com certos caracteres especiais; o crime não é nele, portanto, um fato isolado, mas o sintoma de uma anomalia moral.⁶⁶

Por outra frente, a negação do proclamado direito natural encontra sua oposição mais radical. Para o positivismo, essa classe de direito não é inerente a todo indivíduo e preexistente ao Estado, mas, muito ao contrário, se trata de direito público subjetivo derivado do próprio poder do Estado, que o concede em uma limitação auto imposta.⁶⁷

Sem negar os avanços promovidos pela Escola Clássica, Ferri sustenta que o pensamento filosófico-jurídico liberal cometeu exageros, criando uma série de salvaguardas para os delinquentes em detrimento da sociedade, como efeito natural de um movimento que surgiu da necessidade de combater o absolutismo opressor. Assim, para o autor, é necessário ponderar quais seriam as verdadeiras conquistas civilizatórias, para preservá-las como marco irrevogável e estabelecer um ponto mediano de apoio e partida para novos ciclos de ação e reação.⁶⁸

Contudo, os ataques mais contundentes à presunção de inocência foram formulados pelos adeptos da chamada Escola Técnico-Jurídica, que insurgiam-se contra o conteúdo político da garantia, em nome de uma concepção autoritária das relações entre o Estado e indivíduo.⁶⁹ O movimento técnico-jurídico pretendia

⁶⁶ Como exemplo do pensamento do autor, o conjunto de observações antropométricas permitia inferir que, em regra, um desenvolvimento maior da região occipital comparada com a frontal indicaria no sujeito o predomínio de atividade relacionada com a sensibilidade impulsiva (GAROFALO, Rafaelle. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*. Tradução de Danielle Maria Gonzaga. Campinas: Péritas, 1997. p. 49 e 50).

⁶⁷ Para Bobbio “Não há dúvida de que o antijusnaturalismo prolongado, pluriargumentado e repetido deixou marcas. [...] Por outro lado, apesar da crítica antijusnaturalista, as proclamações dos direitos do homem e do cidadão não só não desapareceram, mesmo na era do positivismo jurídico, como ainda continuaram a se enriquecer com exigências sempre novas, até chegarem a englobar os direitos sociais e a fragmentar o homem abstrato em todas as suas possíveis especificações, de homem e mulher, criança e velho, sadio e doente, dando lugar a uma proliferação de cartas de direitos que fazem parecer estreita e inteiramente inadequada a afirmação dos quatro direitos da Declaração de 1789 (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 55).

⁶⁸ Em sua crítica à Escola Clássica, Ferri qualifica a obra *Dos delitos e das penas*, de Beccaria, como maravilhoso livrinho. Ainda que a importância da obra não seja proporcional ao seu tamanho - realmente se cuida de um pequeno livro -, é possível observar a ironia quando o autor continua definindo o trabalho como a expressão mais sentimental e de bom senso do que tecnicamente jurídica contra os horrores das leis penais absolutistas (FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal - o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996. p. 47 a 49).

⁶⁹ Para Vincenzo Manzini, se o escopo do processo penal é a verificação do fundamento da pretensão punitiva no caso concreto, segundo a ordem natural das coisas deve ser presumível a procedência da imputação, e não o contrário, *apud* GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 16 e 17.

recuperar o Direito Penal como ciência jurídica, repelindo a interseção com outros ramos do conhecimento, reintroduzindo a avaliação da responsabilidade pela investigação da vontade do sujeito de agir em desacordo com a lei, conjugada com a avaliação de situações exculpantes e justificantes. Por fim, segundo essa corrente doutrinária a presunção de inocência inviabiliza o processo penal como instrumento de tutela do interesse social pela repressão à criminalidade, cujo objetivo é a obtenção de certeza da culpa, que é desde logo presumida.

Os doutrinadores técnico-jurídicos tiveram protagonismo nos trabalhos de elaboração do Código de Processo Penal italiano, de 1931; que, por sua vez, serviu de base para o Código de Processo Penal brasileiro, promulgado durante a ditadura do Estado Novo, em 1941, e que ainda se encontra em vigor, embora com diversas alterações.⁷⁰

Em síntese, as escolas positivista e técnico-jurídica não admitem o princípio da presunção de inocência nos mesmos termos e com a mesma força da doutrina clássica, preocupando-se com o enfraquecimento de medidas de defesa no combate à criminalidade. Por isso mesmo representaram mais um retrocesso na efetivação dessa garantia para os acusados em geral.

2.5 O pós-guerra e o processo de internacionalização da presunção de inocência

A experiência de duas guerras mundiais no intervalo de apenas 25 anos trouxe para a comunidade internacional a necessidade premente de combater a barbárie pelo resgate de valores como a paz e direitos humanos universais.

Esse era o intento com a Liga das Nações, após a Primeira Guerra Mundial, organização internacional criada com objetivo de garantir a paz e a segurança internacionais, além de promover a cooperação econômica, social e humanitária entre seus integrantes, baseada em valores como a segurança coletiva, igualdade e proscricção da guerra pela solução pacífica das controvérsias. Entretanto, esse esforço comunitário sucumbiu ao surgimento de Estados totalitários e escalada de tensões que levou à Segunda Guerra Mundial.

⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 17.

A segunda experiência de conflagração total em pouquíssimo tempo impôs à comunidade internacional a necessidade de reformulação a partir da análise dos erros cometidos na experiência fracassada da Liga das Nações, para que um pacto supranacional pudesse resgatar valores humanos fundamentais como base a paz entre as nações.⁷¹ A Organização das Nações Unidas é criada como iniciativa dos Estados vencedores para reorganizar o mundo em bases que pudessem evitar novos conflitos armados de forma perene, especialmente a promoção da dignidade da pessoa humana, o respeito aos direitos fundamentais e proibição do uso da força na resolução de conflitos, exceto no interesse comum da comunidade internacional. Desde a sua criação foram apresentadas e discutidas propostas para que, em 1948, a Assembleia Geral, reunida em Paris, proclamasse a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No momento revolucionário liberal do século XVIII as declarações de direitos resultam de uma nova conformação do Estado que não é mais ilimitado em seu poder, não é mais um fim em si mesmo, mas meio para alcançar fins que o precedem, em verdadeira afirmação de direitos positivos e efetivos do homem. Esses direitos, embora passem a ser protegidos, valem somente no âmbito interno do Estado que o reconhece – na prática não são direitos do homem, mas apenas do cidadão. Com a Declaração Universal, de 1948, tem início uma nova fase na qual a afirmação desses direitos é ao mesmo tempo universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários não são mais apenas os cidadãos, mas todos os homens; e positiva no sentido de que não devem ser apenas proclamados e idealmente reconhecidos, mas efetivamente protegidos, inclusive contra o próprio

⁷¹ Tony Judt resume o sentimento de reabilitação que predominava no continente europeu após o encerramento dos combates na segunda guerra mundial: “A simples magnitude da calamidade europeia abriu novas oportunidades. A guerra mudou tudo. Voltar ao estado em que a situação se encontrava antes de 1939 estava fora de cogitação” (Judt, Tony. *Pós-Guerra - Uma História da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 77)

Estado que os tenha violado.⁷² O novo documento passa a ter força vinculativa ao plano normativo interno dos países subscritores, qualidade que não se verificava nas declarações revolucionárias.⁷³

O artigo 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se prove sua culpabilidade de acordo com a lei, por meio de um processo público, assegurados todos os meios de defesa.⁷⁴ Trata-se da consagração das garantias tradicionais de fundo liberal que condicionam o exercício do poder punitivo ao devido processo legal, consubstanciado na publicidade, garantia ampla de todos os meios necessários de defesa e, especialmente na presunção de inocência.⁷⁵

O propósito das nações reunidas é assegurar um processo justo - o devido processo - que assume ampla relevância como postulado que traduz uma série de garantias hoje especificadas nas várias ordens jurídicas. Nesse aspecto, o cabimento da presunção de inocência com notável destaque no texto normativo

⁷² Para Bobbio, as cartas ampliaram o seu campo de validade dos Estados particulares para o sistema internacional. Com efeito “No Preâmbulo ao Estatuto das Nações Unidas, emanado depois da tragédia da Segunda Guerra Mundial, afirma-se que doravante deverão ser protegidos os direitos do homem fora e acima dos Estados particulares, ‘se se quer evitar que o homem seja obrigado, como última instância, a rebelar-se contra a tirania e a opressão’. Três anos depois, foi solenemente aprovada a Declaração Universal dos Direitos do Homem, através da qual todos os homens da Terra, tornando-se idealmente sujeitos do direito internacional, adquiriram uma nova cidadania, a cidadania mundial, e, enquanto tais, tornaram-se potencialmente titulares do direito de exigir o respeito aos direitos fundamentais contra o seu próprio Estado. (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 18, 19 e 55).

⁷³ Ainda para o autor italiano, a luta pela afirmação dos direitos do homem no interior de cada Estado foi acompanhada pela instauração de regimes representativos, mas também passou pela concepção do aumento do poder externo do Estado em relação a outros Estados e também pelo aumento do caráter representativo dos organismos internacionais: “Chamamos de “Estados de direito” os Estados onde funciona regularmente um sistema de garantias dos direitos do homem: no mundo, existem Estados de direito e Estados não de direito. Não há dúvida de que os cidadãos que têm mais necessidade da proteção internacional são os cidadãos dos Estados não de direito (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23).

⁷⁴ Artigo 11º - 1. Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (texto integral disponível em <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/comite-brasileiro-de-direitos-humanos-e-politica-externa/DecUniDirHum.html>. Acesso em: 25 mai. 2019)

⁷⁵ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 54.

internacional eleva essa garantia de caráter pessoal a um escudo contra o retorno de um passado que ignorava as liberdades individuais.

Neste momento histórico, a presunção de inocência deixa de ter como referência internacional a construção idealista e abstrata do iluminismo do século XVIII para se apoiar nos Tratados de Direitos Humanos do pós-guerra. Com a Declaração Universal dos Direitos Humanos ganha força a tendência de universalização da proteção aos direitos do homem, vinculativa para os Estados signatários e fundados na dignidade humana como direito universal de que são titulares todos os seres humanos.⁷⁶ A sensibilidade predominante em relação aos direitos humanos fundamentais permitiu, ainda, que se seguissem algumas convenções internacionais, de escopo global ou regional, acentuando a vocação dos direitos fundamentais de expandir fronteiras.⁷⁷

A tratar especificamente da presunção de inocência, logo em 1950 foi aprovada a Convenção Europeia de Direitos Humanos, pacto regional que resulta ainda como resposta ao trauma provocado pela segunda guerra mundial, reafirmando valores democráticos e de integração entre os países, com o compromisso firme de fazer valer entre os signatários parâmetros mínimos de proteção a fim de evitar a repetição de violações dos direitos humanos havidas sob regimes totalitários. No Título I, dedicado aos direitos e liberdades, o art. 6, item 2,

⁷⁶ Flávia Piovesan explica que “a Declaração de 1948 vem a inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade, esta como valor intrínseco à condição humana. Indivisibilidade porque a garantia de direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Os direitos humanos compõem, assim, uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar um catálogo de direitos civil e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais” (PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 13).

⁷⁷ A propósito dos sistemas global e regional de proteção aos direitos humanos, Piovesan esclarece que “Os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares. Inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o universo instrumental de proteção dos direitos humanos, no plano internacional. Nesta ótica, os diversos sistemas de proteção de direitos humanos interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, esses sistemas se complementam, somando-se ao sistema nacional de proteção, a fim de proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais” (PIOVESAN, Flávia. *Art. 4, II. In: Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 160).

prevê o direito do acusado ser presumido inocente enquanto sua culpa não houver sido provada.⁷⁸

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1966, promulgado no Brasil pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992, prevê no seu art. 14, item 2, que qualquer acusado tem o direito de ter sua inocência presumida enquanto não comprovada sua culpa.⁷⁹ Com texto similar, mas de conteúdo protetivo idêntico, no âmbito regional interamericano merece destaque a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que traz no seu art. 8º, item 2, também a garantia de presunção de inocência ao acusado sem culpa formada.⁸⁰

Por fim, o processo de aprimoramento da proteção internacional dos direitos humanos fundamentais eventualmente foi relacionado com a necessidade da criação de um mecanismo que não apenas promovesse e controlasse o respeito àqueles direitos, mas também *assegurasse* a sua observância pelos estados

⁷⁸ Art. 6º - 2. Qualquer pessoa acusada de uma infracção presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada (versão integral em português disponível em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 26 jun. 2019).

⁷⁹ Art. 14º - 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa (texto integral disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 26 jun. 2019).

⁸⁰ Art. 8º - 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa (texto integral disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 26 jun. 2019).

nacionais.⁸¹ Para isso, o desenvolvimento de uma justiça penal internacional acompanha o movimento segundo o qual a soberania estatal deve conviver com a defesa de valores comunitários pela criação de um aparato judicial capaz de garantir a preservação daqueles valores.⁸² Assim, em 17 de julho de 1998 foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, criando uma corte internacional permanente, independente e complementar às Cortes nacionais. Este documento foi ratificado pelo Brasil e promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2012. Entre os direitos do acusado, o art. 66 – que vem intitulado sob “Presunção de Inocência” -, garante no seu item “1” que toda pessoa se presume inocente até que a sua culpa seja provada perante um Tribunal; o item “2”, por sua vez, faz regra probatória ao dispor que o órgão acusador está incumbido de produzir a prova para condenação.⁸³

⁸¹ Bobbio explica a necessidade dos aspectos de promoção, controle e também de garantia dos direitos humanos, no trabalho a ser desenvolvido pelos organismos internacionais: “As atividades até aqui implementadas pelos organismos internacionais, tendo em vista a tutela dos direitos do homem, podem ser consideradas sob três aspectos: promoção, controle e garantia. Por promoção, entende-se o conjunto de ações que são orientadas para este duplo objetivo: a) induzir os Estados que não têm uma disciplina específica para a tutela dos direitos do homem a introduzi-la; b) induzir os que já a têm a aperfeiçoá-la, seja com relação ao direito substancial (número e qualidade dos direitos a tutelar), seja com relação aos procedimentos (número e qualidade dos controle jurisdicionais). Por atividades de controle, entende-se o conjunto de medidas que os vários organismos internacionais põem em movimento para verificar se e em que grau as recomendações foram acolhidas, se e em que grau as convenções foram respeitadas. Dois modos típicos para exercer esse controle — ambos previstos, por exemplo, nos dois Pactos de 1966 já mencionados — são os relatórios que cada Estado signatário da convenção se compromete a apresentar sobre as medidas adotadas para tutelar os direitos do homem de acordo com o próprio pacto (cf. art. 40), bem como os comunicados com os quais um Estado membro denuncia que um outro Estado membro não cumpriu as obrigações decorrentes do pacto (cf. art. 41). Finalmente, por atividades de garantia (talvez fosse melhor: dizer de “garantia em sentido estrito”), entende-se a organização de uma autêntica tutela jurisdicional de nível internacional, que substitua a nacional. A separação entre as duas primeiras formas de tutela dos direitos do homem e a terceira é bastante nítida: enquanto a promoção e o controle se dirigem exclusivamente para as garantias existentes ou a instituir no interior do Estado, ou seja, tendem a reforçar ou a aperfeiçoar o sistema jurisdicional nacional, a terceira tem como meta a criação de uma nova e mais alta jurisdição, a substituição da garantia nacional pela internacional, quando aquela for insuficiente ou mesmo inexistente (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23).

⁸² RAMOS, André de Carvalho; MAHLKE, Helisane. *Artigos 66 e 67: Os Direitos Do Acusado No Tribunal Penal Internacional*. In: *O Tribunal Penal Internacional: Comentários ao Estatuto de Roma*. Coordenação de Sylvia Helena de Figueiredo Steiner e Leonardo Nemer Caldeira Brant. Belo Horizonte: Konrad-Adenauer-Stiftung, CEDIN e Del Rey, 2016. p. 933.

⁸³ Art. 66 - Presunção de Inocência – 1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável; 2 - Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado (texto integral disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 26 jun. 2019).

Nesse sentido, a opção textual adotada por esses pactos internacionais claramente foi influenciada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, mais ajustada ao entendimento anglo-saxão de presunção de inocência, enquanto matéria de fundo probatório na imposição do ônus sobre a prova da culpabilidade, que recai sempre sobre o acusador, assim também como regra de julgamento, que impõe a absolvição do réu sempre que se verifique dúvida razoável sobre sua responsabilidade pelo ato criminoso.⁸⁴ De todo modo, o tratamento do imputado durante o processo criminal também é protegido no âmbito internacional porquanto o Pacto de Direitos Civis e Políticos e outros documentos convencionais tratam, de forma geral, da possibilidade de restrição preventiva da liberdade, desde que a situação concreta excepcional se revista da necessária cautelaridade.⁸⁵

Pelo desenvolvimento de todo esse arcabouço normativo supranacional, o indivíduo passa a ser sujeito de direito internacional, criando para o mundo civilizado o dever de promover, controlar e garantir os direitos ali contemplados. Essa perspectiva abre ao cidadão a possibilidade de alcançar as cortes internacionais para defesa de sua liberdade, inclusive para fazer valer o direito de ser presumido inocente.

2.6 Constitucionalização da presunção de inocência

Os ideais de liberdade que movimentaram o século XVIII deflagraram o movimento político-jurídico denominado “constitucionalismo”, que busca conjugar o

⁸⁴ “A presunção de inocência é, enfim, relacionada com o ônus da prova que impende sobre a acusação e com o *standard of proof*, que, enquanto corolário da presunção de inocência, implica a exigência de que a culpabilidade fique provada *beyond reasonable doubt*” (VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 54 e 55). No mesmo sentido STUMER, Andrew. *The Presumption of Innocence - Evidential and Human Rights Perspectives*. Oxford and Portland: Hart, 2010. p. 25 e 26, e PARDO, Miguel Angel Montañés. *La Presunción de Inocencia - Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999. pp. 41 e 42. Para as negociações envolvendo especificamente a formulação da presunção de inocência no texto do Estatuto de Roma e o foco sobre a definição de um *standard* probatório para uma condenação baseada em provas que superam a dúvida razoável, vide FRIMAN, Håkan. *Rights of Persons Suspected or Accused of a Crime*. In: *The International Criminal Court - the Making of the Rome Statute - Issues, Negotiations, Results*. Ed. Roy S. Lee. Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 250.

⁸⁵ Dentre os documentos citados neste trabalho, vide o art. 9º do Pacto de Direitos Civis e Políticos; art. 5º da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; art. 7º do Pacto de São José da Costa Rica; e, art. 92 do Estatuto de Roma;

poder popular com limitação do poder, tendo entre os referenciais teóricos a Seção V da Declaração de Direitos da Virgínia⁸⁶ e o art. 16 da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789.⁸⁷ O movimento procura conjugar esforços para a estruturação de um documento superior contendo as definições de formas e sistemas de governo, a organização de poderes separados, controlados e limitados entre si como forma de garantia à liberdade individual, bem como a especificação de funções públicas a serem exercidas com base nas leis, em regime essencialmente democrático.⁸⁸

É sobre esses preceitos que se estruturam as constituições nacionais, a partir de diversas assembleias constituintes convocadas no curso dos séculos XIX e XX, cada uma com suas particularidades históricas. As cartas democráticas cumprem, então, a necessidade de proteger no plano positivo interno mais elevado os direitos fundamentais como a liberdade de locomoção, reunião, manifestação de pensamento, de crença, além de garantias individuais como o devido processo legal e, notadamente, a presunção de inocência.

⁸⁶ Em tradução livre: Seção V - Que os poderes legislativo e executivo do Estado devem ser separados e distintos do judiciário; e que os membros dos dois primeiros possam ser impedidos de opressão, sentindo e participando dos encargos do povo, devem, em períodos fixos, ser reduzidos a uma estação privada, retornar ao corpo do qual foram originalmente retirados, e as vagas serão fornecidas por eleições frequentes, certas e regulares, nas quais todos ou parte dos ex-membros serão novamente elegíveis ou inelegíveis, conforme as leis determinarem (versão integral em inglês disponível em: <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>. Acesso em: 28 jun. 2019).

⁸⁷ Em tradução livre: Art. 16º - A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição (versão integral em francês disponível em <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>. Acesso em: 26 jun. 2019).

⁸⁸ Pela concepção estrita de Uadi Lammêgo Bulos, o significado do constitucionalismo advém do movimento constitucionalista como técnica jurídica de tutela das liberdades públicas, mas também com caráter social, político e ideológico. Jurídico porquanto regulamenta o exercício do poder por meio de uma constituição superior escrita; social porquanto estimula o povo a lutar contra a hegemonia do poder, a fim de dividi-lo, organizá-lo e discipliná-lo; político porquanto significa a luta contra a opressão e o arbítrio; e, por fim, ideológico, porquanto exprime ideologia liberalista, baseado na soberania das leis e não do homem (BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 11). Para Bobbio, denomina-se constitucionalismo “à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos (BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade - para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007. p. 101).

Sob a perspectiva histórica é possível identificar duas tradições doutrinárias principais para a construção constitucional do que hoje se pode compreender como presunção de inocência em sentido amplo: a anglo-saxã ou *common law*, com preponderância sobre o campo probatório para atribuir o ônus de provar a culpa além da dúvida razoável exclusivamente ao órgão acusador, reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos e outros documentos internacionais derivados. De outro lado, os países de matriz romano-germânica, ou *civil law*, com foco no tratamento do acusado durante a persecução penal, linha que prevaleceu na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

Essas particularidades serão examinadas a seguir pela análise exemplificativa de constituições estrangeiras, para, a seguir, avaliar o modelo adotado na Constituição Federal brasileira.

2.6.1 Inglaterra

O Direito Constitucional inglês é fundamentalmente histórico, não constituído por um único documento solene mas edificado a partir de costumes, precedentes havidos em séculos de atividade jurisdicional e codificações dispersas moldadas no tempo de forma mais apartada da influência que o Direito Romano impôs ao continente europeu.⁸⁹ Não obstante, as raízes filosóficas romanas para apreciação da prova foram fundamentais para o reconhecimento de que o acusado não deve ser condenado na falta de evidências claras de sua culpa. Nessa perspectiva, embora desde 1215 a Carta Magna já vedasse a perda da liberdade e da propriedade sem um devido processo legal, no século XV doutrinadores ingleses

⁸⁹ Durante o período reformador, quando se ventila na Inglaterra a necessidade de uma reforma do direito, embora os objetivos fossem os mesmos do Continente, a via proposta não foi uma simplificação da doutrina jurídica acadêmica da tradição romanística, mas uma compilação e sistematização do direito régio inglês que desse uma ordem mais aparente aos *writs* e os agrupasse segundo os grandes princípios do direito e da Constituição da Inglaterra. Assim, embora essa orientação para uma doutrina fundada no direito próprio tenha algum parentesco nos resultados obtidos com o *usus modernus pandectarum* no direito medieval inglês, a concentração da doutrina no direito próprio implicava um corte com a tradição romanística que não se deu em mais nenhuma parte da Europa Ocidental, representando, por isso mesmo, uma via singular do direito da Inglaterra (HESPANHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia - Síntese de um Milénio*. Coimbra: Almedina, 2012. p. 252).

passaram a se valer das lições do Digesto de Justiniano para justificar a máxima de que era preferível um culpado absolvido a um inocente condenado. A partir do século XVIII o princípio se tornou fundamental pela compreensão de que a condenação de um inocente é uma grave injustiça e suficiente para exigir a certeza na prova da culpa. Durante o século XIX, a presunção de inocência foi rotineiramente reafirmada no âmbito judicial e acadêmico.⁹⁰

O caráter probatório da presunção de inocência, essencial na tradição inglesa, comporta dois sentidos: o *persuasive burden* trata da obrigação da parte convencer o julgador sobre um fato em questão; o *evidential burden*, por outro lado, trata da obrigação da parte demonstrar que há evidências suficientes para que uma questão possa ser avaliada em juízo e proferida uma decisão. Contudo, apesar de reconhecer a presunção de inocência, a lei inglesa permite, em certos casos expressos ou implícitos nas leis, que o ônus da prova, em ambos os sentidos, seja imposto ao acusado - e na hipótese do ônus de persuasão, existe o risco do encargo não poder ser cumprido, o que pode potencialmente acarretar em uma condenação ainda que o órgão julgador não tenha certeza sobre a culpa do réu, aumentando o risco de erro judiciário.⁹¹

A lei inglesa reconhece padrões probatórios. O critério do balanço das probabilidades é utilizado nas hipóteses de inversão do ônus de persuasão em desfavor do acusado. A análise passa por dois estágios: em primeiro lugar é avaliada se a inversão do ônus fere a presunção de inocência; e, na hipótese afirmativa, então, em segundo lugar é feito um juízo de proporcionalidade sobre a necessidade de afastar a presunção no caso concreto.⁹² O segundo e mais conhecido *standard* é a necessidade da prova além da dúvida razoável - *proof*

⁹⁰ Para Pennington, o passado da presunção de inocência no Direito inglês é ainda mais remoto, tendo surgido no final do século XIII, preservada na jurisprudência e empregada na defesa de réus marginalizados como judeus, hereges e bruxas no início do período moderno, e, finalmente, implantada como um poderoso argumento contra a tortura nos séculos XVI, XVII e XVIII (PENNINGTON, Kenneth. *Innocent until proven guilty: The origins of legal maxim*. In: *The Jurist*, v. 63, n. 1, 2003. p. 124)

⁹¹ Uma vez provada a materialidade de um crime, por exemplo, caberia ao réu provar circunstâncias justificantes ou exculpantes, porquanto estará suscitada uma verdadeira presunção contra o réu (STUMER, Andrew. *The Presumption of Innocence - Evidential and Human Rights Perspectives*. Oxford and Portland: Hart, 2010. pp. 8 e 9).

⁹² HAMER, David. *A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence*. In: *Oxford Journal of Legal Studies* v. 31, n. 2. 2011. p. 418.

beyond reasonable doubt - sobre a qual deve estar embasada a acusação para atingir a condenação do acusado.

A aprovação da Lei de Direitos Humanos – *Human Rights Act* - em 1998, representou uma oportunidade de revitalização da presunção de inocência naquele país. Isso porque a nova norma incorporou formalmente ao regime jurídico inglês o art. 6.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já tratado neste trabalho, que garante o direito do acusado ser presumido inocente – elevando este dispositivo ao status *quasi-constitucional*, ao submeter toda legislação a um teste de compatibilidade com a Convenção incorporada. Contudo, ainda assim a jurisprudência inglesa não tem tratado o art. 6.2 como uma vedação absoluta à inversão do ônus da prova em desfavor do acusado, ainda persistindo possibilidade de afastar a presunção de inocência sempre que a medida for proporcional a um determinado objetivo judicial considerado legítimo.⁹³

2.6.2 França

Como já visto, os ideais consagrados na Declaração de Direitos francesa teriam pouca efetividade no período pós-revolucionário, em especial porque, paradoxalmente, eram necessárias medidas de força estatal para consolidação da nova república.⁹⁴ Contudo, progressos foram feitos até a atual conformação da presunção de inocência na França.

A 15ª Constituição francesa (1958) é dividida em 16 seções contendo um total de 89 artigos. É composta da Constituição propriamente dita e de textos que a integram conforme disposto no seu preâmbulo: a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), do preâmbulo da Constituição de 1946 e dos direitos

⁹³ STUMER, Andrew. *The Presumption of Innocence - Evidential and Human Rights Perspectives*. Oxford and Portland: Hart, 2010. p. 23-26. Para Hamer este formato não se refere apenas a condenações injustas, mas ao verdadeiro gerenciamento desses possíveis erros, de forma mais ampla, no campo das probabilidades, o que confere um campo de proteção insustentável e sua promessa de previsibilidade não tem se confirmado (HAMER, David. *A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence*. In: *Oxford Journal of Legal Studies* v. 31, n. 2. 2011. p. 434).

⁹⁴ Talvez o exemplo mais eloquente seja o de Luís XVI. Embora como todo homem fosse titular de direitos naturais, o rei, retratado como um tirano, foi condenado e executado sumariamente antes mesmo de ser julgado.

e deveres definidos na Carta do Ambiente de 2004. Cuida mais da definição orgânica dos Poderes e das relações entre eles do que especificar direitos fundamentais.

Nessa conformação singular é reconhecida a origem da teoria denominada bloco de constitucionalidade, a partir de decisão proferida pelo Conselho Constitucional em 16 de julho de 1971, onde se firmou a existência de um agrupamento de princípios e regras dotadas de eficácia constitucional no sistema jurídico francês. De acordo com a decisão, em razão da referência realizada pelo preâmbulo da Constituição de 1958 à Declaração de 1789 e ao preâmbulo da Constituição de 1946⁹⁵, esses dois textos também possuem um valor constitucional no ordenamento jurídico francês e devem ser respeitados por este.⁹⁶ Esse raciocínio permite, portanto, que o Conselho eleve ao patamar constitucional alguns princípios afirmados na legislação infraconstitucional, inclusive a promulgada antes de 1946. Assim, o bloco de constitucionalidade pode ser definido como o conjunto de normas materialmente constitucionais que, junto com a constituição codificada, formam um bloco normativo de hierarquia constitucional.⁹⁷

Como já visto, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão contém vários princípios jurídicos consagrados na tradição processual constitucional penal,

⁹⁵ Ao integrar princípios ao seu texto, Constituição de 1946 marcou um retorno à tradição das constituições revolucionárias e de 1848 (VEDEL, Georges. *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*. Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1949, p. 315).

⁹⁶ Decisão nº 71-44 DC. Na oportunidade, o Conselho Constitucional declarou inconstitucional uma lei que violava a liberdade de associação, prevista em uma Lei da República, mas ausente na Constituição de 1958. Para poder declarar a inconstitucionalidade, o Conselho Constitucional viu-se obrigado a elevar o *status* hierárquico dessa Lei da República ao nível constitucional, construindo, desse modo, um bloco de constitucionalidade. Disponível em <https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/node/18165/pdf> (Acesso em: 29 jul. 2019).

⁹⁷ Não se trata de formulação exclusiva do ordenamento francês, porquanto a norma contida no § 2º do art. 5º da própria Constituição Federal da República Federativa do Brasil traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo constitucional próprio (dos direitos e garantias fundamentais), existem outros direitos que, por seu próprio conteúdo e significado, integram o sistema da Constituição, compondo, em outras palavras, na acepção originária do direito constitucional francês, que não se restringe necessariamente a um determinado texto ou mesmo conjunto de textos constitucionais, ou seja, não se reduz a uma concepção puramente formal de constituição e de direitos fundamentais. Assim, a despeito do caráter analítico do Título II da CF, onde estão contidos os direitos e garantias como tal designados e reconhecidos pelo Constituinte, cuida-se de uma enumeração não taxativa. O art. 5º, § 2º representa, portanto, uma cláusula que consagra a abertura material do sistema constitucional como sendo um sistema inclusivo e amigo dos direitos fundamentais (SARLET, Ingo Wolfgang. *Art. 5º § 2º*. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 551).

como o princípio de proibição de prisões arbitrárias (art. 7º); o princípio da necessidade das penas (art. 8º); o princípio da legalidade (art. 8º); e o princípio da presunção de inocência (art. 9º). Dessa forma, o âmbito de proteção conferido pelo texto constitucional francês abrange a vertente processual, segundo o qual o acusado não está obrigado a provar sua inocência, desde logo presumida, e, por outro lado, impede a restrição da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpa.

2.6.3 Espanha

No ordenamento espanhol, a atual Constituição de 1978 trouxe pela primeira vez a presunção de inocência, expressa no art. 24.2: “Da mesma forma, todos têm direito ao Juiz ordinário pré-determinado pela lei, à defesa e à assistência de advogado, a ser informados da acusação formulada contra eles, a um processo público sem demoras indevidas e com todas as garantias, a utilizar os meios de prova pertinentes para a sua defesa, a não declarar contra si próprios, a não confessar-se culpados e à presunção de inocência.”⁹⁸

Trata-se de dispositivo bastante amplo que, conjugado com outros direitos individuais expressos, como a liberdade (art. 17) e aplicação estrita da detenção preventiva (art. 17.2), permite compreender que estão abrangidas no texto constitucional tanto a regra de juízo como a regra de tratamento. Embora o Tribunal Constitucional dê maior protagonismo ao caráter probatório, a jurisprudência também tem prestigiado o específico propósito de impedir que o ainda réu seja tratado como se condenado fosse.⁹⁹

⁹⁸ Versão integral em português disponível em <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/normativa/Normativa/CEportugu%C3%A9s.pdf>. Acesso em 25 ago. 2019.

⁹⁹ PARDÓ, Miguel Angel Montañés. *La Presunción de Inocencia - Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 40.

2.6.4 Itália

A derrocada do fascismo italiano durante a segunda guerra mundial e a consequente reorganização democrática do Estado após o fim do conflito se deu por meio de uma Assembleia Constituinte, cujo resultado foi a Constituição promulgada em 1948. Durante o desenvolvimento dos trabalhos, o objetivo foi resgatar na legislação anterior ao período fascista valores como a presunção de inocência, o que gerou debates entre doutrinadores de diferentes escolas penais italianas, que divergiam, antes, sobre o propósito do próprio processo penal na sociedade.¹⁰⁰ A distinção entre presunção de inocência e não culpabilidade estava no centro do debate. Por fim, a posição do acusado no julgamento acabou encontrando uma proteção significativa no texto final aprovado, constante no art. 27, parágrafo 2º: “O acusado não é considerado culpado até a sentença definitiva”.¹⁰¹ Cuida-se de texto inspirado no modelo da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, avançando no tempo para assegurar sua aplicação até a sentença definitiva, ou seja, alcançado o trânsito em julgado.

De qualquer forma, seja expressa como presunção de inocência, seja expressa como presunção de não culpabilidade, a regra constitui essencialmente as mesmas garantias de liberdade individual e de proteção da pessoa humana, de marcante caráter político que se eleva ao patamar constitucional para reafirmar e fortalecer os valores da pessoa e seus direitos invioláveis. Para Illuminati, a formulação adotada pelo constituinte italiano representou uma solução de compromisso, não tendo qualquer utilidade a distinção doutrinária entre as expressões, a não ser o risco de reduzir o princípio a uma mera enunciação retórica em que o acusado pode passar de presumido inocente para não culpado, em franca deterioração do seu significado de proteção.¹⁰²

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. 1991. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*. São Paulo: Saraiva. p. 27 e 27.

¹⁰¹ Versão integral em português disponível em https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/repository/relazioni/libreria/novita/XVII/COST_PORTOGHESE.pdf. Acesso em 5 jul. 2019.

¹⁰² ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione d'innocenza Dell'imputato*. 6ª ed. Bolonha: Zanichelli, 1984. p. 20 e 21. No mesmo sentido CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960. p. 126.

2.6.5 Portugal

O advento da Revolução dos Cravos colocou fim ao governo ditatorial do Estado Novo e teve lugar um processo de democratização que culminou com a promulgação da Constituição da República Portuguesa, em 1976. Nesse contexto de superação de um modelo autocrático com características fascistas, a preocupação com a proteção dos direitos e garantias fundamentais foi ponto central dos trabalhos desenvolvidos pelo constituinte português, resultando em um sistema de valores constitucionais sustentado na dignidade da pessoa humana.

O art. 32.2 do referido diploma veio contemplar o que o lusitano Jorge de Figueiredo Dias classifica como princípio fundamental de processo penal em qualquer Estado de Direito:¹⁰³ “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”.¹⁰⁴ Contudo, ainda que não houvesse previsão expressa, há penetração da presunção de inocência no ordenamento jurídico português também por meio da cláusula de abertura estabelecida pelo art. 8º, itens 1 e 4 da Constituição, que internaliza dispositivos como o art. 11.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o art. 6.2 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e o art. 14.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, todos a garantir que os acusados em geral devem ser considerados inocentes enquanto não comprovada a culpa.

Digno de nota é que, tal qual o constituinte italiano, os portugueses cravaram expressamente o marco temporal para superação do estado de inocência apenas após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O mesmo modelo foi replicado nos países de língua portuguesa em geral, como Angola, Moçambique, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné Bissau e Timor Leste, e, especialmente, Brasil.¹⁰⁵

¹⁰³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 214.

¹⁰⁴ Versão integral disponível em <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx#art32>. Acesso em 27 set. 2019.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 582.

2.7 Presunção de inocência nas constituições brasileiras

As constituições brasileiras não trataram expressamente da presunção de inocência até 1988. As constituições republicanas, contudo, trouxeram em capítulos próprios róis exemplificativos de Direitos e Garantias Individuais, que eram complementados por dispositivos específicos de caráter expansivo para estabelecer que os direitos e garantias contemplados expressamente não excluíam outros que resultassem do regime e dos princípios adotados nos seus textos.¹⁰⁶ Trata-se de tradição constitucional brasileira iniciada em 1891 por inspiração da 9ª Emenda da Constituição Norte-Americana de 1787, e traduz o entendimento de que, além dos direitos expressamente positivados no capítulo próprio, existem outros que, por seu conteúdo e significado, também integram o sistema constitucional.¹⁰⁷ Dessa forma, apesar de não estabelecida formalmente, a presunção de inocência em algum momento foi reconhecida com base nesses dispositivos de abertura.

Foi com base no art. 150, § 35 da Constituição de 1967, por exemplo, que o STF decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 48 do Decreto-Lei n. 314, de 1967, que previa a suspensão do exercício da profissão, emprego em entidade

¹⁰⁶ Art. 78 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891: “A especificação das garantias e direitos expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna”. Art. 114 da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934: “A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros, resultantes do regime e dos princípios que ela adota”. Art. 123 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937: “A especificação das garantias e direitos acima enumerados não exclui outras garantias e direitos, resultantes da forma de governo e dos princípios consignados na Constituição. O uso desses direitos e garantias terá por limite o bem público, as necessidades da defesa, do bem-estar, da paz e da ordem coletiva, bem como as exigências da segurança da Nação e do Estado em nome dela constituído e organizado nesta Constituição”. Art. 144 da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Art. 150, § 35, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967: “A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”. Art. 153, § 36, da Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 36. A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”.

¹⁰⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Art. 5, § 2º. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho et al. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 549.*

privada, assim como cargo na administração pública, autarquia, empresa pública ou sociedade de economia mista em razão de prisão em flagrante delito ou pelo simples recebimento da denúncia. A inconstitucionalidade foi decretada porque as medidas preventivas descritas no art. 48 da antiga Lei de Segurança Nacional retira a capacidade de subsistência do indivíduo ainda não condenado, em violação a preceitos que, embora não enumerados na Constituição, estão vinculados às liberdades e regime de direitos e instituições políticas amparados pelo § 35 do art. 150.¹⁰⁸ Em outra oportunidade contudo, o STF, por maioria, embora reconhecendo que a presunção de inocência poderia ter aplicação no regime jurídico brasileiro, recusou a tese de que o princípio teria sido acolhido pela ordem constitucional com base na cláusula de abertura constante no § 36 do art. 153 da Constituição (EC nº 1/1969).¹⁰⁹

A consagração expressa e inequívoca da presunção de inocência como direito fundamental viria apenas com a Constituição Federal de 1988. Promulgada após um extenso período autoritário de restrições aos direitos mais fundamentais, a restauração do Estado Democrático de Direito se fundamentou em valores éticos como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).¹¹⁰ Nesse contexto o art. 5º, LVII assegura que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O texto acolhido pela constituinte foi resultado de emenda modificativa proposta pelo Constituinte José Ignácio Ferreira, que a sustentou como a que melhor caracterizaria tecnicamente a garantia da presunção de inocência - expressão que já havia suscitado críticas doutrinárias -, mantido, de qualquer forma, o amplo âmbito de proteção pretendido. Isso fica evidente porquanto, apesar

¹⁰⁸ STF - HC 45.232/GB, Rel. Min. Themistocles Cavalcanti, RTJ 44/322.

¹⁰⁹ STF - RE 86.297/SP, Rel. Min. Thompson Flores, RTJ 79/671.

¹¹⁰ Ingo Wolfgang Sarlet conceitua dignidade humana como “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 60).

da clara inspiração obtida na Constituição italiana de 1948, o modelo brasileiro conferiu maior abrangência ao instituto por definir que “ninguém” será considerado culpado (não se restringindo a termos como “imputado”, utilizado pelos italianos), estendendo a proteção a todos os estágios da persecução penal.¹¹¹

Desta forma, o processo penal brasileiro sofreu grandes mudanças com o processo de redemocratização em 1988. Seu âmbito de atuação foi modulado de acordo com a nova ordem constitucional e incorporou direitos e garantias individuais em detrimento de um modelo autoritário e repressor vigente à época da elaboração do Código Penal e do Código de Processo Penal, na primeira metade do século passado. O avanço da Constituição em matéria de direitos e liberdades individuais, procurou privilegiar um modelo em que o *jus libertatis* prevalece – ou pelo menos deve prevalecer - frente ao *jus puniendi*, garantindo ao indivíduo um

¹¹¹ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 32 e 33. A esse propósito, Zanoide de Moraes explica que a inspiração pelo modelo de cunho aparentemente fascista não pretendeu, em momento algum durante os debates na constituinte, representar qualquer espécie de restrição ao instituto, sendo que as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” foram utilizadas indistintamente como sinônimas: “[...] diferentemente do ocorrido na Itália de 1948, cujo texto constitucional foi uma solução de compromisso entre duas ideologias (humanitária e fascista) que ainda se digladiavam doutrinária e politicamente, no Brasil de 1988 a proposta de emenda que originou o texto constante da atual Constituição tinha como justificativa e razão uma maior garantia e a reafirmação dos valores político-ideológicos da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e do devido processo legal, que inspiraram os clássicos-iluministas a conceberem a expressão ‘presunção de inocência’. Em nenhum instante de nossos trabalhos constituintes foi sugerido ou sequer cogitado qualquer argumento técnico-fascista violador daquele direito fundamental” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 225). Na jurisprudência brasileira se faz uso de ambas as expressões indistintamente, embora exista precedente do STF distinguindo as locuções para entender que a presunção de não culpabilidade confere maior carga de proteção do que simplesmente apenas presumir a inocência do réu: “A presunção de não culpabilidade trata, mais do que de uma garantia, de um direito substantivo. Direito material que tem por conteúdo a presunção de não culpabilidade. Esse o bem jurídico substantivamente tutelado pela Constituição; ou seja, a presunção de não culpabilidade como o próprio conteúdo de um direito substantivo de matriz constitucional. Logo, o direito à presunção de não culpabilidade é situação jurídica ativa ainda mais densa ou de mais forte carga protetiva do que a simples presunção de inocência”. (STF - HC 101.909/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T. DJE de 19.6.2012).

significado amplo da presunção de inocência.¹¹² Contudo, essa nova ordem não se estabeleceu de forma imediata e sem embaraços.¹¹³ No âmbito doutrinário, Mirabete, por exemplo, retoma a questão sobre a abrangência da proteção argumentando que existe apenas uma tendência à presunção de inocência - ou estado de inocência -, por onde seria mais conveniente denominá-la como presunção de não culpabilidade.¹¹⁴

De qualquer modo, se por um lado o texto constitucional volta a suscitar debates havidos no âmbito das escolas penais italianas, por outro o Brasil é signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992), que assegura textualmente que toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se *presuma sua inocência* enquanto não se comprove legalmente sua culpa (art. 8.1). Além de reafirmar a disposição manifestada pelo constituinte no art. 5º, LVII, a análise da convenção internacional a partir da norma de abertura material contida

¹¹² Para Ricardo Alves Bento “A priorização da presunção de inocência enquanto um direito fundamental baseia-se principalmente na infungibilidade dos bens amparados pelo direito penal e vulnerabilidade do suspeito em detrimento do exercício do *ius puniendi* (BENTO, Ricardo Alves. *O dogma constitucional da presunção de inocência*. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo Penal e garantias constitucionais*. Ed. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006. p. 582).

¹¹³ Ada Pellegrini Grinover já alertava, passados apenas 6 anos da promulgação da Constituição Federal, que as propostas aprovadas durante a 3ª Seção do XV Congresso da Associação Internacional de Direito Penal, embora evidenciassem que o novo Texto Maior ocupava uma posição de vanguarda no tocante às garantias, a interpretação das normas infraconstitucionais ainda não era totalmente compatível com essa nova realidade: “Aliás, a maioria das propostas aprovadas demonstra que a Constituição brasileira se coloca numa posição de vanguarda no tocante às garantias, mas como a interpretação dos códigos ainda não chegou a ser completamente permeada pelo espírito da Constituição, algumas das recomendações aprovadas no Rio serão de indúvidosa utilidade para a plena eficácia das normas constitucionais” (GRINOVER, Ada Pellegrini. *Preconizado no Congresso do Rio o respeito às garantias do processo*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 23, p. 01, nov. 1994. Disponível em: http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13602. Acesso em: 13 mai. 2019).

¹¹⁴ “De uns tempos para cá, entretanto, passou-se a questionar tal princípio, que, levado às últimas consequências, não permitiria qualquer medida coativa contra o acusado, nem mesmo a prisão provisória ou o próprio processo. Por que admitir-se um processo penal contra alguém presumidamente inocente? Além disso, se o princípio trata de uma presunção absoluta (*juris et de jure*) a sentença irrecorrível não a pode eliminar; se trata de uma presunção relativa (*juris tantum*), seria ela destruída pelas provas colhidas durante a instrução criminal antes da própria decisão definitiva (MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 45).

no § 2º do art. 5º, não deixa dúvidas sobre a amplitude de proteção conferida aos acusados em geral na ordem jurídica nacional.¹¹⁵

Logo, sob a perspectiva constitucional, no processo penal brasileiro a presunção de inocência deve vigorar em sua máxima potência: nenhuma pessoa acusada será tomada por culpada precipitadamente, independentemente da gravidade do delito, das circunstâncias pessoais ou do status que ostenta na persecução penal, o que impõe aos órgãos dela encarregados a observância e respeito pela pessoa do acusado, para que seja tratado de forma inteiramente oposta ao de um condenado, circunstância capaz de ser alterada apenas com a demonstração, sempre pela acusação e acima de qualquer dúvida razoável, do fato delituoso e sua autoria.

¹¹⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência: Princípios e Garantias*. In: Escritos Em Homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 126.

3 O DIREITO FUNDAMENTAL DE SER PRESUMIDO INOCENTE

3.1 Conteúdo essencial - considerações gerais

A República Federativa do Brasil é uma ordem política fundada na dignidade da pessoa humana, que se rege pela prevalência dos direitos humanos e todos são titulares de direitos fundamentais – entre eles, especialmente, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Como típico direito fundamental de primeira geração, como aqueles contemporâneos ao próprio movimento constitucionalista abordado no capítulo anterior, trata da liberdade que ostenta o indivíduo e se traduz em faculdades e atributos subjetivos da pessoa como titular do direito de resistir e se opor ao próprio Estado¹¹⁶ - e toda liberdade fundamental existe ao menos em relação ao Estado, protegida por um direito a que este não embarace o titular de fazer aquilo para o qual é constitucionalmente livre.¹¹⁷

Mas o seu escopo não se limita apenas a uma abstenção ou ação negativa - como tradicionalmente está associado um direito de primeira geração - e nem vincula exclusivamente o Estado. Isso porque a dimensão objetiva das liberdades públicas exige uma prestação positiva estatal, para que sejam protegidas e garantidas ativamente por meio de instituições políticas, judiciais e de segurança que assegurem ao titular o pleno exercício de sua liberdade. Do mesmo modo, embora o campo natural de incidência dessa classe de direitos seja a relação

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 576 a 578. Para o autor, os direitos da primeira geração, como direitos de liberdade, são os primeiros a constarem de um instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. Em rigor, o lema revolucionário do século XVIII exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequência gradativa histórica de sua institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade.

¹¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoria Dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 234.

Estado *versus* indivíduo, também a relação exclusiva entre particulares deve ser animada por valores como a presunção de inocência, que deve evitar juízos precipitados de culpa ou qualquer espécie de tratamento social ultrajante ou desonroso: é a denominada eficácia horizontal dos direitos fundamentais.¹¹⁸ Por isso mesmo os direitos fundamentais devem se prestar a informar relações públicas e privadas, seja pela definição de políticas e competências estruturais dos órgãos estatais, seja na relação entre particulares, que deve, de modo ideal, ser guiada pela observância desses valores.

Finalmente, é preciso desmistificar o caráter de interesse exclusivamente individual da presunção de inocência. É que a sua carga política, embora alcance naturalmente qualquer indivíduo, nacional ou estrangeiro, não se limita ao âmbito singular pois vincula – e aproveita – toda a coletividade. Com efeito, a sociedade como um todo também é destinatária de um sistema penal tido como justo e, por isso mesmo, embora essa seja uma garantia proeminentemente individual, também é justificada por evidente interesse coletivo.¹¹⁹

¹¹⁸ A dimensão objetiva dos direitos fundamentais representa a superação da tradicional concepção das liberdades públicas apenas como direito subjetivo a uma abstenção estatal para compor três novas formas de efeitos jurídicos para essas liberdades: (1) os chamados efeitos horizontais, que são os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares; (2) os direitos de proteção; e, (3) os direitos de organização de procedimentos (SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 235 e 236).

¹¹⁹ Para Zanoide de Moraes “A consciência da multiplicidade de interesses como justificadores dos direitos fundamentais destinados ao processo penal permite duas pontuações: a primeira, que aqueles direitos, quando vistos e exercidos de forma individual, não podem ser tidos como óbices aos interesses comunitários; a segunda, que os interesses das partes em conflito no caso concreto – por uma condenação ou uma absolvição – não são da mesma natureza, isto é, não se instalam no mesmo plano axiológico daqueles interesses (individuais e coletivos) que servem de fundamento para as normas constitucionais dirigidas ao processo penal. Essa segunda postura revela um erro muito recorrente aos que confundem interesses defendidos na causa penal com os interesses conformadores dos direitos fundamentais processuais penais. Incide em erro palmar quem estabelece um paralelo entre o interesse pela condenação como um interesse público, e o interesse pela absolvição como um interesse privado ou individual. Não assiste razão a quem pense assim mesmo se alegar que a acusação é feita pelo Ministério Público e a defesa é exercida por agente privado, pois se sabe que em muitos sistemas processuais, inclusive o brasileiro, é possível haver acusação privada e defesa pública. A confusão é desfeita quando se percebe que os planos são distintos e facilmente verificáveis: há interesses que se digladiam “no” processo penal e outros interesses que se conjugam e se harmonizam “ao” processo penal mais justo e equânime possível. Aqueles são casuísticos e pertencentes às partes do processo, os últimos são gerais e pertencentes a toda a comunhão social (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 238).

Por esse enquadramento, a presunção de inocência se consagra como pilar do Estado de Direito que garante a tutela da liberdade pessoal, mas também beneficia toda a coletividade enquanto conquista civilizatória do ordenamento jurídico brasileiro. E, como princípio norteador de todo um sistema constitucional dirigido pelo respeito a valores éticos inerentes à dignidade da pessoa humana, deve servir de pressuposto e parâmetro para todas as atividades estatais de repressão criminal, bem como ser observada, tanto quanto possível, nas relações entre particulares.

3.2 Regra ou princípio

Quando se trata de discutir presunção de inocência, normalmente se aborda também a sua estruturação normativa. Isso porque sua designação, no mais das vezes, vem precedida do substantivo “princípio”.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo de reflexões sobre o próprio Direito, sua função e interpretação. A valorização de princípios e sua incorporação, explícita ou implícita, pelas constituições e o reconhecimento de sua normatividade pela ordem jurídica fazem parte desse ambiente de aproximação entre Direito e Ética.¹²⁰

Para Dworkin, um dos precursores neste campo de estudo, a integridade do Direito exige proposições jurídicas constantes ou derivadas dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal, que oferecem melhor interpretação construtiva da prática jurídica no seio da comunidade em determinado momento. Isso porque o Direito, assim compreendido como um conjunto de direitos e deveres decorrentes de decisões coletivas tomadas no passado – e que por isso mesmo permitem ou exigem a possibilidade de coerção – é composto por um conteúdo

¹²⁰ Para Bonavides, “As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 269). Em obra de referência sobre o estudo dos princípios no ordenamento jurídico, Ronald Dworkin não deixa espaço para dúvidas quando propõe realizar com sua obra um ataque geral ao positivismo (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 35).

explícito mais limitado dessas decisões, e, por outro lado, um vasto sistema de princípios necessários à sua justificativa. Porém, essa carga histórica não determina necessariamente a volta ao passado, a não ser que o enfoque contemporâneo assim determine para justificar no que foi produzido no passado a conclusão de que a prática atual pode ser organizada e justificada por *princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado*.¹²¹

A consagração da teoria dos princípios como objeto de estudo exige que estes sejam, então, distinguidos das regras como espécies normativas. A esse propósito, iniciaremos com o esclarecimento elementar trazido por Robert Alexy: tanto princípios como regras são normas porque dizem o que deve ser.¹²² Contudo, embora sejam espécies do mesmo gênero, a distinção teórica comporta diferentes visões, como autores que a estabelecem pelo grau de importância, tratando princípios como mais importantes enquanto as regras se prestariam apenas a concretizá-los; por outro lado, há quem sustente que a distinção entre as espécies está no grau de abstração e generalidade, concluindo que princípios seriam mais abstratos e gerais que as regras.¹²³

Para Dworkin, a diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza puramente lógica, já que ambos apontam para decisões particulares sobre uma obrigação jurídica em determinada circunstância, mas se diferenciam na solução que oferecem porque as regras se aplicam ao modo do tudo-ou-nada, solução imprópria para os princípios.¹²⁴ Na mesma linha, para Alexy regras são

¹²¹ Dworkin conclui fustigando: “O Direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que ‘lei é lei’, bem como o cinismo do novo ‘realismo’” – destaque no original (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. pp. 271 a 274).

¹²² Para o autor alemão “Ambos podem ser formulados por meio das expressões deontológicas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos de dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas (ALEXY, Robert. *Teoria Dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 87). Tratando dos princípios gerais de direito como normas, Bobbio argumenta que “[...] em primeiro lugar, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, mediante procedimento de generalização sucessiva, não há motivo para que eles também não sejam normas: se abstraio de espécies animais, obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função pela qual são extraídos e usados é igual àquela realizada por todas as normas, ou seja, a função de regular um caso” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014. p. 148).

¹²³ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed., 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 44.

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

apenas normas que comandam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva e incidem por subsunção – por isso são normas que podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Por outro lado, princípios são normas que comandam a realização de algo na maior medida possível dadas as possibilidades fáticas e jurídicas; são comandos de otimização caracterizados pela possibilidade de cumprimento em diferentes graus onde a medida desse cumprimento será dada pelas possibilidades de fato e jurídicas. A análise concreta dessas possibilidades é feita em face de regras e, principalmente, princípios contrapostos, que, tomados em si mesmos, contêm apenas um comando *prima facie*, de modo que a medida de aplicação dos princípios é feita por meio de ponderação.¹²⁵ Virgílio Afonso da Silva estabelece como ponto central da teoria dos princípios formulada por Alexy a sua caracterização como mandamentos de otimização, embora reconheça que, em dadas circunstâncias fáticas e jurídicas, a realização total da norma se dará, muito ao contrário, de forma apenas parcial – isso porque há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente, como na hipótese das regras.¹²⁶

Pela proposta de Humberto Ávila, regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência, cuja aplicação exige avaliação de correspondência centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos; princípios, por outro lado, são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas, com pretensão de complementariedade e parcialidade, cuja aplicação demanda avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como

¹²⁵ ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Organização, tradução e estudo introdutório de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. p. 185.

¹²⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 45 e 46.

necessária à sua promoção.¹²⁷ Ao contrário das formulações de Alexy e Dworkin, Ávila concede com a possibilidade de ponderação entre regras e rejeita a sua aplicação na forma do tudo-ou-nada porque, no mais das vezes, o caráter absoluto pode ser completamente modificado após a consideração de todas as circunstâncias do caso, o que termina por exigir um processo complexo de ponderações entre razões e contrarrazões.¹²⁸

Por outra perspectiva, Lenio Streck argumenta que o ponto central para a compreensão da diferença entre as duas espécies normativas é que a regra é sempre porosa e incompleta por essência – fosse completa, seria uma regra perfeita capaz de contemplar de antemão todas as hipóteses de aplicação e bastaria sempre aplicar a subsunção. Por conta disso, para a atividade interpretativa das regras é necessária a presença dos princípios, que devem ser compreendidos a partir do que o autor denomina *tese de descontinuidade*: instituem o mundo prático do Direito e possibilitam, a partir da sua normatividade, o fechamento interpretativo do Direito.¹²⁹

Mais do que reconhecimento da distinção entre as espécies normativas pela teoria dos princípios, é necessário tratar os possíveis conflitos entre elas, que se dá sempre quando há a possibilidade teórica de aplicação a um mesmo caso de duas ou mais normas, com resultados incompatíveis entre si.

Virgílio Afonso da Silva, sem desconhecer o amplo espaço para polêmicas e poucos consensos nesse campo, aponta que o fenômeno será

¹²⁷ Para sustentar a necessidade de um modelo composto por regras e princípios, Ávila argumenta que “Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios. Cada espécie normativa desempenha funções diferentes e complementares, não se podendo conceber uma sem a outra, e outra sem a uma.” (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 78 e 79 e 120).

¹²⁸ Para Ávila, “[...] há regras que contém expressões cujo âmbito de aplicação não é (total e previamente) delimitado, ficando o intérprete encarregado de decidir pela incidência ou não da norma diante do caso concreto. Nessas hipóteses o caráter absoluto da regra se perde em favor de um modo *mais ou menos* de aplicação.” – destaque no original (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 47).

¹²⁹ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica - Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 59.

verificado, como regra geral, por conflitos entre regras e colisões entre princípios; apenas excepcionalmente e com algumas relativizações, colisão entre regras e princípios. Para o constitucionalista, aderente aos estudos de Alexy, o conflito entre as regras, que reconhecem direitos definitivos, demanda que a solução não represente uma relativização dessa característica. Assim, no caso de incompatibilidade apenas parcial entre duas regras, a solução deve se dar por meio de uma cláusula de exceção em uma delas; por outro lado, se a incompatibilidade for total, por preceitos mutuamente excludentes, então a solução se dará necessariamente pela declaração de invalidade de uma delas. De todo modo, a solução para um conflito entre regras sempre se dará no campo das invalidades: parcial quando for o caso de uma cláusula de exceção, ou total, quando a incompatibilidade for mais evidente e completa. Na outra ponta, quando o conflito envolver a colisão entre dois princípios, porque não se pode falar em invalidade ou cláusula de exceção em relação a eles e porque as condições fáticas e jurídicas raramente serão ideais - a realização de um princípio quase sempre será restringida pela realização de outro -, a solução será dada pela fixação de relações condicionadas de precedência.¹³⁰

Esse debate sobre a distinção entre regras e princípios e as propostas de solução para o conflito entre eles, próprio do chamado neoconstitucionalismo, não é infenso a críticas. Para Luigi Ferrajoli, trata-se de um sofisma cujo efeito mais insidioso é o enfraquecimento da força normativa da Constituição. Princípios e regras são, igualmente, normas, simplesmente formuladas de maneira diversa por uma questão meramente de estilo. Assim, mesmo princípios vagos e imprecisos aparecem como regras e a sua aplicação se dá, como qualquer regra, por subsunção – e essa aferição não depende de formulações relativas a normas como princípios, mas somente, como pode acontecer em qualquer regra, do uso de expressões vagas como *dignidade*, *determinação* ou *ofensividade*.¹³¹ Para o autor

¹³⁰ SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - Conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 47 a 50.

¹³¹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e Neoconstitucionalismo*. In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2010. pp. 105 e 106..

italiano, o argumento neoconstitucionalista pode representar um retrocesso e sintetiza:

O neoconstitucionalismo, não diversamente do realismo e do neopandectismo, comporta, em suma, um enfraquecimento e, em última análise, um colapso da normatividade das normas constitucionais e uma degradação dos direitos fundamentais nelas estabelecidos a genéricas recomendações de tipo ético-político. Subverte, além disso, a hierarquia das fontes, confiando a atuação das normas constitucionais à ponderação legislativa e àquela judicial e, por isso, à discricionariedade potestativa do legislador ordinário e dos juízes constitucionais. Ciência jurídica e jurisprudência, graças ao papel associado à ponderação dos princípios, voltam assim a reivindicar o seu papel de fontes supremas do direito. Com o resultado paradoxal que a experiência jurídica mais avançada da modernidade, representada pela positivação do dever ser do direito e pela sujeição a limites e a vínculos jurídicos de todos os poderes, a ponderação vem interpretada como um tipo de regressão ao direito jurisprudencial pré-moderno.¹³²

Seja como for, a presunção de inocência é amplamente consagrada como princípio pela doutrina e jurisprudência. Pelo argumento de autoridade de Magalhães Gomes Filho, é um verdadeiro princípio cujo conteúdo prescritivo se encaixa em praticamente todas as acepções propostas pela doutrina. Pela amplitude de seus destinatários e das situações em que pode ser empregada, expressa uma norma geral e vaga, cuja aplicação aos casos concretos supõe uma tarefa de interpretação tendente a eliminar possíveis dúvidas quanto à sua significação textual. Ao mesmo tempo, como norma hierarquicamente superior, que consagra valores especialmente dignos de proteção, a presunção de inocência consagra uma diretriz a ser seguida pelo Estado durante toda a persecução penal, seja no âmbito legislativo, administrativo ou judicial, orientando comportamentos e

¹³² FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo garantista e Neoconstitucionalismo. *In*: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDConst. Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2010. pp. 112 e 113. Na mesma linha crítica ao tratamento dispensado aos princípios pelo neoconstitucionalismo, Lenio Streck argumenta que “[...] sob a bandeira ‘neoconstitucionalista’, defendem-se, ao mesmo tempo, um Direito Constitucional da efetividade; um Direito assombrado pela ponderação de valores (de princípios, de regras e até mesmo de interesses); uma concretização *ad hoc* da Constituição e uma pretensa constitucionalização do ordenamento a partir de jargões vazios de conteúdo e que reproduzem o prefixo ‘neo’ em diversas ocasiões, como neoprocessualismo e neopositivismo. Tudo porque, ao fim e ao cabo, acreditou-se ser a jurisdição responsável pela incorporação dos ‘verdadeiros valores’ que definem o Direito justo” (STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica - Quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 209).

a interpretação de outras regras utilizadas na solução de hipóteses duvidosas. Por fim, também representa importante critério de sistematização do processo penal, favorecendo a compreensão de seus institutos a partir da sua conjugação com valores como a liberdade e a dignidade da pessoa humana.¹³³

Essas definições consagram a presunção de inocência como princípio fundamental pela Constituição Federal de 1988 que se constitui como direito subjetivo público. Não apenas deve inspirar a elaboração da política criminal, mas também servir de critério normativo direto, como garantia processual penal. A esse propósito, Magalhães Gomes Filho esclarece:

Atribuir à presunção de inocência o caráter de princípio jurídico não significa desconhecer ou diminuir o seu valor como garantia, ou seja, de mecanismo de sustentação, proteção ou tutela das posições do indivíduo na sociedade política, até porque constitui função de certos princípios exatamente assegurar os direitos do cidadão.¹³⁴

A partir dessa perspectiva se reúnem elementos mínimos para a concretização de um modelo de justiça penal racional e democrática, como a ampla defesa, contraditório, juiz natural, vedação ao uso de provas ilícitas, duração razoável do processo, publicidade, duplo grau de jurisdição, necessidade de motivação das decisões judiciais, direito ao silêncio e não auto-incriminação, todos reunidos sob o amplo conceito do devido processo legal. Disso se desdobram consequências como a igualdade entre as partes, a garantia de defesa técnica efetiva, direito de prévio conhecimento da acusação e de presença na produção das provas, com possibilidade de refutá-las e a necessidade de que a decisão condenatória seja proferida em sentença contendo fundamentação idônea.

¹³³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Significados da presunção de inocência*. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Orgs.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006, pp. 320 e 321.

¹³⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Significados da presunção de inocência*. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Orgs.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006, p. 321.

3.3 Âmbito de proteção - protagonismo e garantismo

Firmado o conceito da presunção de inocência como princípio e garantia fundamental consubstanciada em direito subjetivo de todo acusado, é importante esclarecer suas consequências e o âmbito de sua aplicação na persecução penal.

Inicialmente, como decorrência direta da formulação adotada no texto constitucional, é fora de dúvida que seu campo de incidência é amplo, incluindo não só o processo regularmente instaurado, como também a fase pré-processual de investigação preliminar e inquérito policial, que devem salvaguardar a condição de inocente do cidadão. Ao utilizar em sentido negativo genericamente que “ninguém” será considerado culpado, a proteção contra *tratamento* abusivo alcança o investigado, o indiciado e o réu indistintamente. Por outro lado, o princípio ainda se revela por mais duas diferentes faces: como regra probatória, em presunção legal relativa que impõe o dever de prova ao acusador, e como regra de juízo, que se resolve pela aplicação do *in dubio pro reo* no momento da decisão.¹³⁵

¹³⁵ Para a concepção tripartida da presunção de inocência, Zanoide de Moraes argumenta que cada uma protege um bem da vida distinto e “Não se deve considerar esses três significados como algo destacado do já referido sobre *favor rei* e sobre *in dubio pro reo*. Muito ao contrário, deve-se pressupor estas duas formas de manifestação, pois, como se viu quando delas se tratou de modo específico, será na presunção de inocência, como ‘norma de juízo’, que serão aplicadas no nível judicial de efetivação das normas ao caso concreto.” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. pp. 424 e 425). Essa tripartição das formas pelas quais a presunção de inocência se apresenta não é integralmente acolhida pela doutrina, havendo quem defenda que apenas duas formas determinam a sua incidência - onde também não há consenso sobre seus elementos. Magalhães Gomes Filho, por exemplo, coloca em dúvida a existência de ônus de prova no processo penal, de modo que, de uma forma ou de outra, tudo deve se resolver em favor do acusado no momento da decisão, revelando a sua opção pela subdivisão do princípio apenas em regra de tratamento e regra de juízo (GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Significados da presunção de inocência*. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio [Orgs.]. *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006, p. 326). No mesmo sentido sobre ausência do ônus da prova para o Ministério Público se posiciona Jorge de Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 213). Para Gustavo Badaró, sob uma visão técnico-jurídica, a presunção de inocência se decompõe em regra de tratamento e regra de julgamento, relacionada à necessidade de prova além da dúvida razoável para uma condenação (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63). Na mesma concepção dual da presunção de inocência, Montañes Pardo a distingue apenas em regra de tratamento e regra de juízo, esta última, porém, compreendida como o ônus que recai apenas à acusação de provar a culpabilidade do acusado (PARDO, Miguel Ángel Montañes. *La presunción de inocencia - análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999. pp. 41 a 44).

3.3.1 Regra probatória

Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a materialidade do delito e a culpabilidade do acusado. No Brasil, não compete ao réu demonstrar sua inocência, mas ao Ministério Público ou ao querelante comprovar - por meio de provas idôneas, coligidas no âmbito de um processo regularmente formado, presidido e instruído - a culpabilidade do acusado. Esta, juntamente com a regra de juízo, compõe o núcleo da presunção de inocência na tradição jurídica nos países de matriz anglo-saxã.

Sobre o tema, o Ministro Celso de Mello expõe o antagonismo do atual sistema constitucional com regimes de matiz autoritária do passado e explica com a clareza habitual a distribuição do ônus probatório no processo penal:

Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe ao Ministério Público comprovar, de forma inequívoca, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (DL 88, de 20-12-1937, art. 20, 5). Não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou tribunal a pronunciar o *non liquet*.¹³⁶

A distinção probatória da presunção de inocência permite evidenciar o caráter objetivo desta atividade como responsabilidade exclusiva do órgão da acusação, que deve produzir provas lícitas, de acordo com a lei e demais princípios correlatos. Essa concepção em muito se diferencia da norma de juízo, carregada de elementos subjetivos como suficiência, probabilidade e dúvida, de forma que não basta a convicção do juiz para que se legitime um decreto condenatório: é

¹³⁶ STF - HC 73.338/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, 1ª T. DJ Nr. 246 de 19.12.1996.

necessário indicar as provas incriminadoras legítimas para a edição de um decreto condenatório. Por essa concepção se coloca em evidência que apenas provas processualmente idôneas poderão constar nos autos e influir no julgamento, a partir da interação normativo-constitucional com outros valores de mesma estatura, como a necessidade de motivação das decisões judiciais e duplo grau de jurisdição na área penal.¹³⁷

3.3.2 Regra de juízo ou decisória

Enquanto a regra probatória determina sobre quem recai o dever de comprovar, de acordo com a lei, a materialidade e autoria do delito, aqui se indica que tipo de juízo é necessário para uma condenação, afastando aquele formado por meras probabilidades, especulações e conjecturas, permanecendo apenas a certeza como apta a escorar uma sentença penal procedente.

Deve incidir no momento da análise das provas produzidas segundo a regra probatória, ou seja, apenas após a acusação ter se desincumbido do seu ônus e produzido provas idôneas é que se fará o exame da presunção de inocência como regra de juízo, a partir da valoração de conceitos subjetivos na determinação da suficiência dos elementos de convicção reunidos no processo. Somente um conjunto de provas suficientes poderá derrubar a presunção de inocência do acusado.¹³⁸

¹³⁷ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 466.

¹³⁸ Para Zanoide de Moraes a conotação subjetiva repousa na “[...] determinação da ‘suficiência’ da atividade probatória, para reverter o ‘estado de inocência’ constitucional e conferido ao cidadão antes e durante a persecução penal. Como ‘norma probatória’ a constatação é objetiva: se a acusação produziu prova incriminadora e lícita, pouco importando se ela é ou não suficiente. Esse é o punctum saliens que difere a presunção de inocência como ‘norma de juízo’ e como ‘norma probatória’: a noção de suficiência. Para se examinar esse direito constitucional como ‘norma de juízo’, é preciso já se ter como certo que o órgão acusador cumpriu seu ônus probatório e que a prova por ele produzida é lícita e incriminadora. Avaliá-la como ‘suficiente’ é a resposta a que se chegará ao final do exame da presunção de inocência como ‘norma de juízo’” – destaques no original (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 469).

Trata-se de critério ético para evitar injustiças em desfavor de um acusado injustamente. Para a imposição de qualquer condenação, é necessário provar, acima de qualquer dúvida razoável a partir de um juízo de certeza formado pela convicção do julgador. É nesta acepção que se evidencia o *in dubio pro reo*: não havendo certeza, mas dúvidas sobre os fatos em discussão, é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente, segundo valores cultuados desde a antiguidade romana.¹³⁹

De fato, a adoção de uma postura alinhada com a escolha política adotada pela constituição para o processo penal precisa contar com um limite interventivo, um gatilho a ser acionado no instante em que se consideram circunstâncias próprias para que as piores consequências decorrentes de um erro judiciário possam resultar do processo como instrumento de distribuição de justiça e pacificação social. Nessa perspectiva, a própria lógica processual constitucional propicia os elementos para o desarme da sua consequência mais aviltante: a condenação de um inocente. Se há dúvidas, a absolvição se impõe.

¹³⁹ A identificação do critério de julgamento *in dubio pro reo* com a presunção de inocência encontra alguma divergência na doutrina. Para Montañes Pardo, apesar da íntima relação que guardam entre si e que ambos sejam manifestação de um genérico conceito do *favor rei*, existe uma diferença de alcance que deve ser considerada, já que o *in dubio pro reo* não se aplica quando hajam sido produzidas provas de acordo com o princípio da presunção de inocência e não exista dúvidas quanto ao seu conteúdo incriminatório (PARDO, Miguel Angel Montañes. *La Presunción de Inocencia - Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999. p. 48). Na mesma linha pela rejeição da equivalência entre os institutos, Ricardo Alves Bento argumenta que o *in dubio pro reo* vigoraria apenas em alguns momentos do processo enquanto a presunção tem aplicação desde o inquérito policial até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória (BENTO, Ricardo Alves. *O dogma constitucional da presunção de inocência*. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo Penal e garantias constitucionais*. Ed. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006. p. 581). Por outro lado, Figueiredo Dias compreende a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* como institutos equivalentes e fundamentais ao processo penal em qualquer Estado de Direito (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004. p. 214). Por fim, Canotilho identifica nos princípios da presunção de inocência e *in dubio pro reo* a dimensão jurídico-processual do princípio jurídico-material da culpa concreta como suporte axiológico-normativo da pena (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2007. p. 519).

3.3.3 Regra de tratamento

Mais importante ao presente trabalho, pela ótica do tratamento ao acusado a presunção de inocência impõe aos órgãos encarregados da persecução penal, durante as suas etapas, observância e respeito pela pessoa do acusado, para que seja tratado de forma antagônica ao do condenado. Os órgãos públicos estão, enfim, proibidos de agir e se comportar em relação ao suspeito, indiciado ou réu como se este fosse desde logo culpado. Magalhães Gomes Filho destaca a importância central deste aspecto:

A vedação a qualquer forma de identificação do suspeito, indiciado ou acusado à condição de culpado constitui inegavelmente, o aspecto mais inovador do princípio inscrito no art. 5.º, LVII, da nova Constituição, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado.¹⁴⁰

Por essa ótica, como postulado diretamente relacionado com a liberdade individual, determina um comportamento geral em face do indivíduo acusado para prevenir qualquer medida que represente prematuro reconhecimento de culpabilidade ou quaisquer repercussões negativas decorrentes exclusivamente da imputação. Desse modo, especialmente os intervenientes do processo devem se abster de promover desnecessariamente o agravamento da condição já naturalmente infamante do acusado.¹⁴¹ A garantia de trato é a forma mais proeminente da presunção de inocência nos países de tradição romano-germânica (*civil law*), como já se via relacionada explicitamente na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

¹⁴⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 42.

¹⁴¹ Talvez o exemplo mais viçoso desse aspecto da presunção de inocência seja a vedação, *a priori*, da imposição do uso de algemas ao acusado, que poderá, todavia, ser determinado se presentes motivos justificantes idôneos, conforme estabelecido na Súmula Vinculante nº 11 do STF: “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.”

No entanto, enquanto as formas probatória e de juízo tendem a ser aplicadas de forma absoluta,¹⁴² é característica distintiva da regra de tratamento que possa ser reduzida ou mesmo suprimida desde que estejam presentes determinadas condições especiais.¹⁴³

Dessa conclusão se induz que são permitidas medidas coativas, que devem, contudo, sempre estar embasadas em excepcionalidade imperativa de ordem pública, ou interesse eminentemente instrumental, vinculado ao asseguramento da utilidade e eficácia do resultado final do processo.¹⁴⁴ Havendo concreta possibilidade de vulneração da ordem pública ou do esvaziamento da atividade jurisdicional em virtude de situação de perigo que possa comprometer o provimento definitivo, deve o magistrado servir-se das medidas cautelares previstas no ordenamento jurídico, e, em qualquer caso, a prisão deve sempre ser a última

¹⁴² Embora haja entendimento que possa ser aplicada tal coisa como *in dubio pro societate* em alguns momentos específicos da persecução penal - como no oferecimento da denúncia, na sentença de pronúncia no procedimento do júri e na apreciação da revisão criminal -, ficamos com a posição defendida por ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 412, pela incompatibilidade desse tipo de avaliação - em prejuízo do acusado - com o Estado Democrático de Direito. Para Moraes Pitombo, é fácil perceber que “[...] a expressão *in dubio pro societate* não exhibe o menor sentido técnico. Em tema de direito probatório, afirmar-se: ‘na dúvida, em favor da sociedade’ consiste em absurdo lógico-jurídico. Veja-se: em face da contingente dúvida, sem remédio no tocante à prova - ou na imaginada incerteza-, decide-se em prol da sociedade. Dizendo de outro modo: se o acusador não conseguiu comprovar o fato, constitutivo do direito afirmado, posto que conflitante despontou a prova; então, se soluciona a seu favor, por absurdo. Ainda, porque não provou ele o alegado, em face do acusado, deve decidir-se contra o último. Ao talante, por mercê judicial o vencido vence, a pretexto de que se favorece a sociedade: *in dubio contra reum*. Só o exagerado positivismo jurídico quase desaparecido pode tolerar o sério mal-entendido. O fenômeno processual mantém-se: a acusação não suportou o *onus probandi* (PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Pronúncia e o in dubio pro societate*. In: *Obra em Processo Penal*. São Paulo: Singular, 2018. p. 431).

¹⁴³ Maier esclarece este ponto argumentando que, mesmo historicamente, a presunção de inocência jamais serviu ao propósito de impedir, de forma absoluta, o uso da coerção estatal durante o processo penal. Prova disso é que o próprio texto do art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão concede com a prisão de um acusado, desde que de forma excepcional e estritamente necessária (MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal - tomo I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 511).

¹⁴⁴ Rogério Schiatti Cruz trata do assunto ao dizer que medidas de coerção “[...] destinam-se a proteger os meios (a atividade probatória) e os fins do processo penal (a realização da justiça, com a restauração da ordem jurídica e da paz pública e, eventualmente, a imposição de pena ao condenado ou absolvição do inocente), ou, ainda, a própria comunidade social, ameaçada pela perspectiva de novas infrações penais. O que varia, portanto, não é a justificativa ou a razão final da cautela, mas a dose de sacrifício pessoal decorrente de cada uma delas” (SCHIATTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 3ª ed. Brasília: JusPodivm, 2017. p. 179).

opção.¹⁴⁵ A esse propósito, Romeu Pires de Campos Barros expõe a tensão entre a necessidade do provimento cautelar restritivo de liberdade e a presunção de inocência:

Sendo a liberdade individual um direito fundamental, inerente ao ser humano, amparado pela legislação de todos os países democráticos, representa a medida uma afronta a esse direito, que, somente após o pronunciamento judicial, poderá sofrer qualquer restrição. Daí justificá-la como uma *injustiça necessária*.¹⁴⁶ – destaque no original.

Por outro lado, a dimensão objetiva da eficácia dos direitos fundamentais exige que o poder público tome medidas ativas para garantir a tutela da condição de inocente, consubstanciadas na proteção valores como dignidade, imagem, honra e intimidade no curso da persecução penal. Nesse sentido, deve ser tomada por ilícita a omissão ou negligência de agentes públicos na guarda daqueles valores essenciais que resulte em exposição desnecessária do acusado.

Por outra perspectiva, a eficácia da presunção de inocência como forma de tratamento ultrapassa os limites da mera relação processual para influir também na esfera privada, especialmente quando é esbarrada pelo direito de liberdade de expressão e de comunicação, valores democráticos de estatura igualmente constitucional, essenciais à atividade livre de imprensa. Sobre a amplitude conferida ao acusado pela regra de tratamento, Nereu Giacomolli explica:

A garantia da presunção de inocência produz seus efeitos no interior do processo e também fora dele, bem como no que tange ao tratamento dispensado ao suspeito, acusado, processado ou imputado. Veda formas de tratamento como se o sujeito já

¹⁴⁵ Rodrigo Capez sustenta a existência de um direito fundamental à individualização da medida cautelar pessoal, decorrente do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição Federal para a tutela da liberdade de locomoção. Para o autor “Diante do rol de medidas cautelares pessoais estabelecido pelo legislador e da prisão como *ultima ratio*, o juiz deverá obrigatoriamente partir da(s) medida(s) de menor intensidade para somente então alcançar a(s) de maior intensidade, por força da proporcionalidade e do princípio da gradual afluência na intervenção no direito fundamental de liberdade, individualizando a medida cautelar adequada e necessária à espécie. O direito à individualização, portanto, decorre do art. 5º, LXVI, da Constituição Federal, por se tratar do meio para controlar se o juiz, no caso concreto, racionalmente justificou a necessidade e a adequação da(s) medida(s) escolhida(s), dentre a carta de medidas legalmente instituídas por determinação constitucional.” (CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2017. p. 335).

¹⁴⁶ BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 111

estivesse condenado. Abarca a prática de atos de investigação, processuais e todos os que atinjam o sujeito, tais como a exposição midiática exploratória através de entrevistas coletivas da polícia ou do Ministério Público, afirmativas da autoria dos suspeitos, o uso desnecessário de algemas, a prisão processual como regra, o injustificado recolhimento à prisão para recorrer, a consideração negativa dos registros policiais, de inquéritos policiais ou de processos em andamento, como se o sujeito tivesse maus antecedentes; as identificações desnecessárias, digitais (art. 5º, LVIII, CF) ou fotográficas. A presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito.¹⁴⁷

Por esse ângulo, veículos de comunicação devem esquivar-se de promover um julgamento prévio pela exposição do ainda investigado ou acusado como se já condenado fosse. Montañes Pardo aborda o problema como juízos paralelos: um conjunto de informações publicadas nos meios de comunicação, através do qual se efetua uma valoração prévia sobre a regularidade legal e ética de uma pessoa imputada.¹⁴⁸ Nesse campo há quem defenda, inclusive, que o tratamento correto da questão seria simplesmente proibir a identificação do mero acusado em reportagens noticiosas.¹⁴⁹

Então, a presunção de inocência como forma de tratamento estabelece uma das bases sobre as quais está fundeada a persecução penal no Brasil: durante o processo, somente as medidas cautelares propriamente ditas – prisões processuais ou medidas alternativas de natureza conservativa – é que serão compatíveis com o Estado Democrático de Direito; de outro modo, serão

¹⁴⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

¹⁴⁸ Para o autor, a dimensão extraprocessual da presunção de inocência não constitui um *tertium genus*, de modo que a proteção contra a sua vulneração pode se valer de outros preceitos constitucionais, como a proteção à honra e imagem da pessoa (PARDO, Miguel Ángel Montañes. *La presunción de inocencia - análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999. pp. 66 e 67).

¹⁴⁹ “Não se pode expô-lo à mídia em condições que o aproximem à situação de culpado, esse é um dever de todos aqueles agentes persecutórios, pois a presunção de inocência a todos vincula. Aos meios de comunicação caberia evitar a divulgação de imagens, fotografias ou expressões, notadamente enquanto não houvesse acusação formal em face de uma pessoa (denúncia ou queixa-crime), ou seja, deveriam limitar-se a informar o fato ocorrido, sem qualquer identificação da pessoa” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 510). No mesmo sentido de que deveria prevalecer o segredo a respeito da identidade do acusado justamente porque está em uma posição difícil e dolorosa, e, por isso mesmo, deve reivindicar, como todos os infelizes, o silêncio e o respeito dos homens de bem CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: Librería el Foro, 1960. p. 126.

notoriamente ilegítimas quaisquer medidas que tenham por escopo antecipar total ou parcialmente os efeitos da condenação criminal, ou seja, que tenham caráter satisfativo.¹⁵⁰ Por outro lado, a eficácia extraprocessual da presunção de inocência deve animar a relação social entre particulares, e, especialmente os veículos de informação, devem evitar, a todo custo, retratar um mero suspeito ou acusado como se, desde logo, já culpado fosse.

¹⁵⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1000. Para Zanoide de Moraes “O processo penal é o instrumento pelo qual se garante que a prisão-pena somente será imposta se, ao final, o imputado dor condenado por crime cuja pena seja, em quantidade e qualidade, impositiva de privação de liberdade. Contudo, mesmo no curso da persecução penal, poderá haver, excepcionalmente, privação provisória de liberdade do imputado. Por determinação constitucional, a regra é que o imputado submetido à persecução penal fique em liberdade, mas podem ocorrer situações que autorizem a sua prisão provisória. Insista-se ‘provisória’ é sempre a prisão (material ou processual), nunca a liberdade!” – destaque no original (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal*. In: VAZ, Denise Piovasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; *et al* (Orgs.). *Eficiência e garantismo no Processo Penal - estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 291).

4 INSTITUTOS CORRELACIONADOS

A correta avaliação da presunção de inocência no ordenamento brasileiro não pode prescindir da análise de institutos correlatos, que revelam, no seu conjunto, a opção do constituinte por um processo penal fiador das liberdades individuais e, ao mesmo tempo, instrumento para aplicação do poder punitivo estatal.

4.1 O devido processo legal

A origem do devido processo legal pode ser primeiro verificada na Magna Carta, instrumento assinado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra por pressão de seus barões, e que veio a constituir a base das liberdades inglesas. O seu art. 39 prevê que “Nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, da sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país”.¹⁵¹

Por ser a mais ampla, se constitui como das mais relevantes garantias individuais do Direito Constitucional. Vem explícito no art. 5º, LIV, da Constituição Federal brasileira: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Carreira Alvim define devido processo legal como o princípio fundamental de todo o processo – penal ou civil *latu sensu* -, como sustentáculo de todos os demais princípios que lhe são inerentes.¹⁵² Para Gilmar Mendes, a noção de devido processo legal significa a exigência de um processo justo, que não é apenas aquele formalmente preestabelecido em lei, mas o processo previsto de forma adequada e razoável para a consecução de sua finalidade primordial, que é a garantia e proteção dos direitos fundamentais. Assim, também compreende um

¹⁵¹ Versão integral em inglês disponível em <https://www.constitution.org/eng/magnacar.pdf>. Acesso em 3 jun. 2019.

¹⁵² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 139.

aspecto material ou substancial vinculado às ideias de razoabilidade e de proporcionalidade que condicionam a própria elaboração legislativa das normas processuais, que deve contemplar a necessidade de um processo estabelecido de forma adequada e proporcional à garantia efetiva dos direitos e das liberdades básicas dos indivíduos.¹⁵³

Entende-se, enfim, o devido processo legal como um conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de seus direitos, faculdades de poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Essas garantias abrangidas pelo devido processo não servem apenas aos litigantes como direitos subjetivos, mas configuram, antes, salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimador da própria jurisdição.¹⁵⁴

Como plexo normativo que genericamente contempla os demais princípios inerentes ao desenvolvimento de um processo justo, Lauria Tucci especifica no devido processo legal as seguintes garantias: a) acesso à justiça; b) juiz natural; c) isonomia processual entre as partes; d) plenitude de defesa do indiciado, acusado ou condenado; e) publicidade; f) motivação das decisões judiciais; g) prazo razoável do processo; e, h) legalidade.¹⁵⁵ Pela definição de Gustavo Badaró, trata-se de um princípio síntese:

O princípio do devido processo legal, em seu aspecto processual, é um *princípio síntese*, que engloba os demais princípios e garantias processuais assegurados constitucionalmente. Assim, bastaria que a Constituição assegurasse o devido processo legal e todos os demais princípios dele defluiriam. Não se pode imaginar um *due process* que se desenvolva perante tribunais de exceção ou perante juízes diversos daqueles definidos na Constituição. O processo não será devido, aliás, nem processo será, mas sim mero procedimento, se não se desenvolver em contraditório. Um

¹⁵³ MENDES, Gilmar Ferreira. *Art. 5º, LIV – ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 461.

¹⁵⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo - III Série: estudos e pareceres em Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 6.

¹⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 61.

processo secreto e com decisões não motivadas será um processo arbitrário. – destaque no original.¹⁵⁶

Do mesmo modo, não se concebe como democrático um processo em que o acusado deva provar que não é responsável pelos fatos que lhe são imputados; ou que seja condenado com base em ilações; ou que seja encarcerado desde logo, como mera consequência da sua condição de réu.¹⁵⁷ Modelos processuais com essas características não podem ter lugar no Estado Democrático de Direito, a não ser que se pretenda regredir ao método medieval de fazer justiça, tratado no início deste trabalho e há muito superado.

4.2 Contraditório e ampla defesa

O princípio do contraditório, também denominado *bilateralidade da audiência*, configura na garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5º, LV).¹⁵⁸ Sob a perspectiva dos direitos fundamentais, deve funcionar pela efetivação do binômio ciência/possibilidade de reação, mas, além disso, também deve se prestar a garantir a efetiva participação das partes no processo, franqueando a elas a possibilidade de influir em todas as discussões, fáticas ou jurídicas, em busca de uma decisão favorável a uma pretensão deduzida em juízo.

¹⁵⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 86.

¹⁵⁷ Por essa perspectiva da presunção de inocência como uma das manifestações do devido processo legal, o STF assim já se manifestou: “A CF assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da ‘não autoincriminação’ (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da CF). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito. Órgão que não pode se esquivar da incumbência de fazer da instrução criminal a sua estratégia oportuna de produzir material probatório substancialmente sólido em termos de comprovação da existência de fato típico e ilícito, além da culpabilidade do acusado.” (STF - HC 101.909/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T. DJE de 19.6.2012).

¹⁵⁸ Para Ada Pellegrini Grinover “O princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício de poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que hoje o contraditório é estendido a todos os atos de poder, dentro e fora da esfera estatal (GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo - III Série: estudos e pareceres em Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 16).

Um processo idealmente contraditório deve evidenciar o aspecto da igualdade substancial, a permitir uma participação igualitária, efetiva e plena dos sujeitos processuais ao longo de todo o processo.¹⁵⁹ Na garantia da isonomia entre as partes, o juiz deve atuar de maneira equitativa na condução do processo, guiado pela estrita igualdade entre os usuários da justiça, principalmente para que possam fazer sua causa ser ouvida e entendida; e como um conflito que interfere no ato da palavra, os protagonistas devem estar em igualdade de condições, onde a essência do ato de justiça deve se encontrar no agenciamento desses dois termos: igualdade-palavra.¹⁶⁰

Com o peso constitucional do contraditório como direito fundamental, sua interpretação deve ser na direção da efetividade, para que seja instaurado previamente, tanto na matéria fática como nas questões de direito, que não poderão originar surpresa para as partes, exceto em casos excepcionais e devidamente justificados de concessão de medidas cautelares *inaudita altera pars* para garantir a eficácia da medida (art. 282, §3º CPP), hipótese em que o contraditório será adiado ou diferido - mas sempre estará presente.

A interseção entre contraditório e presunção de inocência se estabelece no ponto em que o acusado deve ter a possibilidade de, primeiro, conhecer a imputação que pesa sobre seus ombros e as provas produzidas pelo órgão acusador para, então, sempre dispondo de tempo hábil, poder contraditá-las e produzir contraprovas para desconstruir a tese acusatória, ou ao menos originar dúvidas suficientes que determinem a sua absolvição pela aplicação do *in dubio pro reo*.¹⁶¹

¹⁵⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 55.

¹⁶⁰ SOULIER, Gérard. *A igualdade de palavra, princípio da democracia e do processo penal*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.) *Processo Penal e Direitos do Homem - rumo à consciência europeia*. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004. p. 212.

¹⁶¹ A propósito do contraditório como elemento necessário à garantia de presunção de inocência: "Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (*essentialia delicti*) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita." (STF - HC 84.580/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T. DJE de 18.9.2009).

4.3 Motivação das decisões judiciais e publicidade

Por mandamento constitucional, toda e qualquer decisão judicial deve ser motivada, sob pena de nulidade. Quando a decisão trata de aplicar o direito penal, o conhecimento dos motivos da decisão assume caráter vital para o resguardo contra o arbítrio e permite a tutela das liberdades do cidadão. Nesse contexto, o princípio da motivação das decisões judiciais, previsto no inciso IX do artigo 93 da Constituição Federal, compreende verdadeiro consectário lógico da garantia do devido processo legal, estabelecido no artigo 5º, LIV, que não se limita a garantir um processo devidamente ordenado, mas também implica a necessidade de que as regras de direito material se apliquem razoavelmente e não de forma arbitrária¹⁶². Daí a imposição da fundamentação das decisões como especial parâmetro para controle da concretização das garantias no processo penal.

Para que esse controle seja viabilizado, a motivação deve ser lançada em todo e qualquer provimento judicial, justificadas todas as opções do magistrado ao longo da atividade decisória, ou seja, a fundamentação deve ser completa, indicando as razões adotadas em cada uma das questões decididas.¹⁶³ Para Lenio Streck, há uma forte responsabilidade política do juiz para que explicita as condições pelas quais compreendeu o caso, ou seja, mais do que fundamentar uma

¹⁶² Embora não seja objeto deste trabalho abordá-las profundamente, é interessante notar que o novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), no seu art. 489, §1º, trata de hipóteses em que há defeito na motivação das decisões, da seguinte forma: §1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

¹⁶³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo - III Série: estudos e pareceres em Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 19.

decisão, é preciso justificá-la: apresentar o fundamento do compreendido ou fundamentar a fundamentação.¹⁶⁴

No Brasil, o sistema de apreciação das provas é de livre convencimento motivado, conforme se vê expressamente no art. 155 do CPP, por onde o juiz está livre para dar às diferentes provas trazidas durante o processo a carga valorativa que lhe parecer apropriada, apontando, contudo, os motivos do seu convencimento e o raciocínio lógico utilizado.¹⁶⁵ É pela motivação que se aprecia se o juiz decidiu com conhecimento da causa, se sua convicção é legítima e não arbitrária, sendo de total interesse da sociedade, e, especialmente, das partes aferir se a decisão foi ou não acertada. Somente pelo conhecimento dos motivos que a fundamentaram que será possível a fiscalização da atividade judicante do magistrado.

O sistema da livre convicção motivada se contrapõe ao sistema das provas tarifadas ou provas legais, onde os meios de prova e o valor dado a cada uma delas encontram-se previamente definidas pela lei. Surgido no século XVII, buscava restringir os poderes dos juízes, limitando a livre apreciação da prova, o que se mostrou ineficiente e acabava por incentivar a tortura para obtenção da confissão, a prova máxima para condenação.

Para Lenio Streck, a obrigatoriedade de fundamentar decisões judiciais é condição para democracia e destaca, ainda, a necessária coerência e integridade das decisões, sob pena de se fazer tábula rasa do art. 93, IX da Constituição

¹⁶⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Princípios da interpretação constitucional*. In: Comentários à Constituição do Brasil. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 83.

¹⁶⁵ Para Vinicius Vasconcellos, a jurisdição processual penal é permeável a abusos decorrentes de leituras arbitrárias do denominado “livre convencimento motivado”, que extrapolam a suposta liberdade do julgador na valoração das provas por meio de um subjetivismo exacerbado e esvaziado da devida motivação das decisões. O autor propõe, então, que, para evitar indevidas compreensões que deduzam uma indevida discricionariedade incontrolável dos julgadores, seja retirado o termo “livre”, ou seja simplesmente adotada a terminologia “valoração racional motivada” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 160 e 161).

Federal.¹⁶⁶ Nesse sentido, a motivação das decisões judiciais no processo penal, além de exigência constitucional, exerce papel fundamental no controle da justiça, tanto pelas partes envolvidas como pela sociedade, em vista do princípio geral da publicidade dos atos processuais. Assegura, dentre outras garantias, o controle da distribuição da justiça, podendo ser considerado, portanto, como principal ponto de legitimação jurídica, política e democrática da função judiciária.¹⁶⁷

Por isso mesmo, o princípio da motivação das decisões judiciais compreende verdadeiro consectário lógico da garantia do devido processo legal, estabelecido no artigo 5º, LIV, que não se limita a garantir um processo devidamente ordenado, mas também implica a necessidade de que as regras se apliquem publicamente e de forma razoável, não arbitrária. Tal como é formatado, o conhecimento dos motivos da decisão é verdadeiro parâmetro para o controle e concretização das garantias fundamentais no processo penal; é fonte de legitimação para a decisão proferida, especialmente a condenatória.¹⁶⁸

No campo das cautelares, é dever do magistrado apontar claramente os motivos do seu convencimento a propósito da necessidade de restringir a presunção de inocência do acusado pela aplicação de uma medida cautelar,

¹⁶⁶ “A coerência e a integridade são, assim, os vetores principiológicos pelos quais todo o sistema jurídico deve ser lido. Em outras palavras, em qualquer decisão judicial a fundamentação – incluindo as medidas cautelares e as tutelas antecipadas – deve ser respeitada a coerência e a integridade do Direito produzido democraticamente sob a égide da Constituição. Da decisão em primeiro grau à mais alta corte do país. Se os Tribunais devem manter a jurisprudência estável, íntegra e coerente, logicamente os juízes de primeiro grau devem julgar segundo esses mesmos critérios.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Coluna Observatório Constitucional. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 07 jun. 2019).

¹⁶⁷ Tradicionalmente a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, para garantir a sua impugnação para efeito de reforma. Contudo, “Mais modernamente, foi sendo salientada a *função política* da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quisquis de populo*, com a finalidade de aferir-se em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.” – destaque no original (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 74).

¹⁶⁸ Para Canotilho, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais é fonte de controle da administração da justiça que exclui o caráter voluntarístico e subjetivo do exercício da atividade jurisdicional, possibilita o conhecimento da racionalidade e coerência da argumentação do juiz e permite às partes interessadas invocar perante as instâncias competentes os eventuais vícios e desvios dessas decisões (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 759).

especialmente se for de natureza corporal.¹⁶⁹ Essa fundamentação somente se mostrará legítima se forem indicados motivos claros e precisos pelos quais se decreta a coerção processual, não sendo satisfatória a mera repetição vazia dos permissivos legais que autorizam a medida.

O que se deve destacar é a necessidade da declaração expressa dos motivos que levaram à decisão de restrição ou supressão da liberdade no caso concreto, tanto nas decisões provisórias como na sentença de mérito.¹⁷⁰ Nesse sentido, a motivação das decisões judiciais no processo penal exerce papel fundamental no controle, tanto pelas partes envolvidas como pela sociedade, em vista do princípio geral da publicidade dos atos processuais. Assegura o controle da distribuição da justiça e a observância da condição de presumido inocente dos acusados, podendo ser considerado, portanto, como principal ponto de legitimação jurídica e democrática da função judiciária.¹⁷¹

Contudo, de nada adianta o réu conhecer as razões da decisão proferida, mas não poder impugná-las, de onde se evidencia a dependência

¹⁶⁹ Nesse sentido a jurisprudência do STF: “A legalidade da decisão que decreta a prisão cautelar ou que denega liberdade provisória deverá ser aferida em função dos fundamentos que lhe dão suporte, e não em face de eventual reforço advindo dos julgamentos emanados das instâncias judiciárias superiores. [...] A motivação há de ser própria, inerente e contemporânea à decisão que decreta o ato excepcional de privação cautelar da liberdade, pois a ausência ou a deficiência de fundamentação não podem ser supridas a posteriori.” (STF - HC 98.862/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T. DJE de 23.10.2009).

¹⁷⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 81.

¹⁷¹ Sobre a motivação das decisões judiciais como fonte de controle da presunção de inocência dos acusados em geral, inclusive no âmbito da justiça menorista: “A internação provisória, antes do trânsito em julgado da sentença, assim como a prisão preventiva, tem natureza cautelar, e não satisfativa, uma vez que visa resguardar os meios ou os fins do processo, a exigir, nos termos do art. 108, parágrafo único, do ECA, a demonstração da imperiosa necessidade da medida, com base em elementos fáticos concretos. Revogada, no curso da instrução, a internação provisória, somente a superveniência de fatos novos poderia ensejar o restabelecimento da medida. Constitui manifesto constrangimento ilegal, por ofensa ao princípio da presunção de inocência e ao dever de motivação, previsto no art. 93, IX, da CF e no art. 106 da Lei 8.069/1990, a determinação, constante da sentença, de imediata execução da medida de internação, independentemente da interposição de recurso.” (STF - HC 122.072/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª T. DJE de 29.9.2014).

recíproca¹⁷² entre o dever de motivação e as possibilidades recursais oferecidas a partir da garantia do duplo grau de jurisdição.

4.4 Duplo grau de jurisdição

O princípio do duplo grau de jurisdição trata de garantir ao vencido o reexame de uma decisão, no mesmo processo, por um órgão judicial diferente. Seu fundamento está na falibilidade humana, permitindo que um grupo de magistrados de segundo grau, supostamente mais experientes, reavalie as provas e a conclusão tomada pelo juiz de primeiro grau, mitigando as chances de erro judiciário. Por outro lado, há um intento psicológico que decorre de uma tendência inata e incoercível do ser humano de se mostrar irredutível.¹⁷³

Como se percebe, há uma relação de estreita dependência entre o dever de motivação e o direito ao recurso no processo penal, porquanto funcionam, juntos, como mecanismo necessário a um modelo processual democrático, que permita o efetivo controle da função jurisdicional.

No Brasil, apenas o art. 158 da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, previu expressamente o duplo grau de jurisdição: “Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Provincias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos”. A Constituição Federal de 1988, com um vasto conjunto de princípios processuais, não o previu expressamente, identificando-se o duplo grau de jurisdição, ora como um princípio implícito extraído da estrutura judiciária hierarquizada de competências recursais estabelecida no capítulo III, que disciplina o Poder Judiciário,¹⁷⁴ ora como inferido da garantia do

¹⁷² Nesse aspecto, Vinicius Vasconcellos pondera: “[...] a necessidade de expor as razões como mecanismo de limitação à discricionariedade do julgador resta esvaziada sem uma posterior possibilidade de questionamento e reforma da decisão”. E questiona: “como a motivação será um controle da atuação judicial, visando à correção da decisão e o respeito aos direitos fundamentais no caso concreto se ela for intangível pelas partes?” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 175).

¹⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, Volume 4*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 404 e 405.

¹⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 73.

contraditório e ampla defesa, assegurados com os meios e *recursos* a ela inerentes.¹⁷⁵

Contudo, o § 2º do art. 5º da Constituição Federal prevê que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Assim, no âmbito convencional, o art. 8º da Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que “toda pessoa tem direito a um recurso efetivo a um tribunal”. O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos trata de forma semelhante no seu art. 14.5, dispondo que “toda pessoa declarada culpada de um delito terá direito a recorrer da sentença condenatória e da pena a um tribunal superior, conforme determinado em lei”; o art. 9º do mesmo tratado garante que “qualquer pessoa que seja privada de sua liberdade por prisão ou encarceramento terá o direito de recorrer a um tribunal para que este decida sobre a legislação de seu encarceramento e ordene sua soltura, caso a prisão tenha sido ilegal”. A Convenção Americana de Direitos Humanos, por sua vez, garante no seu art. 14.5, “h”, que toda pessoa acusada de delito terá o “direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior”; o art. 7.6 do mesmo diploma prevê, por fim, que os recursos judiciais disponíveis pela legislação a qualquer pessoa ameaçada ou privada de sua liberdade não podem ser restringidos ou abolidos.

A avaliação do STF sobre o duplo grau de jurisdição na ordem constitucional brasileira tem sido mais restritiva, para não reconhecê-lo em todos os feitos e todas as instâncias e nem um suposto direito a uma contestação continuada e permanente, sob pena de colocar em xeque a própria segurança jurídica.¹⁷⁶ Especificamente em relação às normas convencionais internacionais, o Supremo tem se posicionado pela superioridade hierárquico-normativa da Constituição Federal sobre os acordos de que o Brasil é signatário. No julgamento do HC 88.420, por exemplo, o STF negou o status constitucional do duplo grau de jurisdição e reforçou o caráter supralegal das normas previstas na Convenção

¹⁷⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 291.

¹⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 415.

Americana de Direitos Humanos.¹⁷⁷ A partir da alteração promovida ao § 3º do art. 5º pela EC nº 45/2004, uma cláusula de abertura passou a permitir a incorporação ao ordenamento constitucional de tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, com a força de emenda, obedecido o rito procedimental mais rigoroso próprio da espécie. Contudo, até o momento apenas dois tratados foram incorporados seguindo o rito das emendas constitucionais, e ambos cuidam de temas relacionados a pessoas com deficiência¹⁷⁸

Assim, embora haja debates sobre sua origem implícita ou inferida de outros dispositivos do texto constitucional, não há dúvidas quanto à consagração convencional do duplo grau de jurisdição, o que acarreta reflexos inevitáveis no ordenamento jurídico brasileiro, ainda que se discuta o grau hierárquico das normas previstas em tratados internacionais de direitos humanos.¹⁷⁹

Há um fundamento político para o duplo grau de jurisdição, para que toda decisão esteja sujeita a reexame e nenhum ato estatal fique imune a controles.¹⁸⁰ Para Maier, por outro lado, o fundamento para a possibilidade do reexame de uma sentença está em conferir uma dupla conformidade à sentença condenatória como condição para execução da pena estatal.¹⁸¹ Nessa mesma

¹⁷⁷ “O acesso à instância recursal superior consubstancia direito que se encontra incorporado ao sistema pátrio de direitos e garantias fundamentais. Ainda que não se empreste dignidade constitucional ao duplo grau de jurisdição, trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cuja ratificação pelo Brasil deu-se em 1992, data posterior à promulgação do CPP. A incorporação posterior ao ordenamento brasileiro de regra prevista em tratado internacional tem o condão de modificar a legislação ordinária que lhe é anterior” (STF - HC 88.420/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª T. DJ de 8.6.2007).

¹⁷⁸ O Tratado de Marraqueche, que facilita o acesso de pessoas cegas, com deficiência visual ou outras dificuldades ao texto impresso de obras publicadas, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013 (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 261/2015, promulgado pelo Decreto nº 9.522/2018); e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007 (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, promulgado pelo Decreto nº 6.949/2009).

¹⁷⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 58 e 59.

¹⁸⁰ Especialmente os atos do Poder Judiciário, cujos membros não são sufragados pelo povo, é preciso que exista ao menos o controle interno sobre as decisões judiciais (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 81).

¹⁸¹ Para o autor a concepção de método de controle dos atos estatais, ao permitir legitimidade bilateral para o manejo de recursos (acusação e defesa) não atende aos preceitos de garantia individual do acusado, que deveria ser o único com legitimidade recursal contra sentença condenatória (MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal - tomo I, Fundamentos*. 2ª ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004. p. 709).

linha, Gustavo Badaró sustenta tratar-se o duplo grau de jurisdição de apenas um único reexame, pois, embora a estrutura judiciária brasileira se organize com o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), respectivamente, como terceiro e quarto grau de jurisdição, a rigor, a interposição de recurso especial ou extraordinário não representa o exercício do duplo grau de jurisdição.¹⁸² Este foi o entendimento do STF por ocasião do julgamento do HC 126.292:

É nesse juízo de apelação que, de ordinário, fica definitivamente exaurido o exame sobre os fatos e provas da causa, com a fixação, se for o caso, da responsabilidade penal do acusado. É ali que se concretiza, em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição, destinado ao reexame de decisão judicial em sua inteireza, mediante ampla devolutividade da matéria deduzida na ação penal, tenha ela sido apreciada ou não pelo juízo a quo. Ao réu fica assegurado o direito de acesso, em liberdade, a esse juízo de segundo grau, respeitadas as prisões cautelares porventura decretadas. Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias, que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória.¹⁸³

Contudo, há que se destacar que a efetivação do duplo grau de jurisdição depende da possibilidade de revisão ampla e efetiva da sentença condenatória pelo órgão *ad quem*, ou seja, sob pena de subversão de seu conteúdo, o recurso que satisfaça aos objetivos do reexame deve ter natureza essencialmente ordinária, com a possibilidade de total reexame do juízo fático empreendido na sentença impugnada, em razão da amplitude da devolução da matéria do tribunal recursal.¹⁸⁴ O que coloca em questão a tradicional

¹⁸² O autor define o conteúdo do duplo grau de jurisdição como “[...] um modelo de sistema judiciário segundo o qual o conteúdo das decisões de mérito poderia ser objeto de duas estatuições sucessivas, por órgãos diversos, sendo que a decisão posterior prevalece sobre a anterior.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual Dos Recursos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 41 e 44). No mesmo sentido, para a efetivação do duplo grau de jurisdição apenas no recurso voluntário contra decisão proferida em primeiro grau de jurisdição GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. *Recursos no Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 25 e 27.

¹⁸³ STF - HC 126.292/SP, voto do Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário. DJE 17.5.2016.

¹⁸⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. pp. 195 e 196.

classificação dos recursos,¹⁸⁵ qualificando-se pelo duplo grau de jurisdição apenas recursos ordinários, com possibilidade de devolução plena da matéria ao tribunal e de fundamentação livre, como é o caso da apelação, ainda que com as limitações próprias da hipótese de recurso contra sentença do Tribunal do Júri.

Dessa forma, um sistema recursal estruturado que permita o reexame dos fatos, das provas produzidas e dos fundamentos que embasaram a decisão, conjugado com o dever de motivação das decisões, devem funcionar como forma de proteção contra o arbítrio e controle do erro judiciário, em proveito do acusado, ainda considerado e tratado, até aqui, com a dignidade do inocente, consagrando um modelo de processo penal que possa funcionar efetivamente como instrumento modulador do poder punitivo estatal.¹⁸⁶

4.5 Duração razoável do processo

A EC nº 45/2004 introduziu formalmente no ordenamento constitucional brasileiro norma que assegura a razoável duração do processo judicial e administrativo no inciso LXXVIII do art. 5º: “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Trata-se de orientação que já se vislumbrava implícita na interpretação conjunta da garantia de acesso à justiça, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, com a necessária proteção efetiva que se consagrava nas convenções internacionais de direitos humanos.

Dentre as constituições brasileiras, apenas o art. 113, item 35, da democrática - mas breve - Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, previa norma semelhante: “A lei assegurará o rápido andamento dos processos nas repartições públicas, a comunicação aos interessados dos

¹⁸⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual Dos Recursos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 35 a 38. Em outros ordenamentos a distinção entre recursos ordinários ou extraordinários se dá com base na circunstância de ter havido ou não o trânsito em julgado da decisão, tal como ocorre na Itália e em Portugal: recursos ordinários são manejados contra decisões não transitadas em julgado, ao contrário dos extraordinários (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 35).

¹⁸⁶ No mesmo sentido sobre o sistema recursal e o fortalecimento do dever de motivação como reforço da presunção de inocência, VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 163.

despachos proferidos, assim como das informações a que estes se refiram, e a expedição das certidões requeridas para a defesa de direitos individuais, ou para esclarecimento dos cidadãos acerca dos negócios públicos, ressalvados, quanto às últimas, os casos em que o interesse público imponha segredo, ou reserva”.

No plano normativo convencional, o art. 9.3 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos prevê que “qualquer pessoa, presa ou encarcerada em virtude de infração penal, deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer as funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade”; o mesmo documento traz no seu art. 14.3, “c” que todo acusado terá direito “de ser julgado sem dilações indevidas”. A Convenção Europeia de Direitos Humanos traz garantia semelhante no seu art. 6.1: “qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável”; o mesmo diploma prevê no art. 5.3 que “qualquer pessoa presa ou detida [...] deve ser apresentada imediatamente a um juiz ou outro magistrado habilitado pela lei para exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada num prazo razoável”.¹⁸⁷ O art. 16 do Estatuto de Roma, ao tratar do adiamento do inquérito e do procedimento criminal, prevê que “nenhum inquérito ou procedimento crime poderá ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de doze meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado [...]”. No âmbito regional, o art. 8.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê que “toda pessoa tem o direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável [...]”; o art. 7.5 trata da pessoa presa: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem o direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que se prossiga o processo”.

Como se vê, a reforma da constituição brasileira de 1988 inovou em relação aos documentos internacionais ao incluir expressamente também o processo administrativo, de onde se pode validamente concluir que o termo inicial

¹⁸⁷ Versão integral disponível em português em https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em 25 jun. 2019.

para a contagem e aferição de um prazo razoável para o desenrolar da persecução criminal se dá ainda na fase investigativa.¹⁸⁸

Como naturalmente ocorre com os princípios, especialmente no processo penal a duração razoável do processo colide com outros princípios fundamentais, em tensão constituída, de um lado, pelo direito à segurança e pela confiança da sociedade na aplicação da lei ao responsável por um fato criminoso e, de outro, o direito à liberdade do acusado, cuja restrição ou supressão pressupõe um devido processo legal, que consome tempo, durante o qual se exige, como regra, que esse acusado seja tratado tal como qualquer cidadão inocente, ainda que os fatos imputados sejam de gravidade maior.¹⁸⁹ A ocorrência de um crime no seio da sociedade reclama a aplicação de uma pena, que desempenha função social relevante pela promoção da prevenção especial, desaconselhando o condenado a repetir seus atos, e pela prevenção geral, que deve desestimular que outros indivíduos procedam a mesma forma, tudo a promover a proteção de interesses constitucionais relevantes, como a vida, integridade física e moral, o patrimônio, o meio ambiente, a ordem econômica e financeira, entre outros.

A grande dificuldade no debate concernente ao tempo é que o seu conceito não é unívoco nem mesmo no campo das ciências exatas. No campo jurídico, a aceleração do tempo como fator decorrente da intensificação das

¹⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 80.

¹⁸⁹ Como consequência, a gravidade abstrata do delito, ou mesmo a sua tipificação como hediondo, por si só não autoriza a decretação de medidas coercitivas em desfavor acusado. Da mesma forma, o clamor público não se presta a fundamentar quaisquer decisões restritivas. Nesse sentido se posiciona o STF de forma uniforme: “Não constitui fundamento idôneo à prisão preventiva a invocação da gravidade abstrata ou concreta do delito imputado, definido ou não como hediondo – muitas vezes, inconsciente antecipação da punição penal.” (STF - HC 90.858/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T. DJU 21.6.2007). “A jurisprudência do STF está sedimentada no sentido de que a alusão à comoção social não consubstancia base empírica idônea para a decretação da prisão preventiva” (STF – HC 92.368/MG, Rel. Min. Eros Grau, 2ª T. DJE 18.4.2008). “A convivência das figuras da prisão cautelar e da presunção de não-culpabilidade pressupõe que o decreto de prisão esteja embasado em fatos que denotem a necessidade do cerceio à liberdade de locomoção. [...] É ilegal a prisão preventiva para garantia da ordem pública, baseada tão-somente na gravidade do fato, na hediondez do delito ou no clamor público. Precedentes.” (STF – HC 91.616/RS, Rel. Min. Carlos Britto, 1ª T. DJ 07.12.2007).

relações sociais e de informações, própria do século XXI, tornou a natural morosidade da justiça na solução de conflitos insuportável.¹⁹⁰

Então, a duração razoável do processo vem materializar na Constituição a necessidade de conciliar as expectativas resultantes da atividade monopolizada pelo Estado, que tem o dever de punir se comprovadamente presentes determinadas circunstâncias de fato de direito. Essa dinâmica já era explicitada por Beccaria:

Disse que a prontidão da pena é mais útil porque, quanto mais curta é a distância do tempo que se passa entre o delito e a pena, tanto mais forte e mais durável é, no espírito humano, a associação dessas duas **idéias**, delito e pena, de tal modo que, insensivelmente, se considera uma como causa e a outra como **conseqüência**, necessária e fatal.¹⁹¹

A correlação entre a duração razoável do processo e a presunção de inocência é, portanto, evidente: pela perspectiva do acusado, sempre se espera possível lançar mão de mais argumentos em prol da sua tese defensiva, ao mesmo tempo em que se busca o encerramento favorável do processo; pela perspectiva da comunidade, o processo judicial nunca é rápido o suficiente e corriqueira é a associação popular entre acusação e condenação, especialmente quando estão presentes institutos como a prisão em flagrante ou confissão.¹⁹² Cernelutti destaca a inconveniência do tempo inerente ao desenvolvimento do processo em matéria penal, que, desgraçadamente, permite a injustiças como a liberdade gozada por quem, depois, se vem a reconhecer a culpa, ou, pior, a detenção sofrida por quem, depois, se vem a reconhecer a inocência.¹⁹³

¹⁹⁰ ROQUE, André Vasconcelos. *A Luta Contra o Tempo Nos Processos Judiciais: Um Problema Ainda Em Busca de Uma Solução*. In: ROCHA, Leonel Severo e DUARTE, Francisco Carlos (coord.) *A Construção Sociojurídica do Tempo: teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 131 e 132.

¹⁹¹ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 72).

¹⁹² Ricardo Alves Bento classifica a duração razoável do processo como um dos quatro elementos da presunção de inocência, juntamente com a garantia política de preservação do estado de inocência, a regra de julgamento no caso de dúvida e a regra de tratamento durante o processo (BENTO, Ricardo Alves. *O dogma constitucional da presunção de inocência*. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo Penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006. p. 577). No mesmo sentido CHAIA, Rubén A. *Concepto y fundamento del Derecho Procesal Penal*. In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires - Bogotá: Editorial Astrea, 2013. p. 16.

¹⁹³ CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960. p. 377).

Em se tratando de suspeito ou acusado preso, a falta de razoabilidade da duração do processo assume contornos dramáticos, seja pela privação da liberdade de alguém presumido inocente - e como tal deve ser tratado - mas também pelos efeitos infamantes do cárcere, que se protraem no tempo e acompanham o acusado mesmo após a soltura, até que a redenção por uma decisão judicial venha definir apenas um início de reabilitação social, caso seja reconhecida a improcedência das acusações e a inocência do acusado. Por isso é que Rogério Lauria Tucci define a duração razoável do processo pela ótica do imputado, como direito à pronta finalização da *persecutio criminis*.¹⁹⁴

De fato, ao deixar de cumprir em tempo razoável a prestação jurisdicional, o Estado produz uma disfuncionalidade do seu poder punitivo, que se enfraquece em legitimidade perante a comunidade, que talvez sequer nem ostente mais qualquer reclamo por uma resposta penal, esvaziando qualquer fim de retribuição ao comportamento ilícito ou função pedagógica e preventiva pela concretização da norma sancionadora.¹⁹⁵

Com efeito, o processo penal enquanto instrumento de obtenção de justiça deve buscar a efetiva solução dos conflitos, e a pendência de resposta e indefinição por período demasiado conduz à insegurança jurídica e deterioração da credibilidade do sistema criminal como capaz de prover resposta a ofensas de natureza criminosa, encorajando a infidelidade dos cidadãos às instituições e a busca da justiça popular ou pelas próprias mãos.

Contudo, esse raciocínio, isoladamente, tende a definir o tempo do processo como adversário da função de pacificação social da prestação jurisdicional. Mas essa conclusão é apenas aparente e incompleta porquanto justiça rápida sem observância de direitos e garantias fundamentais não é justiça, é

¹⁹⁴ Para o autor, se mostra inaceitável a delonga na finalização do processo que ultrapasse o tempo necessário à consecução da finalidade do processo, qual seja, a definição da relação jurídica estabelecida entre o ser humano, membro da comunidade, envolvido em um processo penal, e o Estado: aquele tem o direito ao pronto solucionamento do conflito de interesses de alta relevância social pelo órgão jurisdicional competente (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 209).

¹⁹⁵ SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 3ª ed. Brasília: JusPodivm, 2017. p. 139.

justiçamento, que também não apraz àquela noção de pacificação.¹⁹⁶ Nereu Giacomolli trata do assunto nesse ponto:

A velocidade dos fatos sociais não é proporcional à velocidade do processo. Ao considerar as múltiplas e complexas situações fáticas e jurídicas e a necessidade de ser observado o devido processo, em seu aspecto formal e material, o processo, a decisão judicial reclamam uma reflexão acerca da solução mais adequada ao caso. Para tal, há necessidade de apropriação de um lapso temporal conveniente à melhor solução. Por isso, o direito a um processo sem dilações indevidas reclama a consideração da razoabilidade, para evitar decisões precipitadas e antecipadas. É indubitável a tensão jurídica existente entre a necessidade de um processo rápido (*speedy trial*) e o tempo necessário na busca da melhor solução para o caso concreto. Entre essas duas extremidades há de ser mantido o equilíbrio, determinável em cada caso e em cada situação penal, pois duração razoável não significa dar ao caso penal uma solução instantânea (*fast food*). O norte desse ponto de equilíbrio há de estar previsto em lei, para que a dialética processual possa confrontar a situação fática e jurídica, na busca da melhor solução para o caso. A duração razoável não se aplica somente ao término do processo, mas à prática de todos os atos processuais e das decisões interlocutórias, numa perspectiva de *espaço-tempo* racionalizada.¹⁹⁷

Dessa forma, prazo razoável deve ser aquele estritamente necessário para que o acusado possa exercer, efetivamente e com segurança, as garantias constitucionais inerentes a um devido processo legal conduzido com presteza e eficiência por um Poder Judiciário equipado e preparado para oferecer a prestação

¹⁹⁶ Nas palavras de Carnelutti, o processo se projeta em câmera lenta, munido de certo aparato e certas precauções, e correr ou saltar o faria perder suas características essenciais (CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960. p. 59).

¹⁹⁷ Para o autor, a falta de parâmetros e a ausência de sanções específicas ao descumprimento do prazo razoável contribuem para a ausência de efetividade do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal (GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014. pp. 323 e 324). Gustavo Badaró define a situação, extremamente criticável, como “doutrina do não prazo” (BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 79).

jurisdicional nessas condições.¹⁹⁸ Não há uma receita que possa funcionar para todos os casos, que podem conter especificidades que aumentam ou diminuem o prazo – razoável - necessário para que uma resposta possa ser dada através de um provimento jurisdicional definitivo.¹⁹⁹

4.6 Proporcionalidade

Conforme já visto, o Direito Processual Penal é protagonista na preservação de direitos fundamentais. É a vertente do Direito que sintetiza de maneira mais evidente o permanente conflito entre a pretensão punitiva do Estado e os direitos de liberdade do particular. Como foco permanente de atrito entre eficiência – no mais das vezes confundida com celeridade e prontidão próprias do simples justicamento, em discurso demasiadamente inflamado pela sensação de emergência permanente – e preservação de direitos fundamentais, é mais do que o mero ordenamento de atos direcionados a prover jurisdição, mas exteriorização do próprio modelo político escolhido para legitimar a aplicação da punição ao criminoso.

Esse embate entre justiça e garantias impõe um equilíbrio. É nesse contexto que a ideia de proporcionalidade se apresenta como mecanismo de

¹⁹⁸ Sobre essa dinâmica entre duração razoável com exercício dos direitos de defesa, Canotilho destaca: “Uma dimensão importante do princípio da inocência do arguido, mas que assume valor autónomo, é a obrigatoriedade de julgamento no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa (nº 2, *in fine*). A demora do processo penal, além de prolongar o estado de suspeição e as medidas de coacção sobre o arguido (nomeadamente a prisão preventiva), acabará por esvaziar de sentido e retirar o conteúdo útil ao princípio da presunção de inocência. O *direito ao processo célere* é, pois, um corolário daquela. Esta garantia tem a ver não só com os prazos legais para a prática dos actos processuais mas também com a sua observância pelo próprio tribunal. O direito ao processo célere engloba no seu âmbito normativo o ‘princípio da aceleração do processo’ articulado com o princípio da oralidade, imediação e concentração. Note-se, porém, que o ‘princípio da aceleração do processo’ tem de ser compatível com as ‘garantias de defesa’, o que implica a proibição do sacrifício dos direitos inerentes ao estatuto processual do arguido a pretexto da necessidade de uma justiça célere e eficaz (processos de urgência).” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Revista dos Tribunais, 2007. p. 519).

¹⁹⁹ Nesse sentido, por exemplo, o STF concede que pluralidade de réus, a expedição de cartas precatórias, o ajuizamento de inúmeras medidas liberatórias e a existência de outros processos criminais em andamento tornam mais lenta a instrução do processo e podem constituir-se em fatores determinantes para o alongamento dos prazos, no limite do razoável. (STF – HC 113.189/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 2ª T. DJ Nr. 70 de 17.4.2013).

extrema significação para um processo penal verdadeiramente acusatório e democrático.

As normas constitucionais não são ilimitadas ou absolutas, mas compõem um conjunto harmônico em que seus elementos se autolimitam, de modo que cada princípio ou garantia não seja anulado por outro princípio ou garantia. Assim, interpretação da Constituição demanda uma constante atividade de compatibilização, de forma que toda ordem constitucional seja observada e cumprida. É natural, contudo, que em determinadas situações a colisão entre princípios torne impossível a sua compatibilização. A solução deste problema foi construída pela teoria constitucional, a qual delineou um princípio de interpretação que, por meio do balanceamento dos valores antagônicos, dá prevalência a um deles em detrimento do outro. Por meio da proporcionalidade, o juiz projeta e examina as possíveis soluções, comparando os interesses para, finalmente, escolher o bem mais valioso e que se harmoniza com os princípios e fins que informam todo o sistema.²⁰⁰

Trata-se de uma situação absolutamente compreensível em razão do extenso rol de direitos fundamentais contemplados, todos com igual dignidade, como corolário próprio de uma unidade hierárquico-normativa do texto constitucional, e da miríade de circunstâncias e fenômenos possíveis nas relações sociais.²⁰¹ A solução deve sair do próprio ordenamento, que deve ser capaz de indicar qual direito deverá ceder passo a outro de maior peso e importância no caso concreto. Segundo Bonavides, o Direito Constitucional e o princípio da proporcionalidade estão vinculados pelos direitos fundamentais.²⁰²

Embora não previsto de forma expressa na Constituição Federal, é possível identificar o princípio da proporcionalidade como aspecto do próprio devido processo legal previsto no art. 5º, LIV.²⁰³ Este é o campo natural para sua utilização,

²⁰⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo: III série: estudos e pareceres de processo penal. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 22-25.

²⁰¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995. p. 199.

²⁰² BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 404.

²⁰³ Embora o princípio da proporcionalidade, como critério de julgamento, não esteja explicitamente previsto, a presença da proporcionalidade no corpo constitucional é bem nítida, onde é possível encontrar o vocábulo em 14 dispositivos: Art. 5º, V; art. 7º, V e XXI; art. 41, §2º e §3º; art. 45 e seu §1º; art. 58, §1º e §4º; art. 71, VIII; art. 93, XIII; art. 155, §4º, II; art. 159, II; art. 212, §6º.

enquanto instrumento de ponderação de direitos e garantias fundamentais, capaz de resguardar com primazia o núcleo essencial dos interesses elementares em colisão.

O STF tem se valido da proporcionalidade no campo penal como critério, entre outros, de aferição de constitucionalidade das leis processuais, inclusive em face da violação da presunção de inocência²⁰⁴, de avaliação da necessidade concreta de segregação cautelar,²⁰⁵ do tratamento dispensado ao acusado no uso

²⁰⁴ “A interdição legal *in abstracto*, vedatória da concessão de liberdade provisória, incide na mesma censura que o Plenário do STF estendeu ao art. 21 do Estatuto do Desarmamento (ADI 3.112/DF), considerados os postulados da presunção de inocência, do *due process of law*, da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade, analisado este na perspectiva da proibição do excesso. O legislador não pode substituir-se ao juiz na aferição da existência de situação de real necessidade capaz de viabilizar a utilização, em cada situação ocorrente, do instrumento de tutela cautelar penal. Cabe, unicamente, ao Poder Judiciário aferir a existência, ou não, em cada caso, da necessidade concreta de se decretar a prisão cautelar.” (STF - HC 94.404/SP, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T. DJE de 18.6.2010).

²⁰⁵ “A prisão, antes da condenação definitiva, pode ser decretada segundo o prudente arbítrio do magistrado, quando evidenciada a materialidade delitiva e desde que presentes indícios suficientes de autoria. Mas ela deve guardar relação direta com fatos concretos que a justifiquem, sob pena de se mostrar ilegal. No caso sob exame, a reiteração criminosa aludida pelo magistrado processante na decisão que indeferiu a liberdade provisória está fundada apenas em uma denúncia anônima, que teria indicado o paciente como sendo um traficante local. Custódia cautelar que, além de não estar devidamente motivada, mostra-se desproporcional e desnecessária à espécie.” (STF - HC 108.483/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2ª T. DJE de 16.11.2011).

arbitrário de algemas²⁰⁶ e na avaliação da própria tipicidade material da conduta em face da incidência do princípio da insignificância.²⁰⁷

A avaliação dessas atividades que de alguma forma intervêm nas liberdades individuais é feita por meio de três subprincípios, ou denominado critério trifásico. O primeiro componente intrínseco à proporcionalidade em sentido amplo é a pertinência, onde a medida restritiva será considerada adequada quando for apta a atingir o fim proposto, inclusive pela perspectiva da quantidade e duração do ataque ao direito fundamental. O segundo subprincípio é a necessidade, ou mandamento de uso do meio mais brando, que impõe a escolha da medida menos gravosa dentre aquelas idôneas ao fim pretendido. Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, a fim de que seja constatada a justificativa de interferência na esfera de direitos do cidadão.²⁰⁸ Contudo, como alerta Humberto Ávila, a aplicação da proporcionalidade como postulador estruturador de princípios não é irrestrita e

²⁰⁶ “O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. O emprego dessa medida tem como balizamento jurídico necessário os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.” (STF - HC 89.429/RO, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª T. DJ de 2.2.2007).

²⁰⁷ “A insignificância penal expressa um necessário juízo de razoabilidade e proporcionalidade de condutas que, embora formalmente encaixadas no molde legal-punitivo, substancialmente escapam desse encaixe. E escapam desse molde simplesmente formal, como exigência mesma da própria justiça material enquanto valor ou bem coletivo que a nossa CF prestigia desde o seu principiológico preâmbulo. Justiça como valor, a se concretizar mediante uma certa dosagem de razoabilidade e proporcionalidade na concretização dos valores da liberdade, igualdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc. Com o que ela, justiça, somente se realiza na medida em que os outros valores positivos se realizem por um modo peculiarmente razoável e proporcional. A justiça não tem como se incorporar, sozinha, à concreta situação das protagonizações humanas, exatamente por ser ela a própria resultante de uma certa cota de razoabilidade e proporcionalidade na historicização de valores positivos (os mencionados princípios da liberdade, da igualdade, da segurança, bem-estar, desenvolvimento, etc.). Daí que falar do valor da justiça é falar dos outros valores que dela venham a se impregnar por se dotarem de um certo quantum de ponderabilidade, se por este último termo (ponderabilidade) englobarmos a razoabilidade e a proporcionalidade no seu processo de concreta incidência. Assim como falar dos outros valores é reconhecê-los como justos na medida em que permeados desse efetivo quantum de ponderabilidade (mescla de razoabilidade e proporcionalidade, torna-se a dizer). Tudo enlaçado por um modo sinérgico, no sentido de que o juízo de ponderabilidade implica o mais harmonioso emprego do pensamento e do sentimento do julgador na avaliação da conduta do agente em face do seu subjetivado histórico de vida e da objetividade da sua concreta conduta alegadamente delitiva.” (STF - HC 110.940/MS, Rel. Min. Ayres Britto, 2ª T. DJE de 21.6.2012).

²⁰⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. pp. 410 e 411.

depende de uma relação de causalidade concreta entre meio e fim, sem o que não se permite a incidência a partir do critério trifásico.²⁰⁹

Especialmente no campo das cautelares, a proporcionalidade é instrumento central para resguardar o correto tratamento do acusado em face de possíveis atos de coerção processual, física ou patrimonial. A tutela cautelar não se baseia em nenhum juízo de certeza, já que, justamente em razão da urgência, a decisão deve ser proferida antes do término da instrução regular do processo, de modo que não é possível ao juiz aprofundar sua cognição sobre os pressupostos fáticos para aplicação da regra de direito material em cognição sumária. Nesse sentido, o imputado presumivelmente inocente só pode ser constrangido para assegurar o resultado final do processo, ou a sociedade contra riscos concretos e cabalmente demonstrados, em juízo de proporcionalidade claramente apontado na decisão pelo magistrado, e a prisão antes da condenação, em qualquer caso, é sempre *ultima ratio*, de acordo com os princípios constitucionais correlatos.

Com efeito, a proporção impõe-se como condição de legalidade e verdadeira expressão do próprio controle de constitucionalidade dos atos estatais, na medida em que permite a aplicação harmônica do ordenamento jurídico em sua completude, preservando a unidade da Constituição ao mesmo tempo em que permite a acomodação das constantes transformações sociais.²¹⁰ Paulo Bonavides,

²⁰⁹ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 174

²¹⁰ “A legalidade processual penal, como pressuposto formal para o exame da proporcionalidade, aufere toda sua justificação e impositividade do texto expresso da Constituição. O preceito do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, CR), em sua feição material (“substantive process of law”), associado às regras da legalidade geral (art. 5º, inciso II, CR) e penal material (art. 5º, inciso XXXIX, CR), formam a base jusfundamental que determina a imprescindibilidade de que toda medida estatal processual penal restritiva de direito fundamental seja prévia, escrita, estrita e se dirija a um fim constitucionalmente legítimo.” (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. 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. 315)

inclusive, trata a proporcionalidade como verdadeiro axioma constitucional e alerta para a necessidade de enfatizar a força cogente de sua normatividade.²¹¹

²¹¹ “Poder-se-á enfim dizer, a esta altura, que o princípio da proporcionalidade é hoje axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito, bem como regra que tolhe toda ação ilimitada do poder do Estado no quadro de juridicidade de cada sistema legítimo de autoridade. A ele não poderia ficar estranho, pois, o Direito Constitucional brasileiro. Sendo, como é, princípio que embarga o próprio alargamento dos limites do Estado ao legislar sobre matéria que abrange direta ou indiretamente o exercício da liberdade e dos direitos fundamentais, mister se faz proclamar a força cogente de sua normatividade.” (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 32ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 446).

5 O PROBLEMA DA EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA – ANÁLISE CRÍTICA DO MODELO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

5.1 Panorama atual - considerações gerais

A possibilidade de execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, tem gerado amplos debates sociais, doutrinários e jurisprudenciais. Como será detalhado mais adiante, no período de apenas dez anos, o STF alterou por três vezes, de maneira completa, e no mais das vezes por apertada maioria, a sua compreensão constitucional a propósito da possibilidade de aplicação da pena após o reexame da causa e confirmação da condenação por órgão colegiado de segundo grau – e essa circunstância deve ser observada considerando, também, o fato da promulgação da Constituição ter se dado há apenas pouco mais de 30 anos.

Como pioneira ao consignar de forma expressa a presunção de inocência como pilar do processo penal brasileiro, a Constituição Federal de 1988 procurou garantir a possibilidade de punição estatal apenas após regular atividade processual, com observância de todas as garantias exigidas pelo devido processo, em estreita relação com a origem civilizatória inaugurada pela Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Contudo, o constituinte brasileiro foi mais adiante do que se estabeleceu mais comumente nas constituições de outros países democráticos, ou do que se convencionou nos documentos internacionais de direitos humanos, que estabelecem, de forma geral, a comprovação legal da culpa como critério para afastamento da presumida inocência: consignou expressamente que a ninguém se pode ser atribuída a condição de culpado senão após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Passa-se a analisar a opção adotada pelo constituinte.

5.2 Histórico jurisprudencial do STF

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, o STF tradicionalmente sustentava o entendimento de que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não violava a presunção de inocência segundo a conformação dada pelo inciso LVII do art. 5º, autorizando o início do cumprimento de pena na pendência de recursos sem efeito suspensivo, conforme, inclusive, disposto no ainda vigente art. 637 do CPP: “O recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância, para execução da sentença”.²¹²

Em fevereiro de 2009, contudo, o Plenário do Supremo, no julgamento do HC 84.078/MG (processo que ingressou na Corte no ano de 2004), por maioria, produziu uma mudança importante na sua jurisprudência, para passar a considerar inconstitucional a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, conforme ementa a seguir:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA “EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA”. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O art. 637 do CPP estabelece que “[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença”. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. 2. 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. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente

²¹² Conforme, por exemplo, ementa do seguinte julgado: “HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CRIME HEDIONDO. LIBERDADE PROVISÓRIA. O RE não tem efeito suspensivo. Não susta a execução da decisão condenatória. Homicídio duplamente qualificado, crime tipificado na L. 8.072/90 - crimes hediondos. O regime para cumprimento da pena integralmente fechado é incompatível com a liberdade provisória. Habeas conhecido e indeferido.” (STF – HC 79.814/SP, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª T. DJ de 13.10.2000). Na mesma linha, vide HC 74.983/RS, Rel. Min. Carlos Velloso. Pleno. DJ 29.08.1997; HC 80.174/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T. DJ 12.4.2002; RHC 84.846/RS, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T. DJ 10.12.2004.

pode ser decretada a título cautelar. 4. 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. 5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos “crimes hediondos” exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: “Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinqüente”. 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7.

No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei n. 2.364/61, que deu nova redação à Lei n. 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque --- disse o relator --- “a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição”. Daí porque a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1.988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando

transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida.²¹³

Passados apenas sete anos, no julgamento do HC 126.292/SP, a composição plenária do STF retomou orientação antes predominante na Corte e assentou, por maioria estreita, a tese segundo a qual a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, conforme ementa a seguir:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.²¹⁴

O entendimento ainda foi posteriormente reafirmado em regime de repercussão geral, a partir de decisão tomada pelo Plenário Virtual do STF na análise do Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, e passou, então, a vincular as decisões proferidas nas demais instâncias do Poder Judiciário.²¹⁵

A decisão por estreita maioria do Supremo de retomar a antiga jurisprudência para permitir a execução provisória da pena a partir do trânsito em julgado da decisão de segunda instância provocou reações severas no campo social, doutrinário e jurisprudencial. Nesse contexto, o Partido Ecológico Nacional,

²¹³ STF – HC 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Plenário. DJE 26.2.2010.

²¹⁴ STF – HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário. DJE 7.2.2017.

²¹⁵ “Ementa: CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. JURISPRUDÊNCIA REAFIRMADA. 1. Em regime de repercussão geral, fica reafirmada a jurisprudência do STF no sentido de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário a que se nega provimento, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria.” (STF – ARE 964.246/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário Virtual. DJE de 25.11.2016).

o Partido Comunista do Brasil e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ajuizaram, respectivamente, as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nº 43, nº 44 e nº 54, em que se buscava novamente discutir a constitucionalidade de se determinar o cumprimento de pena antes de esgotados todos os recursos disponíveis, a partir da avaliação da compatibilidade do art. 283 do CPP (com redação dada pela lei nº 12.403/2011: “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”) com o inciso LVII, do art. 5º da CF, com pedido de decisão liminar para suspensão de todas as execuções provisórias.

Nessas ações de controle concentrado de constitucionalidade o Relator, Ministro Marco Aurélio (vencido no julgamento que retomara a jurisprudência pela constitucionalidade da execução provisória), votou pela concessão de liminar para suspender todas as execuções provisórias após decisão colegiada de segunda instância determinadas após o HC 126.292, em voto que ficou vencido pela maioria do colegiado, que rejeitou a concessão de medida cautelar. No mérito, contudo, o Plenário do STF decidiu, novamente por estreita maioria de seis a cinco, pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, conforme extrato da decisão a seguir:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019.²¹⁶

A decisão proferida, novamente por apertada maioria, agora em sede de controle concentrado de constitucionalidade, com eficácia vinculante *erga omnes*, representou uma nova reinflexão na jurisprudência da Corte no espaço de poucos anos. Com a conclusão do julgamento, questões práticas de execução se colocam a partir do que não foi definido pelos ministros: embora tenha constado no voto do

²¹⁶ STF – ADC 43, Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 7.11.2019, ata publicada no DJE de 11.11.2019.

Relator a determinação da suspensão das execuções provisórias e a liberação dos presos que não reúnam contra si os elementos que autorizam a hipótese excepcional da prisão preventiva, definidos no art. 312 do CPP, os demais ministros não aderiram a esse entendimento mais prático do Ministro Marco Aurélio. Assim, a aplicação do novo entendimento dependerá de análise caso a caso sobre a necessidade ou não de segregação cautelar – do que se pode especular que eventuais decisões denegatórias de liberdade por juízes das instâncias inferiores poderão redundar em reclamações direcionadas ao Supremo, com pedido de liminar.²¹⁷

5.3 O trânsito em julgado como termo final estabelecido expressamente

Como já se destacou, o inciso LVII, do art. 5º da Constituição Federal definiu que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. A Convenção Americana Sobre Direitos Humanos estabelece no seu art. 8º, item 4: “O condenado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”.

Na falta de definição expressa constitucional, legal ou convencional sobre trânsito em julgado, coube à doutrina processualista estabelecer o conceito como o fenômeno processual que se estabelece sobre decisões judiciais que, apreciando o mérito e ostentando cognição exauriente, não podem mais ser impugnadas por quaisquer recursos.²¹⁸

²¹⁷ Em face da compreensível agitação social a cada mudança completa do posicionamento do STF a propósito da execução da pena após decisão colegiada de segunda instância, com ampla disseminação de informações equivocadas ou simplesmente falsas, coube ao Conselho Nacional de Justiça, com base nos dados do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP, emitir nota para esclarecer que o universo de presos potencialmente beneficiados pela nova decisão, de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória, é de 4.895 mandados de prisão expedidos por Tribunais de Justiça ou Tribunais Regionais Federais, e não 190 mil, como se aventava nas mídias sociais. E desse universo mais restrito, nem todos os presos podem ser libertados porquanto a análise individual de cada caso pode evidenciar a necessidade de segregação cautelar, presentes os requisitos específicos e excepcionais do art. 312 do CPP. Nota disponível em <https://www.cnj.jus.br/nota-sobre-julgamento-das-adcs-43-44-e-54-pelo-stf/>. Acesso em 6 dez. 2019.

²¹⁸ BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 897.

Transitada em julgado a decisão, forma-se, então, a coisa julgada, que o art. 6º, § 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro define como “a decisão judicial de que já não caiba mais recurso”. Pelo conceito clássico de Liebman, não se trata de efeito da sentença, mas uma qualidade, ou modo de ser e de manifestar seus efeitos, que se torna imutável.²¹⁹ Para Ada Pellegrini Grinover, a coisa julgada, inserida expressamente no inciso XXXVI do art. 5º da Lei Maior, é manifestação do princípio da segurança, enunciado no *caput*: na tensão entre os valores de justiça e segurança, o constituinte escolheu um determinado momento processual para prestigiar a segurança jurídica, que no processo penal quer significar a proibição de qualquer juiz se manifestar novamente contra o mesmo réu pelo mesmo fato - após esgotadas ou preclusas as vias recursais, com estabilização da sentença.²²⁰

De qualquer forma, ainda pela lição de Liebman, é preciso destacar a distinção entre a autoridade da coisa julgada, qualificada pela imutabilidade, da eficácia natural da sentença, que constitui sua aptidão de produzir efeitos. De fato, a sentença possui eficácia declaratória antes de passar em julgado, porque é um comando eficaz como um ato perfeito, apto a produzir efeitos; por outro lado, quando se dá a coisa julgada, aquela eficácia adquire novo vigor que antes não tinha, tornando-se incontestável.²²¹ Para o autor italiano, a distinção conserva uma consequência prática importante da coisa julgada, mas que é neutra e incolor no seu conteúdo: reforça, estabiliza, torna imutável a sentença, sem, contudo, alterar o seu conteúdo de modo algum; e justamente por ser neutra e incolor é que se adapta não apenas à declaração proferida, mas também a outros efeitos da

²¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução de textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 6.

²²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. 2013. O Processo - III Série: Estudos e Pareceres Em Processo Penal. Brasília: Gazeta Jurídica. p. 85. Para Frederico Marques o fenômeno da coisa julgada é a “[...] imutabilidade da *entrega da prestação jurisdicional* e seus efeitos, para que o imperativo jurídico contido na sentença tenha a força de lei entre as partes [...]” – destaque no original (MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, V. 3. Revista e atualizada por Eduardo Reale FERRARI e Guilherme Madeira DEZEM. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009. p. 58).

²²¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução de textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 281 e 282.

sentença, como a executoriedade, que permanecerá suspensa apenas se presentes circunstâncias expressamente previstas na norma.²²²

Contudo, conquanto o fenômeno da coisa julgada seja idêntico no processo civil e no processo penal,²²³ neste, os princípios que asseguram e garantem o direito de liberdade do acusado conferem à coisa julgada uma peculiaridade. É que a sua autoridade é apenas relativa nas sentenças condenatórias, que podem se revogar, modificar ou anular a qualquer tempo, mediante revisão criminal, ou até mesmo ação de *habeas corpus*; por outro lado, as sentenças de natureza declaratória negativa, como são as absolutórias, formam coisa julgada absoluta.²²⁴

Para Frederico Marques, sob certos aspectos a imutabilidade da sentença penal se dá *secundum eventum litis*, porquanto tem maior consistência e firmeza quando se trata de decisão *pro reo*. Isso porque, segundo o autor:

Se o *status libertatis* é fundamental para a pessoa humana, constituiria um atentado, sem justificativa, aos princípios que tutelam e garantem a dignidade e os direitos do homem, colocar, em termos absolutos, a proeminência da segurança jurídica, na realização da justiça, a ponto de sacrificar-se um bem jurídico tão relevante, como a liberdade. Tal sacrifício, se alicerçado em sentença injusta, seria ilícito e antijurídico; e é por isso que a imutabilidade das sentenças absolutórias é absoluta, enquanto a das condenações está sujeita a juízo rescisório.²²⁵

Com a literalidade do modelo brasileiro de presunção de inocência guiando todo o processo, desde a fase administrativa investigatória até o trânsito em julgado, o juiz sentenciante de primeiro grau deve necessariamente estar

²²² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires, tradução de textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. pp. 283 a 285.

²²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978. p. 5.

²²⁴ PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Coisa Julgada Civil e Penal*. In: *Obra em Processo Penal*. Organização e notas de Maria Eugênia Gil. São Paulo: Singular, 2018. p. 683. Ou como lembra Ada Pellegrini Grinover, a partir das lições de Pimenta Bueno, a sentença absolutória forma a coisa julgada soberana, que não poderá ser rescindida em hipótese e tempo algum, e de coisa julgada *tout court* a que se forma sobre a sentença condenatória, que poderá ser a qualquer tempo rescindida pela via da revisão criminal (GRINOVER, Ada Pellegrini. 2013. *O Processo - III Série: Estudos e Pareceres Em Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica. p. 87).

²²⁵ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, V. 3. Revista e atualizada por Eduardo Reale FERRARI e Guilherme Madeira DEZEM. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009. pp. 61 a 63.

pautado por essa especialíssima condição do réu. Contudo, se o conjunto probatório produzido no processo trouxer provas suficientes de materialidade e autoria, o réu deverá ser condenado; ou, dito de outro modo, o juiz deixa de presumir a inocência do réu porque, bem ao contrário, tem certeza – além da dúvida razoável! – da sua culpa. Ou ainda: em determinado ponto do processo a presunção de inocência deve necessariamente ser superada para possibilitar a condenação do réu – que deixará essa condição para passar a ostentar a de condenado com base em uma sentença proferida, como é evidente, antes do trânsito em julgado. Quem bem explica esse raciocínio é Weber Martins Batista:

A fórmula consagrada em nossa Constituição, portanto, tomada em sentido puramente literal, não escapa à crítica, por contrariar a lógica mais elementar. Diz o item LVII, do art. 5º, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”. Ora, a sentença condenatória *com* trânsito em julgado pressupõe, necessariamente, uma sentença condenatória *sem* trânsito em julgado e esta, a seu turno, só pode ser prolatada se o juiz mais do que presumir, tiver a *certeza* de que o réu é culpado. Logo, é evidente que o réu deve presumir-se culpado *antes* do trânsito em julgado.²²⁶

Dessa forma, o juiz de primeiro grau está paradoxalmente obrigado a desconsiderar a presunção de inocência do acusado, antes do trânsito em julgado, para que possa validamente condená-lo em vista de elementos sólidos de convicção reunidos durante um processo legal. Contudo, essa decisão, embora deva se revestir da presunção de legitimidade dos atos estatais, ainda permanecerá suspensa por, potencialmente, mais três instâncias recursais.

Essa constatação lógica revela desde logo um verdadeiro paralogismo constitucional que impossibilita o reconhecimento prático da presunção da inocência do início ao fim do processo, assim considerado o esgotamento de todos os recursos possíveis, conforme posição vinculante expressa recentemente pelo STF por ocasião do julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade nº 43, 44 e 54.

²²⁶ BATISTA, Weber Martins. *O Princípio Constitucional de Inocência*. In: Revista Jurídica Do Ministério Público, V. 21, Nº 10, pp. 68 e 69. Disponível em http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=34412. Acesso em 6 ago. 2019.

5.4 O sistema recursal brasileiro

A previsão expressa do princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional, no inciso XXXV da Constituição Federal, consagrou a unidade da jurisdição, competindo aos órgãos do Poder Judiciário decidirem com base na parcela que lhes cabe da jurisdição, atribuída pela definição de competências. Como função essencial do Estado, a definição da estrutura fundamental do Poder Judiciário está prevista no próprio texto constitucional, no capítulo III. Cada uma das esferas jurisdicionais têm os seus tribunais, órgãos superiores com aptidão para fazer valer o duplo grau de jurisdição, reapreciando questões de mérito a partir de recursos interpostos contra decisões inferiores. Há dois tribunais, contudo, que não pertencem a qualquer das Justiças. O STF e o STJ, órgãos de cúpula do Poder Judiciário normalmente destinados a julgar, em grau de recurso extraordinário, as causas que já tenham exaurido todos os graus da justiça ordinária, comum ou especial, ou seja, sobrepondo-se a elas.²²⁷

Então, em uma visão simplificada do ordenamento brasileiro, constata-se a previsão de um recurso de natureza ordinária, abstratamente cabível na maioria dos casos envolvendo sentença condenatória; a apelação permite, em tese, o controle integral da decisão, com potencial de revisão dos fatos e das provas, e da valoração realizada pelo magistrado sentenciante no primeiro grau, consagrando a efetividade do duplo grau de jurisdição no processo, conforme já tratado. É oponível em regra contra decisões definitivas de condenação ou absolvição, inclusive nos casos de absolvição sumária e impronúncia.

Ainda no âmbito ordinário, há o recurso em sentido estrito, cabível em hipóteses previstas em rol que deve ser taxativo,²²⁸ normalmente contra decisões interlocutórias; se este não for admitido cabe carta testemunhável. Os embargos declaratórios são oponíveis contra acórdãos de tribunais, sentenças e, embora sem previsão legal, decisões interlocutórias, quando houver obscuridade, ambiguidade,

²²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 194.

²²⁸ Nesse sentido TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal, Volume 4*. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 439.

contradição ou omissão.²²⁹ Os embargos infringentes, exclusivos da defesa, cabem contra decisão de mérito de segunda instância desfavorável ao réu; embargos de nulidade cabem na mesma hipótese dos embargos de declaração quando a matéria for processual. O agravo regimental, por sua vez, está previsto nos Regimentos Internos dos Tribunais e são oponíveis contra despachos do Presidente da Corte, de Turma ou do Relator que causar prejuízo à parte.

Após o esgotamento das vias ordinárias, há o recurso especial e o extraordinário, que, ao menos em tese, devem tratar de uniformizar e estabilizar a interpretação da legislação federal e das normas constitucionais, e, no caso do recurso extraordinário, o caso deve mostrar repercussão geral da tese jurídica discutida. Do juízo provisório de admissibilidade dos recursos extraordinários pelos tribunais locais cabe recurso de agravo. Com a unificação do regime jurídico dos recursos especial e extraordinário, também em matéria penal passam a ser admitidos os embargos de divergência, com o fim de uniformizar a jurisprudência dos órgãos fracionários do STJ e do STF.

Ao menos em tese, a análise sobre a matéria fática produzida nas instâncias ordinárias não deve ser objeto de reanálise pelas Cortes Superiores, ressalvada eventualmente a atribuição de nova definição jurídica sobre o que consta nos autos do processo. As instâncias ordinárias são, portanto, as vocacionadas à avaliação do conjunto probatório produzido pelas partes. Por isso mesmo, o acesso ao STF e ao STJ deve se dar em caráter excepcional, para que esses órgãos de cúpula possam se dedicar à tarefa de uniformizar a interpretação das normas constitucionais e da legislação federal.²³⁰

²²⁹ Embora os embargos de declaração se caracterizem pela impugnação para o mesmo órgão prolator da decisão, e não para uma instância superior, prevalece que se trata de recurso porquanto é um meio voluntário para reparação de injustiça causada por decisão judicial, dentro da mesma relação processual. Nesse sentido BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual Dos Recursos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp. 305.

²³⁰ A promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004 trouxe diversas normas para conferir maior celeridade na tramitação de processos judiciais. Além de incluir expressamente a duração razoável do processo como direito fundamental, buscou meios para garantir uma justiça mais eficiente e célere, entre eles, o art. 102, § 3º passou a exigir que o recorrente demonstre, no recurso extraordinário, a existência de repercussão geral das questões constitucionais discutidas, como condição para admissibilidade da peça recursal, como forma de restringir a atuação da Corte aos casos de maior importância coletiva, que superem o mero interesse das partes do processo.

Também há sucedâneos recursais, como a correição parcial, que, com roupagem disciplinar, a praxe acabou por legitimar com a natureza de recurso para coibir erro, abuso ou inversão tumultuária dos atos do processo pelo magistrado.²³¹

Por fim, fora do sistema recursal há as ações autônomas de *habeas corpus* – para coibir lesão ou ameaça de violência ou coação à liberdade ambulatoria do indivíduo, por ilegalidade ou abuso de poder - e o mandado de segurança em matéria criminal – para proteção de direito líquido e certo diverso da liberdade ambulatoria -, que sempre são viáveis para correção de ilegalidades em desfavor do acusado. Acórdãos que deneguem *habeas corpus* e mandado de segurança, por sua vez, comportam recurso ordinário constitucional ao STJ ou STF, conforme o caso.

Todos os instrumentos jurídicos acima possuem, em tese, aptidão para adiar ou impedir o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em primeira instância, presente o interesse como requisito de admissibilidade dos recursos, sempre vinculado à sucumbência; ou, no caso das ações autônomas de impugnação, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão ao direito tutelado pelo direito de ação, que, no caso do *habeas corpus* e do mandado de segurança são, respectivamente, a liberdade de locomoção ou o direito líquido e certo.²³²

A sucumbência pode ser conceituada como a situação que decorre do não atendimento de uma expectativa juridicamente possível, o que caracteriza o interesse de recorrer e pedir a reforma de uma decisão, ou seja, somente a parte lesionada possui interesse na modificação da decisão.²³³ Ainda que não se possa caracterizar um prejuízo material, se a decisão não coincidiu com uma expectativa juridicamente possível, haverá sucumbência, e, via de regra, viabilidade de

²³¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, V. 4. Revista e atualizada por Eduardo Reale FERRARI e Guilherme Madeira DEZEM. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009. p. 284.

²³² Trata-se de institutos semelhantes, os recursos e as ações autônomas de impugnação. Ambos se prestam a rediscutir decisões judiciais, mas os recursos são manejáveis no mesmo processo, antes do trânsito em julgado, ao passo que as ações se dirigem contra decisões já passadas em julgado. Alguns sistemas jurídicos qualificam mesmo como recursos extraordinários as ações autônomas. De qualquer modo, ambos são aspecto, elemento ou modalidade do próprio direito de ação e de defesa (FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. pp. 31 a 34).

²³³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, Volume 4. 34ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 421.

recorrer.²³⁴ Mas essa visão corresponde a uma ótica retrospectiva; para Gustavo Badaró, contudo, a avaliação do interesse de agir deve incluir uma avaliação prospectiva, sobre o que se pode ganhar com o manejo do recurso.²³⁵

Por essa perspectiva, o trânsito em julgado não é estático, não há um momento exato e definido no *iter* processual para a sua ocorrência. Não é o recurso que suspende a eficácia, mas a própria recorribilidade. Depende, em grande medida, da inércia da parte sucumbente, que deixa de mostrar sua irresignação. Contra uma decisão judicial, sempre há um recurso disponível, que sempre será analisado, no mínimo, na sua admissibilidade, em decisão que poderá, por sua vez, ser desafiada por novo recurso. E assim sucessivamente, sem prejuízo de que nesse caminho se repute necessário o pedido de esclarecimentos, por meio de embargos declaratórios. Essas características são determinantes para que, na prática, não seja possível distinguir um momento certo para o trânsito em julgado, que depende, em última análise, do comportamento da parte sucumbente. O Ministro Edson Fachin sintetizou a problemática do trânsito em julgado em face do sistema recursal brasileiro:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado.²³⁶

²³⁴ Como, por exemplo, neste caso julgado pelo STJ: “[...] O Ministério Público, como instituição, não é acusador no sentido vulgar do termo. Tecnicamente, por imperativo constitucional, faz a imputação, para averiguar, presentes o contraditório e a ampla defesa plena, o fato, com todas as circunstâncias. Juridicamente, não está jamais contra o réu. Ao contrário, confluem interesses, a fim de evitar o erro judiciário. Busca a verdade real, a decisão justa. Em consequência, evidencia-se a legitimidade para recorrer em favor do réu.” (STJ – Resp 10.715/PR, Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. 6ª T. DJ de 04.05.1992.

²³⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 848.

²³⁶ STF – HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, Plenário. DJE 7.2.2017. Trecho do voto do Min. Edson Fachin, p. 24.

5.4.1 O abuso do direito processual

A necessidade de que a parte, em algum momento, ceda ao comando judicial que lhe é desfavorável, coloca em evidência o tema do abuso de direito processual, que, pelo conceito de Humberto Theodoro Júnior, consiste em atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando o resultado justo da prestação jurisdicional.²³⁷

O problema de definir o que é uso abusivo dos recursos é que essa avaliação sempre passa pelo exame de uma conduta aparentemente legal, porque realizada pela parte que tem a liberdade de utilizar um instrumento colocado pela legislação processual para provocar o reexame da matéria, não sendo possível inferir, *a priori*, que a intenção seja evitar uma consequência desfavorável decorrente do trânsito em julgado ou preclusão da decisão recorrida.

É preciso que esteja comprovadamente presente o desvio de finalidade, deturpação que, no mais das vezes, se configura pela utilização do recurso com finalidade meramente procrastinatória.²³⁸ A tarefa infausta de analisar a intenção da parte na utilização de um recurso em princípio lícito exige o aprofundamento, caso a caso, em aspectos subjetivos e de probabilidades de sucesso da(s) tese(s) invocada(s), além de demandar a investigação de diversos atos em conjunto, visto que dificilmente estará configurado o abuso de direito pela utilização de um único recurso, mas, como acontece normalmente, a caracterização do desvio de finalidade demanda a análise do conjunto processual, a evidenciar uma postura

²³⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de Direito Processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa; MÉDEZ, Francisco Ramos *et al.* *Abuso Dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 113.

²³⁸ ABDO, Helena Najjar. *O Abuso do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 204. Nesse sentido já decidiu o STF: “A mera circunstância de a parte haver exercido o direito de recorrer não basta, só por si, para justificar seja formulado, contra ela, juízo de desrespeito ao postulado da lealdade processual, nem permite que se lhe atribua, por tal motivo, a qualificação de *improbis litigator*, ainda mais se o recurso que deduziu foi interposto em momento anterior ao da publicação do acórdão consubstanciador do julgamento plenário do *leading case*. Não se presume o caráter malicioso, procrastinatório ou fraudulento da conduta processual da parte que recorre, salvo se se demonstrar, quanto a ela, de modo inequívoco, que houve abuso do direito de recorrer.” (STF - AI 282.333-ED, Rel. Min. Celso de Mello, 2ª T. DJE de 19.2.2010).

renitente do condenado.²³⁹ Após várias investidas processuais, o reconhecimento da disposição do sucumbente em tumultuar o andamento processual e retardar o termo final do processo pela utilização de sucessivos recursos manifestamente improcedentes gera a ordem de certificação de trânsito em julgado e baixa imediata dos autos.²⁴⁰

Especialmente no campo penal, há pelo menos dois motivos para que o abuso de direito processual seja uma alternativa atraente ao condenado inconformado. Em primeiro lugar, no processo penal não há a definição legal de

²³⁹ Para o abuso do direito de recorrer como uma postura de recalcitrância da parte, que se manifesta em diversos atos processuais para a sua configuração: “O direito de recorrer não pode dar ensejo ao abuso do direito, máxime em via impugnativa substitutiva de habeas corpus. É cediço na Corte que a recalcitrância em aceitar o trânsito em julgado, impedindo a entrega definitiva da prestação jurisdicional mediante a sucessiva interposição de recursos contrários à jurisprudência, consubstancia adoção de expediente meramente protelatório e desvirtuamento do postulado constitucional da ampla defesa, caracterizando a prática abusiva do exercício do direito de defesa” (STF - HC 111.226, Rel. Min. Luiz Fux. 1ª T. DJE de 3.10.2012). Também: “A utilização indevida das espécies recursais, consubstanciada na interposição de inúmeros e sucessivos recursos contrários à jurisprudência desta Suprema Corte, como mero expediente protelatório para evitar a execução da pena pela ocorrência da prescrição, desvirtua o próprio postulado constitucional da ampla defesa” (STF - HC 99.157, Rel. Min. Ellen Gracie, 2ª T. DJE de 28.8.2009).

²⁴⁰ Como no exemplo a seguir, do STF: “Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO INCABÍVEL. A SUCESSIVA INTERPOSIÇÃO DE RECURSOS CONTRÁRIOS À JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA PELO PRÉTORIO EXCELSO CONFIGURA ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. PRECEDENTES. CARÁTER PROTELATÓRIO DO RECURSO. DETERMINADA A CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO COM O CONSEQUENTE ARQUIVAMENTO IMEDIATO DOS AUTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (STF - MS 28469 ED-ED-EDv-AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno. DJe de 18.08.2016). Ou ainda no STJ: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. DETURPAÇÃO DA FUNÇÃO RECURSAL DOS DECLARATÓRIOS. ABUSO DO DIREITO DE RECORRER. TRÂNSITO EM JULGADO. BAIXA DOS AUTOS. 1. Nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos declaratórios são cabíveis nas hipóteses de haver omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade na decisão prolatada, o que não ocorre na espécie. 2. Ao contrário do que suscita o embargante, o acórdão objurgado é expressamente claro ao consignar que não há repercussão geral no tema tratado pelo acórdão recorrido, sendo irrelevante a iterativa argumentação do embargante no sentido de que existe tal repercussão. 3. Longe de apontar qualquer dos vícios previstos no art. 619 do CPP, vê-se, claramente, que o embargante busca, por via oblíqua e por meio da interposição sucessiva de recursos, forçar a subida de seu recurso extraordinário, o que é inviável diante da sistemática da repercussão geral, implementada pela Lei n. 11.418/2006. 4. Neste contexto, cumpre ressaltar ainda que a interposição descabida e desmedida de sucessivos recursos configura abuso do direito de recorrer, autorizando a certificação do trânsito em julgado e a baixa imediata dos autos. Embargos de declaração rejeitados com determinação de certificação do trânsito em julgado e baixa dos autos à origem.” (EDcl no AgRg nos EDcl no RE nos EDcl no AgRg no AREsp 828.342/PR, Rel. Min. Humberto Martins. Corte Especial. DJe de 4.8.2017)

condutas a que se tenha atribuído o caráter de litigância temerária, com especificação de sanções específicas, mas apenas a tipificação penal para condutas mais graves, definidas como crimes contra a administração da justiça.²⁴¹ Em segundo lugar, naturalmente a irresignação do condenado é quase impensável precisamente porque a derrota pode significar a perda da liberdade, e não apenas o patrimônio ou outro bem da vida de natureza civil.

5.5 A questão da prisão provisória e o tratamento do imputado durante o processo

O processo se desenvolve por meio de atos coordenados de acordo com um procedimento preestabelecido pela lei, o que, evidentemente, consome tempo. Contudo, como já tratado neste trabalho, se o tempo for demasiado, pode se tornar tóxico pelo risco de perecimento do direito ou pela inutilidade da prestação jurisdicional. É nesse contexto que se inserem as medidas cautelares.

Pela definição de Romeu Pires de Campos Barros, embora pareça absurda a ideia de um direito que tutela a si mesmo, existem no extenso campo jurídico as tutelas jurídicas imediatas e as mediatas - e a estas pertencem a tutela cautelar, cuja finalidade é assegurar um outro meio de tutela.²⁴²

É natural que esses métodos de asseguramento da eficácia da jurisdição apresentem seriedade muito maior no processo penal do que na esfera civil, justamente porque a lide envolve bens jurídicos de maior relevância que impactam diretamente na liberdade do indivíduo: a tensão entre a pretensão dos órgãos de

²⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de Direito Processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa; MÉDEZ, Francisco Ramos *et al.* *Abuso Dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 112.

²⁴² BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 3.

persecução em impor medidas para assegurar o resultado do processo principal e o indivíduo, que deve resistir a essas investidas, é evidentemente muito maior.²⁴³

O risco de desacerto no provimento judicial exige cautela, como é inerente a toda decisão cujo conhecimento sobre os fatos é precário, superficial, baseado em mera probabilidade.²⁴⁴ A tutela cautelar não se baseia em nenhum juízo de certeza, já que, justamente em razão da urgência, a decisão deve ser proferida antes do término da instrução regular do processo, de modo que não é possível ao juiz aprofundar sua cognição sobre os pressupostos fáticos para aplicação da regra de direito material em cognição sumária.²⁴⁵

²⁴³ O tema sobre a existência de lide no processo penal é controvertido. Romeu Pires de Campos Barros entende que o conceito também é agasalhado pelo processo penal, inclusive no âmbito cautelar: “As considerações expendidas são suficientes para demonstrar que o conceito de lide no processo penal, apesar de controvertido, é fecundo para elaboração da doutrina, sendo também admissível no processo cautelar, uma vez que neste existe o perigo de que a liberdade individual seja inutilmente sacrificada. Daí surgir o contraste entre o interesse do Estado em impor uma medida cautelar ao indiciado, no intuito de assegurar o bom andamento da instrução criminal ou evitar que ele fuja, tornando impossível a execução da pena imposta enquanto o sujeito passivo de tais medidas, resiste a tal pretensão, alegando o seu direito de liberdade. Esse conflito de interesses do Estado e impor a medida cautelar, e o interesse do indivíduo em não suportá-la, estará sempre em contraste.” (BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 17). De outro lado, Cintra, Grinover e Dinamarco ponderam que: “Quem admitir que existe lide no processo penal (de resto, negada por setores significativos da doutrina) dirá que se estabelece entre a pretensão punitiva e o direito à liberdade; no curso do processo, pode vir a cessar a situação litigiosa, como quando o órgão de acusação pede a absolvição ou recorre em benefício do acusado – mas o processo penal continua até a decisão judicial, embora a lide não exista mais. Em vez de “lide penal”, é preferível falar em controvérsia penal.” (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 148).

²⁴⁴ Carnelutti, com a perspicácia habitual, alertou sobre o risco e o alto custo envolvido na aplicação de medidas cautelares ao acusado – especialmente as corporais - colocando-o em situação absolutamente análoga ao cumprimento de pena: “O custo se paga, desgraçadamente, em moeda de justiça quando o imputado, em lugar de culpado, é inocente e sofreu, como inocente, uma medida análoga à pena; não se esqueça de que, se o isolamento ajuda a impedir que o imputado realize manobras desonestas para criar provas falsas ou para retirar um meio de provas verdadeiras, mais de uma vez prejudica a justiça, porque, ao contrário, afasta a possibilidade de buscar e de proporcionar provas úteis para fazer o juiz conhecer a verdade” (CARNELUTTI, Francesco. *Introduzione allo studio sistematico del provimenti cautelare*. Padova: CEDAM, 1936. p. 31-46 *apud* BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. pp. 116 e 117.)

²⁴⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 991 e 992.

Idealmente, somente a dialética é capaz de carrear aos autos elementos suficientes de prova que conduza ao juízo de certeza.²⁴⁶ Contudo, não se cogita que o instrumento de que dispõe o Estado para aplicar o direito penal seja despido de métodos para viabilizar eficazmente essa atividade. Afinal, é comum a ocorrência de situações em que providências urgentes se tornam imprescindíveis para assegurar a correta apuração do fato delituoso, a futura aplicação da sanção correspondente, o ressarcimento do dano causado, ou, ainda, eventualmente, a proteção da própria coletividade face ao risco concreto de reiteração da prática criminosa.

Nesse sentido, a tutela cautelar em geral se distingue da tutela satisfativa – obtida com o provimento definitivo – não apenas por seus objetos distintos, mas também porque a tutela cautelar tem como principais características a referibilidade e a temporariedade. Pela primeira se mostra nitidamente o seu caráter acessório e periférico porque se refere a outro direito, sendo sempre possível distinguir o direito à cautela e o direito que se acautela. A segunda evidencia que deve perdurar apenas enquanto for necessária para preservação do futuro provimento judicial definitivo – cumprida sua função acautelatória, perde a eficácia.²⁴⁷ No campo das medidas cautelares pessoais é possível caracterizá-las, ainda, pela alternatividade, uma vez que, presentes o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, é possível impor medida de menor restrição alternativa à prisão, se existentes condições específicas que a autorizem desde logo. A provisoriedade, por sua vez, indica o caráter transitório da decisão cautelar, que deve durar no máximo até o provimento definitivo. O rol de medidas disponíveis, indica, também, a característica da gradualidade, ordenadas que são no grau de intervenção aflitiva na liberdade pessoal. Por fim, o elenco variado indica também a cumulatividade, característica

²⁴⁶ ZANOIDE DE MORAES alerta para a necessidade, como regra, de contraditório prévio para a decisão cautelar, conforme previsto expressamente pelo art. 282, § 3º do CPP, norma que, no entanto, vem sendo reiteradamente ignorada pelos aplicadores do direito. A ausência sistemática dessa oitiva prévia gera situação estruturalmente desigual de partida para a decisão cautelar, qual seja, o juiz só recebe a visão unilateral dos órgãos de persecução (ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal*. In: VAZ, Denise Piovasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho; et al (Orgs.). *Eficiência e garantismo no Processo Penal - estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 294).

²⁴⁷ DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016. pp. 638 e 639.

que permite a imposição isolada ou conjunta de medidas assecuratórias, presentes os vetores de adequação e necessidade (art. 282, I e II, CPP).²⁴⁸

No âmbito cautelar, a busca quase impossível por neutralizar os efeitos da falta de completa visão sobre o quadro fático no caso concreto, o magistrado deve se guiar por dois conhecidos requisitos básicos: a fumaça do bom direito e o perigo na demora. O primeiro consiste na plausibilidade, verossimilhança ou probabilidade da existência do direito alegado; o segundo exige a demonstração que o tempo do processo frustrará a expectativa do resultado final e/ou o prosseguimento deste será obstaculizado por fatores que demandem atuação expedita do Poder Judiciário.

Nesse contexto, o ataque a direitos individuais antes do provimento jurisdicional definitivo se insere corretamente no contexto do Estado Democrático de Direito se for destinado efetivamente a assegurar a própria jurisdição. Essa coerção prévia pode ser compreendida como o uso efetivo ou potencial da força estatal para atingir determinados objetivos. A razão de ser desses provimentos cautelares é, pois, o risco envolvido na demora da prestação jurisdicional, funcionando como meios adequados para afastar os efeitos negativos do tempo sobre a pretensão punitiva do Estado, que se pretende concretizar por meio do processo.

É de fato irrecusável que o resultado do processo, como pressuposto essencial para aplicação concreta da lei penal, exige instrumentário capaz de proteger a eficácia desse provimento jurisdicional. Se esses mecanismos não funcionam, ou demoram tempo demasiado, a lei penal pode não ter aplicação ou resultado prático nenhum, ao menos segundo critérios de tempestividade minimamente razoáveis que justifiquem a aplicação da pena.

Apesar de não ser possível se admitir a existência de um processo penal cautelar autônomo, é certo que a tutela jurisdicional cautelar é exercida através de um conjunto de medidas previstas na legislação. No Código de Processo Penal, as medidas cautelares pessoais são a prisão preventiva (art. 312 a 315) e as medidas alternativas à prisão (arts. 319 e 320); as medidas cautelares patrimoniais são o

²⁴⁸ CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: a individualização da medida cautelar no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 357-401.

sequestro de bens imóveis (arts. 125 a 131), sequestro de bens móveis (art. 132), especialização e registro de hipoteca legal (arts. 134 e 135), arresto de bens imóveis com registro e especialização de hipoteca legal (art. 136) e o arresto subsidiário de bens móveis (art. 137). A prisão em flagrante atualmente tem natureza de pré-cautela, estágio inicial da prisão preventiva ou de medidas cautelares alternativas à prisão, não podendo ser considerada verdadeiramente uma medida cautelar autônoma.²⁴⁹

No passado recente, minirreformas processuais alteraram o sistema de cautelares e implementaram, todas para ampliar o campo de liberdade corporal. Primeiro a Lei 12.403, de 4 de maio de 2011, ampliou o rol de medidas cautelares alternativas disponíveis ao magistrado como forma de evitar o encarceramento preventivo do imputado, tudo a conformar o fundamento que a prisão cautelar se afigura como *ultima ratio* – a derradeira medida a que se deva recorrer. Além disso, a lei inovou também por possibilitar que a prisão preventiva seja cumprida em ambiente domiciliar a partir de elementos que apontem para a desnecessidade ou inconveniência do recolhimento prisional. O instituto da fiança – caução real destinada a garantir o cumprimento das obrigações processuais do réu - foi valorizado, alterando-se sensivelmente seu regramento, especialmente pela ampliação da sua concessão pela autoridade policial, além do alargamento das suas hipóteses de incidência.²⁵⁰ Outra importante modificação trazida pela minirreforma do Código de Processo Penal foi a vedação de prisão cautelar em crimes com pena igual ou inferior a 4 anos. Restou, então, afastada a privação de liberdade durante o processo nos casos em que a pena final será restritiva de

²⁴⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4^a ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 987. No mesmo sentido ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 387.

²⁵⁰ Rogério Schietti Cruz especula que pode ter havido um consenso em torno dos malefícios do encarceramento antes da condenação: “Parece, enfim, haver um consenso de que a prisão-cautela possui os inconvenientes e malefícios da prisão-pena, com o agravante de que nem mesmo pode servir como meio de ressocialização ou reeducação do preso, se é que isso ainda pode ser defendido como um dos objetivos da pena em sistemas penitenciários com perfil similar ao do brasileiro.” (CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas*. 3^a ed. Brasília: JusPodivm, 2017. p. 169).

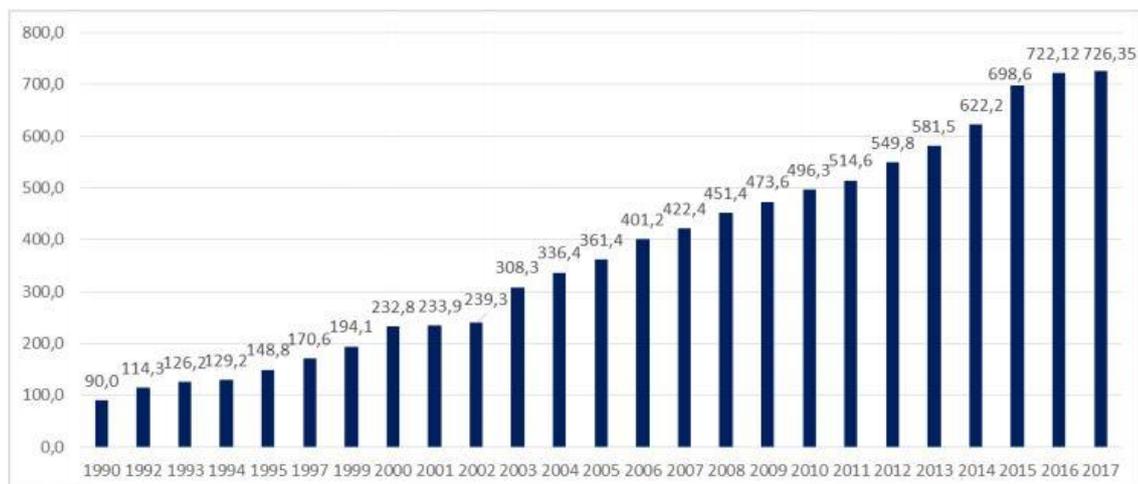
direitos ou multa, em verdadeira positividade da proporcionalidade, já tratada neste trabalho. Mais recentemente, a Lei 13.257, de 8 de março de 2016, estabeleceu um conjunto de políticas públicas para proteção da primeira infância, entre elas a ampliação da substituição da prisão preventiva no cárcere pelo confinamento domiciliar nas hipóteses de agente mulher - ou homem, se for o único responsável - com filho de até 12 (doze) anos incompletos.

Ao menos sob o ponto de vista formal-legislativo, a criação de alternativas à prisão procurou superar o antagonismo entre a prisão ou nada. “8 ou 80”. No máximo a liberdade provisória continha algumas obrigações próprias de contracautela. O mérito daquela inovação legislativa foi dar opções ao julgador como forma de dismantlar um sistema pernicioso que variava entre a soltura inconsequente e o encarceramento desnecessário, com roupagem inegavelmente punitivista, tendo a prisão como regra e a liberdade, a exceção. Face ao novo desenho infraconstitucional, Capez propôs uma nova leitura sobre o art. 5º, LXVI, da Constituição Federal: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir medida cautelar pessoal diversa da prisão ou liberdade provisória, com ou sem fiança”.²⁵¹

Contudo, apesar das alterações legislativas, os níveis de encarceramento permaneceram crescendo de forma consistente, conforme se verifica no gráfico a seguir:

²⁵¹ CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e Medidas Cautelares Diversas: a individualização da medida cautelar no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 314.

Evolução da população prisional no Brasil - 1990 a 2017



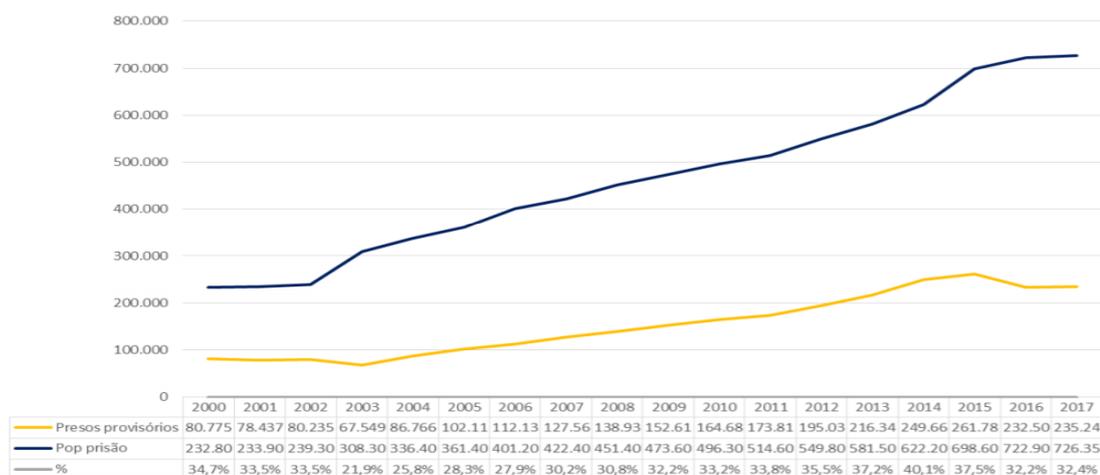
Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN, 2017.²⁵²

Pelo teor do quadro acima, percebe-se que a população carcerária cresceu de forma vigorosa e constante no período de 27 anos verificado. No recorte após a publicação da Lei 12.403/11, cujo objetivo principal foi trazer racionalidade ao sistema de prisão cautelar, não é possível apontar qualquer inflexão na trajetória de crescimento de aprisionamentos.

O quadro a seguir trata da proporção entre a massa carcerária, o número de presos provisórios e o número de vagas no sistema:

²⁵² BRASIL - Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN, 2017. p. 9. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em 3.1.2020.

Evolução da população prisional provisória no Brasil - 2000 a 2017



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN, 2017.²⁵³

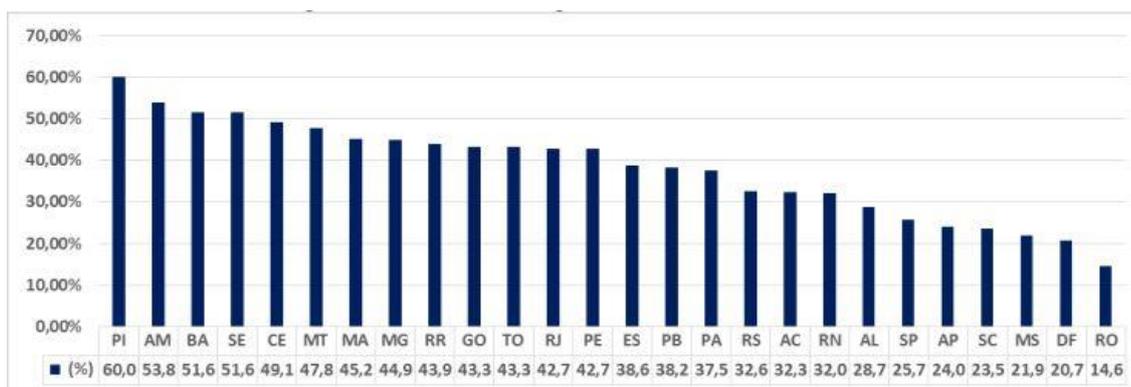
É possível perceber que o percentual absoluto de presos provisórios em relação ao número total de pessoas no sistema ainda cresceu 6% após a alteração na sistemática cautelar do processo penal, até o ano de 2014. Nos três anos seguintes é possível perceber uma refração, mas ainda assim permanecendo em percentual maior se comparado ao ano de 2011, quando se implementou aquela mudança legislativa.²⁵⁴

No mesmo trabalho desenvolvido pelo Departamento Penitenciário Nacional, foram especificados ainda os percentuais de presos provisórios em cada estado da Federação.

²⁵³ BRASIL - Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN, 2017. p. 15. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 3.1.2020.

²⁵⁴ O levantamento realizado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública não especifica claramente qual o critério para definição de preso provisório, informando apenas que no número total de “presos sem condenação” foram consideradas também as pessoas custodiadas em carceragens de delegacias e outros estabelecimentos de custódia administrados pelas Secretarias de Segurança Pública.

Percentual de presos sem condenação por Unidade da Federação



Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN, 2017.²⁵⁵ p. 17

Os números mostrados no gráfico acima demonstram que em pelo menos quatro estados da Federação há mais presos provisórios do que cumprindo pena.

Em seguida, agora com dados do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o quadro traz a proporção de presos provisórios entre a massa carcerária, atualizado até agosto de 2018:

Pessoas privadas de liberdade pela natureza da medida



Fonte: Conselho Nacional de Justiça – Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Cadastro Nacional de Presos, 2018.²⁵⁶

²⁵⁵ BRASIL - Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional - INFOPEN, 2017. p. 17. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acesso em: 3.1.2020.

²⁵⁶ BRASIL - Conselho Nacional de Justiça – Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Cadastro Nacional de Presos, 2018. p. 38. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>. Acesso em 3.1.2020.

O quadro acima sugere que a verdadeira vulneração da presunção de inocência se dá já no início do processo, ou mesmo antes dele, quando há mais presos sem qualquer condenação do que presos cumprindo pena por sentença definitiva.

Assim, com base nestes relatórios de âmbito nacional elaborados pelo Poder Público, embora os magistrados tivessem à mão instrumentos menos gravosos e alternativos à prisão, se valeram mais da coação corporal para assegurar, ao menos em teoria, os fins do processo.

Mais recentemente foi publicada a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, ainda em *vacatio legis*, popularmente conhecida como “pacote anticrime”, trouxe diversas modificações aos dispositivos do Código de Processo Penal, inclusive no campo das cautelares, para incrementar o controle jurisdicional sobre a prisão em flagrante, reforçar a natureza excepcional do encarceramento cautelar em face das medidas alternativas previstas na legislação (art. 282, § 6º, CPP), estabelecer um novo pressuposto positivo para a prisão preventiva o perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (art. 312 CPP), bem como reforçar a necessidade de fundamentação da decisão que determinar o encarceramento cautelar, com base em fatos novos e contemporâneos que o justifiquem (art. 312, § 2º, CPP), e, especialmente, a previsão de reavaliação sobre a necessidade da prisão preventiva a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único).

Trata-se de mais uma empreitada legislativa que busca frear a escalada de prisões provisórias no Brasil.

6 CONCLUSÃO

A concretização da liberdade como valor se dá em função da limitação do poder do Estado, disciplinando a forma como ele exerce suas prerrogativas de força: a limitação de poder por meio da subordinação à lei traduz-se no respeito à dignidade do cidadão. No contexto de um Estado social que tem por objetivo a realização de valores humanos, pela via jurisdicional deve-se concretizar a pacificação social como resultado da efetivação da tão buscada justiça. É na promessa de segurança que se funda o pacto social.²⁵⁷

Nessa trajetória, os escopos do direito processual penal devem ser a efetividade e o garantismo – ou efetividade com garantias – na tutela do direito das partes através de um processo justo e da correta distribuição da justiça, com plena observância dos princípios do devido processo legal e seus consectários constitucionais. A efetividade, sob o enfoque do processo como instrumento, deve ser avaliada pela análise dos seus resultados práticos segundo as finalidades da jurisdição tratadas neste trabalho.

A reconstrução histórica da presunção de inocência permitiu estabelecer as bases que a vinculam - como conquista civilizatória - a um processo penal virtuoso e respeitador das liberdades fundamentais, compatível com o Estado Democrático de Direito. Essa conformação se apresenta pelo respeito irrestrito aos três aspectos como a presunção se apresenta: regra de probatória, regra de juízo e regra de tratamento.

Pelo primeiro aspecto se impõe que o ônus da prova da materialidade e autoria do delito seja todo carregado ao órgão acusador, que deverá confirmar sua tese a partir de provas produzidas de acordo com os demais princípios correlatos ao devido processo legal. A regra de juízo impõe que a condenação esteja calcada na certeza sobre a culpabilidade do réu, proibido o juízo formado por mera probabilidade ou especulações. Por fim, o terceiro aspecto exige que o acusado seja tratado como qualquer inocente e a coação estatal, antes da formação da

²⁵⁷ MOCCIA, Sergio. Seguridad y sistema penal. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión. Madrid: Edisofer, 2006. p. 299.

culpa, somente será admitida na forma de medidas cautelares de natureza conservativa. A prisão, em qualquer caso, é sempre excepcional, como último recurso. De outro modo, não serão legítimas quaisquer medidas que tenham por escopo antecipar total ou parcialmente os efeitos da condenação criminal, ou seja, que tenham caráter satisfativo.

Ao contrário dos documentos internacionais de direitos humanos e da maioria das constituições democráticas, que afirmam a comprovação da culpa do acusado como requisito para o afastamento da presunção de inocência, o constituinte brasileiro estendeu a regra de tratamento, ao menos literalmente, até o trânsito em julgado da decisão condenatória. O texto constitucional tem sido, neste ponto, objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial, com pelo menos três inflexões na jurisprudência do STF. Ora admitindo a execução provisória, ora proibindo, sempre por maioria limitada, a mais alta Corte do país se mostrou dividida e vacilante a respeito do tema desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Contudo, sem prejuízo do cenário de ampla instabilidade jurisprudencial sobre qual patamar processual a presunção de inocência pode alcançar como direito fundamental - com potencial descrédito para a administração da Justiça -, o modelo constitucional tem se mostrado mesmo ineficaz na proteção do estado de inocência nas etapas principiantes da persecução penal. É consabido o tratamento constitucional da coerção processual, física ou patrimonial, e o limite entre legitimidade e ilegitimidade na aplicação de medidas cautelares. O imputado presumivelmente inocente pode ser constrangido apenas para assegurar o resultado final do processo, ou a sociedade contra riscos concretos, atuais e cabalmente demonstrados, em juízo de proporcionalidade claramente apontado na decisão pelo magistrado, e a prisão antes da condenação é sempre *ultima ratio*, de acordo com os princípios constitucionais correlatos.

Contudo, conforme foi demonstrado, a população carcerária só fez crescer desde a promulgação da Constituição Federal. Do universo de mais de setecentas mil pessoas presas, 40% é representado por pessoas sem qualquer

condenação e 75% possuem apenas o ensino fundamental completo.²⁵⁸ Há entre os estados brasileiros mais pobres exemplos que concentram até 60% de seus presos como provisórios, sem julgamento por instância judicial alguma.²⁵⁹

Trata-se, portanto, de um sistema disfuncional e pernicioso que estimula a ilusão de respeito à presunção de inocência até o esgotamento de todas as vias recursais, quando, na verdade, essa garantia é aplicada de forma desigual e ainda estimula, pela falta de expectativa de cumprimento de pena, uma cultura encarceradora que atinge mais agudamente uma parcela da população que, paradoxalmente, é a que mais precisa de proteção. Por outro lado, promove o esgarçamento dos meios recursais, com elevado custo institucional para a credibilidade da justiça.

O papel da presunção de inocência não deve ser o de conduzir o processo à eternidade, mas sim de preservar o acusado desde o seu início, quando prisões podem ser decretadas com base em elementos muito mais tênues do que os necessários para uma sentença condenatória. É preciso que o processo penal tenha começo, meio e fim, para que os achados culpados possam então cumprir suas penas, definidas em decisão proferida com base em cognição exauriente, eventualmente reexaminada amplamente por tribunal colegiado de instância superior; e para que os inocentes, pelo outro lado, possam se desvencilhar sem demora da injustiça de se ver na posição de acusado.

Esse é o campo natural da presunção de inocência, que nas instâncias ordinárias poderá orientar a formação da culpa, em harmonia com o duplo grau de jurisdição, outra conquista do movimento constitucionalista estabelecido a partir do século XVIII, estudado neste trabalho. A confirmação da sentença condenatória deve ser suficiente para inverter a presunção de inocência em desfavor do acusado, para que seja prestigiada a própria força normativa do princípio.²⁶⁰

²⁵⁸ Apenas 0,83% da população carcerária possui ensino superior completo (Conselho Nacional de Justiça – Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Cadastro Nacional de Presos, 2018, p. 54).

²⁵⁹ Vide o primeiro quadro da p. 115.

²⁶⁰ Mais instâncias recursais não significam, necessariamente, mais democracia. O sistema jurídico da União Soviética previa até quatro instâncias de julgamento, e, no interior de cada uma das instâncias de revisão, era possível um duplo exame da matéria (DAVID, René. 2002. *Os Grandes Sistemas Do Direito Contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes. p. 285).

As recentes políticas públicas de alteração legislativa infraconstitucional não surtiram o efeito esperado, de onde é lícito depreender que a solução talvez esteja em combinar uma alteração estrutural da própria Constituição. Por esse caminho, é proveitoso o debate travado na Câmara dos Deputados a propósito do Projeto de Emenda Constitucional nº 199/2019, que altera a natureza dos recursos extraordinário e especial para ações autônomas de impugnação, que traria o trânsito em julgado para a segunda instância judicial, com a decisão colegiada dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais.

Essa alteração poderá trazer mais equilíbrio ao sistema constitucional, para uma integração mais harmônica da presunção de inocência a outros princípios de igual estatura, como o duplo grau de jurisdição e o devido processo legal. Trata-se de buscar um fundamento possível para entregar uma garantia válida – para todos -, aperfeiçoando o sistema de garantias fundamentais, para que não se enrijeça em fórmulas tão solenes quanto vazias.²⁶¹

²⁶¹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 21.

REFERÊNCIAS

ABDO, Helena Najjar. *O Abuso Do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ALEXY, Robert. *Teoria discursiva do Direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *A Contrariedade Na Instrução Criminal*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 1937.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios - da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Manual Dos Recursos Penais*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. pp.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Atualizações de Maria Elizabeth Queijo; coordenação Ada Pellegrini Grinover. 2ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

BATISTA, Weber Martins. *O Princípio Constitucional de Inocência*. In: Revista Jurídica Do Ministério Público, V. 21, Nº 10, pp. 67 a 81. Disponível em http://201.23.85.222/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=34412. Acesso em 6 ago. 2019.

BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Tradução de José Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENTO, Ricardo Alves. *O dogma constitucional da presunção de inocência*. In: SILVA, Marco Antonio Marques da. *Processo Penal e garantias constitucionais*. Ed. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006.

BINDER, Alberto M. *A rede inquisitorial: história e tradições na configuração da justiça penal*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (Org.). *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Tradução de Ari Marcelo Solon. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade - para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 14ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2007.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BUJÁN, Antonio Fernández de. *Derecho Público Romano*. 13ª ed. Pamplona: Thomson Reuters, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição Da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra; Revista dos Tribunais, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- CAPEZ, Rodrigo. *Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no Processo Penal*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2017.
- CARNELUTTI, Francesco. *Cuestiones sobre el Proceso Penal*. Tradução de Santiago Séntis Melendo. Buenos Aires: Libreria el Foro, 1960.
- CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Teoria Geral do Processo*. 23ª ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CHAIA, Rubén A. *Concepto y fundamento del Derecho Procesal Penal*. In: CHIARA DÍAZ, Carlos Alberto; LA ROSA, Mariano R. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires - Bogotá: Editorial Astrea, 2013.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral Do Processo*. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- COXE, H. Cleveland. *Personal Liberty in France*. In: Yale Law Journal, v. 13, n. 5. 1903-1904.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. vol. 2. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2016.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Recursos no Processo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo*. In: Anais do IX Simpósio de Direito Constitucional da ABDCConst. Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2010.

FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal - o criminoso e o crime*. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *A revisão da doutrina democrática*. In: Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 59, 1984.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2004.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir - história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramallete. 30ª ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAHER, Richard M. *Conviction According to Conscience: The Medieval Jurists' Debate Concerning Judicial Discretion and the Law of Proof*. In: Law and History Review, v. 7, n. 1, 1989.

FRAHER, Richard M. *The Theoretical Justification for the New Criminal Law of the High Middle Ages: Rei Publicae Interest, Ne Crimina Remaneant Impunita*. In: University of Illinois Law Review, v. 3, 1984.

FRIMAN, Håkan. *Rights of Persons Suspected or Accused of a Crime*. In: The International Criminal Court - the Making of the Rome Statute - Issues, Negotiations, Results. Ed. Roy S. Lee. Hague: Kluwer Law International, 1999.

GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, v. I, t. I. 3ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1956.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2014.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência: princípios e garantias*. In: Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Significados da presunção de inocência*. In: COSTA, José de Faria; MARQUES DA SILVA, Marco Antonio (Orgs.). *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais - visão Luso-Brasileira*. São Paulo: Quartier Lantin do Brasil, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Eficácia e autoridade da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo - III Série: estudos e pareceres em Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Preconizado no Congresso do Rio o respeito às garantias do processo*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 23, p. 01, nov. 1994.

HAMER, David. *A Dynamic Reconstruction of the Presumption of Innocence*. In: Oxford Journal of Legal Studies v. 31, n. 2. 2011.

HAZELTINE, Harold Dexter; ULLMANN, Walter. *Medieval Idea of Law as Represented by Lucas de Penna: A Study in Fourteenth-Century Legal Scholarship*. 8ª ed. Nova Iorque: Barnes & Noble, 1969.

HESPANHA, António Manuel. *A Cultura Jurídica Europeia - Síntese de um Milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HOBSBAWM, Eric J. *A Revolução Francesa*. Tradução de Maria Tereza Lopes Teixeira e Marcos Penchell. 7ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996.

ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione d'innocenza Dell'imputato*. 6ª ed. Bolonha: Zanichelli, 1984.

JUDT, Tony. *Pós-Guerra - Uma História da Europa desde 1945*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvindo Aires; tradução de textos posteriores a 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente, Ada Pellegrini Grinover. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MAIER, Julio B. J. *Derecho Procesal Penal - tomo I, Fundamentos*. 2. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V. 3 e 4. Revista e atualizada por Eduardo Reale FERRARI e Guilherme Madeira DEZEM. 3ª atualização. Campinas: Millenium, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Art. 5º, LIV. In: Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MOCCIA, Sergio. *Seguridad y sistema penal*. In: CANCIO MELIÁ, Manuel; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Derecho penal del enemigo: el discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006. pp. 299 a 320.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O Espírito das Leis*. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PARDO, Miguel Angel Montañés. *La Presunción de Inocencia - Análisis Doctrinal y Jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi, 1999.

PENNINGTON, Kenneth. *The prince and the law, 1200-1600: sovereignty and rights in the western legal tradition*. University of California Press, 1993.

PENNINGTON, Kenneth. *Innocent until proven guilty: The origins of legal maxim*. In: *The Jurist*, v. 63, n. 1, 2003.

PINTO JÚNIOR, João José. *Curso Elementar de Direito Romano*. Recife: Typographia Economica, 1888. Disponível em: http://biblioteca2.senado.gov.br:8991/F/?func=direct&doc_number=000047474&local_base=SEN01. Acesso em: 28 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Art. 4, II. In: Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. 1ª ed. 2ª tir. São Paulo: Saraiva, 2007.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Pronúncia e o in dubio pro societate*. In: *Obra em Processo Penal*. São Paulo: Singular, 2018.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. *Coisa Julgada Civil e Penal*. In: *Obra em Processo Penal*. Organização e notas de Maria Eugênia Gil. São Paulo: Singular, 2018

POSNER, Richard A. *Fronteiras da teoria do Direito*. Tradução de Evandro Ferreira e Silva *et al.* São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

QUINTARD-MORENAS, François. *The Presumption of Innocence in the French and Anglo-American Legal Traditions*. In: *The American Journal of Comparative Law*, v. 58. jan. 2010, p. 119, 2010. Disponível em: https://works.bepress.com/francois_quintard_morenas/1/. Acesso em 31 mai. 2019.

RICHER, Laurent. *Les Droits de L'Homme et du Citoyen*. Paris: Economica, 1982.

ROQUE, André Vasconcelos. *A luta contra o tempo nos processos judiciais: um problema ainda em busca de uma solução*. In: ROCHA, Leonel Severo e DUARTE, Francisco Carlos (coord.). *A Construção Sociojurídica do Tempo: teoria do Direito e do Processo*. Curitiba: Juruá, 2012. pp. 131 a 157.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Tradução de Gabriela E. Córdoba e Daniel R. Pastor. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Art. 5º § 2º. In: Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho *et al.* São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. 3ª ed. Brasília: JusPodivm, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais - conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2017.

SOULIER, Gérard. *A igualdade de palavra, princípio da democracia e do processo penal*. In: DELMAS-MARTY, Mireille (org.) *Processo Penal e Direitos do Homem - rumo à consciência europeia*. Tradução de Fernando de Freitas Franco. Barueri: Manole, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica e Princípios da interpretação constitucional*. In: *Comentários à Constituição do Brasil*. Coordenação científica J. J. Gomes Canotilho et al. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica - quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC*. Coluna Observatório Constitucional. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc>. Acesso em: 07 jun. 2019

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Abuso de Direito Processual no ordenamento jurídico brasileiro*. In: MOREIRA, José Carlos Barbosa; MÉDEZ, Francisco Ramos et al. (org.) *Abuso Dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. pp. 93 a 129.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no Processo Penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ULLMANN, Walter. *Law and Jurisdiction in the Middle Ages*. In: *Collected Studies Series - CS283*. Aldershot: Ashgate Variorum, 1988.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Direito ao recurso no Processo Penal: conteúdo e dinâmica procedimental para um controle efetivo da sentença condenatória*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

VIGNALI, Giovanni; GODEFROY, Dionysius; FREIESLEBEN, Cristoph Heinrich; et al. *Corpo del diritto : corredato delle note di Dionisio Gotofredo, e di C.E. Freiesleben altrimenti Ferromontano, con le varianti delle leggi e con la conciliazione delle stesse fra loro proceduto della cronologia delle leggi di Roma, compilata sulle migliori opere finora pubblicate coll'aggiunzione delle Istituzioni di Cajo, dei frammenti di tutte le leggi relative al diritto romano, sia che sieno mentovate nel Corpo del diritto sia che siano raccolte in altre opere, dei Frammenti di Ulpiano, di Paolo e de Frammenti così detti Vaticani. Corredato in ultimo di sie indici e cronologici ed alfabetici per cura del consigliere Giovanni Vignali. La traduzione delle note di Gotofredo e di Ferromontano, sotto la direzione del sig. Vignali, è affidata all'avvocato Luigi Mezzacapo*. Napoli: Achille Morelli, 1859. codice. v. primo.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.

WATSON, Alan [Org.]. *The Digest of Justinian*. V. 4. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Tratado de Derecho Penal - parte general II*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Decisão judicial e medidas cautelares pessoais: em busca de um modelo decisório ideal*. In: VAZ, Denise Piovasi; DEZEM, Guilherme Madeira; ZILLI, Marcos Alexandre Coelho et al (Orgs.). *Eficiência e garantismo no Processo Penal - estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes*. São Paulo: LiberArs, 2017.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.