

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO – PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO

FRANCISCO NOGUEIRA MACHADO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE  
ADEQUADA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO  
PENAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Belo Horizonte

2016

FRANCISCO NOGUEIRA MACHADO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE  
ADEQUADA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO  
PENAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Dissertação de mestrado apresentada  
perante a Comissão de Pós-Graduação  
da Faculdade de Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais,  
como parte das exigências para a  
obtenção do título de Mestre em  
Direito Processual Penal.  
Professor Orientador: Felipe Martins  
Pinto

Belo Horizonte

2016

---

M149i Machado, Francisco Nogueira  
Interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório  
no processo penal à luz da presunção de inocência / Francisco  
Nogueira Machado. - 2016.

Orientador: Felipe Martins Pinto  
Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas  
Gerais, Faculdade de Direito.

1. Direito penal – Teses 2. Processo penal 3. Direitos humanos  
4. ônus da prova 5. Presunção de inocência I. Título

CDU<sub>(1976)</sub> 343.123

---

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Juliana Moreira Pinto CRB 6/1178

FRANCISCO NOGUEIRA MACHADO

**INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE  
ADEQUADA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO  
PENAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA**

Dissertação apresentada e aprovada em \_\_/\_\_/2016,  
junto ao Curso de Pós-Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Minas Gerais visando à  
obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

---

Professor Doutor Felipe Martins Pinto (orientador)  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

---

Professor Doutor Gláucio Ferreira Maciel Gonçalves  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

---

Professor Doutor Frederico Gomes de Almeida Horta  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG

---

Professor Doutor Antônio de Padova Marchi Junior  
Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG (suplente)

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço minha mãe e meu pai por tudo que fizeram por mim e pela pessoa em que me transformei.

À Defensoria Pública da União, instituição que possibilitou que surgissem, a partir da prática cotidiana, reflexões teóricas que culminaram na presente pesquisa.

Aos meus colegas de profissão e amigos, Letícia e Pedro, por compartilharem comigo a angústia diária no exercício da atividade de defensor público criminal.

Aos meus amigos Guilherme e Sabrina, por terem colaborado com a leitura, revisão e apresentação de críticas.

Por último, dedico especial agradecimento a meu orientador Felipe Martins Pinto, cujas orientações foram imprescindíveis para o amadurecimento deste trabalho e engrandecimento da pesquisa.

O sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam. (Ferrajoli).

## RESUMO

A dissertação em mãos foi germinada no bojo do programa de mestrado da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do professor Felipe Martins Pinto.

O objeto específico da pesquisa é o ônus da prova no processo penal e sua interpretação à luz da presunção de inocência.

Partindo-se da hipótese de que, atualmente, a teoria tradicional a respeito do ônus da prova carece de uma hermenêutica constitucional, ela foi submetida à crítica epistemológica com o objetivo de confrontá-la com um novo paradigma de processo penal desenhado na Constituição de 1988 com a introdução da presunção de inocência no artigo 5º, LVII.

Foram abordados, ao longo do texto, pontos direta e indiretamente relacionados ao objeto da investigação, tais como a relação do processo com a Constituição e os tratados de direitos humanos no marco do Estado Democrático de Direito; a superação do biônimo acusatório x inquisitório; a história da presunção de inocência sob o enfoque o ônus da prova; a teoria tradicional acerca do artigo 156 do Código de Processo Penal tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Por último, buscou-se apresentar uma possível leitura constitucionalmente adequada do artigo 156 do CPP à luz da presunção de inocência.

**Palavras-chave:** Processo penal, Constituição, direitos humanos, ônus da prova, presunção de inocência.

## **ABSTRACT**

The essay at hand was germinated during the master's program at the Federal University of Minas Gerais, under the guidance of Professor Felipe Martins Pinto.

The specific research object is the burden of proof in criminal procedure and its interpretation in the light of the presumption of innocence.

Starting from the hypothesis that, nowadays, the traditional theory about the burden of proof demands a constitutional hermeneutics approach, it was submitted to epistemological critique in order to confront it with a new criminal procedure paradigm designed in the 1988 Constitution with the introduction of the presumption of innocence set out in Article 5, LVII.

Throughout the text were addressed points, direct and indirectly related to the research objects, such as the relationships between procedure and the Constitution and human rights treaties within the boundaries of the democratic state of law; overcoming the adversarial x inquisitorial model; the history of the presumption of innocence under the approach of the burden of proof; the traditional theory about Article 156 of the Criminal Procedure Code both in doctrine and jurisprudence.

Finally, the purpose was to present a possible constitutionally proper reading of Article 156 of the CPP in light of the presumption of innocence.

**Keywords:** Criminal Procedure, Constitution, human rights, burden of proof, presumption of innocence.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. PROCESSO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	16
1.1. O processo penal, Constituição e direitos humanos.....	16
1.2. A superação do binômio “acusatório x inquisitório”: o princípio democrático e a presunção de inocência como pilares do processo penal constitucional.....	25
2. HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL.....	33
2.1. Do direito romano à idade média: breves incursões.....	33
2.2. Revolução francesa e o surgimento da presunção de inocência como direito humano fundamental.....	38
2.3. O tratamento do ônus da prova e da presunção de inocência no Brasil.....	41
2.3.1. As ordenações portuguesas.....	41
2.3.2. Os Códigos de Processo Penal pátrios.....	45
2.3.2.1. Código de processo penal do Império.....	45
2.3.2.2. O Código de processo penal de 1941.....	47
2.3.2.3. O projeto do novo Código de Processo Penal.....	49
2.4. As Constituições brasileiras.....	50
2.5. Os tratados internacionais de direitos humanos.....	51
3. A TEORIA TRADICIONAL DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL.....	55
3.1. O estado da arte acerca da interpretação tradicional do ônus da prova no processo penal.....	55
3.2. Resistência à teoria tradicional.....	61
3.3. A interpretação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.....	63

4. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	67
4.1. Breve introdução à presunção de inocência.....	67
4.2. Presunção de inocência e presunção de não culpabilidade: para uma superação da pseudocrise semântica e efetivação da garantia fundamental.....	72
4.3. Presunção de inocência e <i>in dubio pro reo</i> .....	75
4.4. Revolução paradigmática operada pela presunção de inocência na sistemática do ônus probatório no processo penal.....	77
4.4.1. Impossibilidade de importação das categorias lógicas do processo civil para o processo penal.....	80
4.4.2. A verdade real.....	82
4.4.3. A completude da narrativa formulada na denúncia: o crime em sua integralidade ontológica (fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade) e a exclusividade do ônus probatório para a acusação.....	86
4.4.4. O papel do Ministério Público na gestão probatória.....	96
4.4.5. A ponderação de direitos e a aplicação da presunção de inocência em seu viés de regra probatória.....	99
CONCLUSÃO.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	108

## INTRODUÇÃO

O tema “ônus da prova” aflige diuturnamente profissionais do direito que atuam na área criminal, sejam juízes, advogados, defensores públicos, promotores, procuradores ou professores que direcionam seus esforços à concretização dos direitos humanos acolhidos pela Constituição e tratados internacionais. Esta angústia pode ser atribuída a uma aplicação do artigo 156 do Código de Processo Penal despida de reflexão teórica consentânea com a presunção de inocência.

O interesse pelo objeto da pesquisa – interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório no processo penal – surgiu da lida diária com a prática processual penal, em decorrência mesmo do exercício profissional deste mestrando junto à Defensoria Pública da União. Condenações são proferidas sem que o crime, enquanto fenômeno único e complexo, tenha sido provado em todas as suas engrenagens, muitas vezes com o argumento de que a defesa não se desincumbiu do ônus de provar as excludentes invocadas.

Por isso mesmo, buscou-se neste mestrado uma reflexão crítica da sistemática do ônus probatório no processo penal no que tange à prova de excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, o que não exclui posteriores estudos quanto às repercussões desta pesquisa em outros pontos, como o referente às medidas cautelares, assunto que foi tratado em artigo apartado<sup>1</sup>.

A amplitude do ponto – ônus da prova – é aqui delimitada pela questão de se saber a quem compete provar excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade. Em suma, a sistemática do ônus probatório será interpretada pela lente da presunção de inocência.

---

<sup>1</sup> MACHADO, Francisco Nogueira. *Presunção de inocência e teorias da verdade no processo penal: breves reflexões sobre o ônus da prova nas medidas cautelares pessoais*. In *Processo penal democrático*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

A hipótese central parte da premissa de que há uma baixa concretização da presunção de inocência no campo do ônus probatório, âmbito no qual ainda há imputação à defesa da tarefa de provar excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade, entendimento que é repetido e cantado como um mantra por diversos setores da doutrina e da jurisprudência, em decorrência de uma recepção da lógica que rege esta questão no direito processual civil, desconsiderando-se as peculiaridades do processo penal.

Neste exórdio, alguns esclarecimentos se fazem necessários.

A abordagem se dará por uma visão crítica<sup>2</sup>. Guia-se por uma interpretação explicativa, desmistificadora e colaborativa<sup>3</sup> que, primeiramente, busca criticar a teoria prevalente para, em seguida, defender uma interpretação à melhor luz da presunção de inocência.

A interdisciplinaridade circunda as balizas deste estudo, que não descarta de algumas influências da filosofia. Esta modesta investigação pode ser inspirada em uma filosofia radical<sup>4</sup>, no sentido de que não se contenta em descrever a realidade posta que nada de novo revela acerca da efetividade da presunção de inocência e busca contribuir para uma modificação do cenário atual ao mesmo tempo em que ele é compreendido. A radicalização do pensamento é “tornar as ideias novamente perigosas” e “apostar em uma espécie de roleta russa do pensar”<sup>5</sup>, ou seja, permitir que o direito processual penal tome novos rumos desvinculados de uma tradição autoritária e antidemocrática.

---

<sup>2</sup> Crítica no sentido de apontamento das aporias do conhecimento, conforme estudo desenvolvido por Karl Popper. POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*; tradução de Milton Amado. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 220.

<sup>4</sup> A filosofia radical “não refletirá qualquer ordem pré-estabelecida, o que, no terreno do pensamento, só pode ser o reflexo das formas reais de dominação e limitação social que ditam o que é ‘científico’ e ‘não-científico’, ‘filosófico’ e ‘não-filosófico’, ‘pensável’ e ‘não-pensável’”. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia radical e utopia: inapropriabilidade, na-arquia, a-nomia*. 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2014, p.40.

<sup>5</sup> *Idem*, pp.27-38.

Almeja-se, ainda, desconstruir o “senso comum teórico”<sup>6</sup> em torno do artigo 156 do Código de Processo Penal, que nele vê uma distribuição de ônus probatório entre acusação e defesa.

À teoria tradicional é oposta uma visão alternativa para explicitar uma realidade que ainda não se deixou vir em razão de contrariar a política estatal de aparelhar o processo penal para utiliza-lo como instrumento de controle social e consolidação de políticas públicas.

Não se pode perder de vista que o caráter dominante de uma teoria, no mais das vezes, depõe em seu desfavor. Andityas Soares, com suporte em Feyerabend, frisa, no que concerne à qualidade “dominante” que se atribui a uma teoria, que ela “só o é *porque e enquanto* seleciona os fatos sobre os quais seu discurso se aplica, conformando uma perfeita tautologia: é dominante a teoria que descreve os fatos verdadeiros e verdadeiros são os fatos descritos pela teoria dominante”<sup>7</sup>. É exatamente isto que se constata no texto em mãos: a teoria prevalecente a respeito do ônus da prova no processo penal assim o é por que reproduz uma linha de pensamento que não se submeteu à mudança de paradigma operada pela presunção de inocência.

Para se receber os argumentos trabalhados ao longo do texto, é indispensável que o leitor abdique, ainda que provisoriamente, da preocupante influência de um sentimento de insegurança coletiva incentivado pelos meios de comunicação de

---

<sup>6</sup> Segundo Luiz Warat, “senso comum teórico” se refere a uma “montagem de noções, representações, imagens, saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como um arsenal de ideologias práticas.” Diferentemente do que ocorre com uma teoria científica, o senso comum teórico não determina uma mudança de leitura de problemas e mantém o *status quo*. Em relação ao campo do Direito propriamente dito, Warat assevera que “as teorias jurídicas existentes devem ser caracterizadas como senso comum teórico”, uma vez que “em momento algum, as teorias sobre o objeto ‘direito’ deixam de cumprir um papel ideológico. O saber jurídico emana da necessidade de justificar a ordem jurídica, e não de explicá-la”. WARAT, Luiz Alberto. *O senso comum teórico dos juristas*. In Introdução Crítica do Direito. Volume 1. Série O Direito achado na rua. Brasília: UnB, 1993, p.p. 105-108.

<sup>7</sup> “Ao controlar o campo de análise, a teoria dominante seleciona os fatos aos quais se aplica e os apresenta como os únicos fatos, impedindo um real desenvolvimento científico-filosófico, dado que somente a consideração de visões alternativas poderia questionar não apenas a teoria dominante, mas principalmente os fatos que ela escolheu descrever”. Op. cit. p. 41.

massa sobre a vontade de se efetivarem direitos fundamentais no campo processual penal, instaurando-se a abertura para a consolidação do terror como instrumento de dominação estatal<sup>8</sup>.

Vive-se, hodiernamente, uma onda alucinatória do terror, que injeta na mente dos indivíduos a ideia de que “todos os acusados são culpados”, “todo criminoso deve ser preso”, “as leis devem ser mais rígidas” e “as penas precisam ser aumentadas”. O discurso punitivo-midiático caminha no sentido da instauração do totalitarismo na vã inocência de estar com vistas à proteção de direitos fundamentais.

Quando se busca a defesa de um discurso que limite o poder punitivo, como o que se está a desenhar neste trabalho, em meio a um contexto de “guerra contra a criminalidade”, isto ganha, como observa Fabiana Lemes<sup>9</sup>, verdadeira conotação de “traição à sociedade” e “cumplicidade com a criminalidade”. Todavia, deve-se ter em mente que a tutela de direitos individuais, tal como o da presunção de inocência, não é causadora do incremento da violência na sociedade, mas “enfrentar o problema sob essa perspectiva é mais simples, mais fácil, menos oneroso e politicamente mais vantajoso”<sup>10</sup>.

O que se almeja é aperfeiçoar o processo penal para lhe conferir racionalidade e adequação no que tange aos mecanismos de controle das restrições e intervenções que seus procedimentos, por si sós, promovem na esfera dos imputados.

A temática do ônus probatório surge como ponto de tensão entre um pressuposto interesse público direcionado ao combate à

---

8 De extrema valia para este ponto é a lição de Hannah Arendt acerca do papel do terror nos governos totalitários. Segundo ela, “no corpo do governo totalitário, o lugar das leis positivas é tomado pelo terror total, que se destina a converter em realidade a lei do movimento da história ou da natureza” e, ainda, “o terror procura ‘estabilizar os homens a fim de liberar as forças da natureza ou da história. Esse movimento seleciona os inimigos da humanidade contra os quais se desencadeia o terror, e não pode permitir que qualquer ação livre de oposição ou de simpatia, interfira com a eliminação do ‘inimigo objetivo’ da História ou da Natureza, da classe ou da raça”. (ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2007, pp. 516-517).

<sup>9</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 102.

<sup>10</sup> *Idem*, p. 198.

criminalidade e a garantia da presunção de inocência. A atividade probatória, que é garantia do acusado em um processo democrático, tem sido palco onde as “maiores violações de direitos fundamentais são perpetradas, em nome de uma ‘verdade’, indispensável à realização de uma falsa segurança social”<sup>11</sup>.

E, neste passo, os operadores do direito devem exercer sua principal função de garantes do catálogo dos direitos fundamentais e buscar conter o poder punitivo que está deslegitimado no marco do Estado democrático de direito. A consciência da deslegitimação do poder punitivo faz com que sejam reforçados os filtros garantistas alocados no processo penal.

A metodologia utilizada na pesquisa seguiu uma abordagem teórica, lançando mão de estudos sobre a doutrina especializada e julgamentos dos Tribunais Superiores acerca do objeto de investigação, não se descurando, todavia, de criticá-los à luz do texto constitucional e dos tratados internacionais de direitos humanos. Acerca da pesquisa jurisprudencial, destaque-se que ela foi centralizada nos julgados do Superior Tribunal de Justiça, guardião do Direito federal, e do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, tendo como marco temporal o período pós Constituição de 1988, em virtude mesmo de se ter esta como divisor de águas no campo cuja exploração se inicia.

A estrutura desta dissertação seguirá a seguinte ordem. O capítulo primeiro será destinado a debater, em um nível mais amplo, a natureza do processo penal no marco do Estado Democrático de Direito e a (in) subsistência da dicotomia dos sistemas inquisitório e acusatório à luz da presunção de inocência e do princípio democrático. O segundo capítulo passa a perscrutar o desenvolvimento histórico do ônus probatório no processo penal e sua relação com a presunção da inocência. Em seguida, o capítulo três lança olhos à teoria tradicional, permitindo, contudo, uma

---

<sup>11</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 28.

passagem pelos autores que abraçam a posição minoritária. Por último, o derradeiro capítulo será reservado ao desenvolvimento da hipótese nuclear desta pesquisa. Nele serão abordadas as dimensões da presunção de inocência, seu conteúdo e abrangência, bem como a revolução paradigmática que operou no campo probatório.

## PROCESSO PENAL E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

Desde os meios de investigação (busca e apreensão, interceptação das comunicações telefônicas, quebra de sigilo bancário, prisão temporária) até a imposição da pena, a persecução criminal se apresenta com indiscutível agressividade à liberdade individual dos cidadãos.

Por isso mesmo, o processo penal deve ser orientado precipuamente pela Constituição e os tratados internacionais de direitos humanos. Assim, quando se investiga algum instituto processual penal, é importante que se delineiem os pressupostos teóricos acerca do processo no marco do Estado Democrático de Direito.

### 1.1. O processo penal, Constituição e direitos humanos.

O estudo do processo penal exige que sua leitura seja feita a partir da Constituição e da ordem internacional de tutela dos direitos humanos.

Os institutos jurídicos do processo penal (medidas cautelares, ônus da prova, procedimentos, recursos, dentre outros) são, inicialmente, delineados pelo legislador ordinário. Contudo, eles não escapam à filtragem constitucional<sup>12</sup> e convencional<sup>13</sup>, pois a superioridade normativa da Constituição e dos tratados

---

<sup>12</sup> “O fenômeno ‘filtragem constitucional’ tem como pressuposto a supremacia da normatividade constitucional. Por filtragem constitucional, entende-se o processo hermenêutico de seleção das normas jurídicas compatíveis com a normatividade constitucional” MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. Vol. I: conceitos fundamentais/ Antonio Pedro Melchior, Rubens R R Casara. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p.309.

<sup>13</sup> O controle de convencionalidade ganha terreno os últimos anos e demonstra a importância dos direitos humanos na fiscalização e aplicação da legislação interna. Segundo André de Carvalho Ramos, tal controle consiste “na análise da compatibilidade dos atos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais, resoluções vinculantes de organizações internacionais). RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 280.

internacionais de direitos humanos conduz a que toda a ordem jurídica a eles se submeta.

Os direitos humanos reconhecidos internacionalmente são a base de estruturação do processo penal e norte interpretativo de todo o ordenamento jurídico, inclusive o constitucional, haja vista serem superiores até mesmo à vontade do povo<sup>14</sup>, pois o Brasil, ao ratificar diplomas internacionais e aceitar a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos, obrigou-se a cumprir as regras de proteção de direitos humanos<sup>15</sup>.

Piovesan destaca, neste particular, que:

“Desde o processo de democratização do País e em particular a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil tem adotado importantes medidas em prol da incorporação de instrumentos internacionais voltados à proteção dos direitos humanos”<sup>16</sup>.

A Constituição brasileira interage com os direitos humanos, estes concebidos, segundo a concepção contemporânea defendida por Flávia Piovesan, como “unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, na qual os valores da igualdade e liberdade se conjugam e se completam”<sup>17</sup>, a ponto de se conceber uma interdisciplinaridade apta a resultar um Direito Constitucional Internacional<sup>18</sup>.

Piovesan vê na Constituição de 1988 um divisor no campo dos direitos humanos, asseverando que “o texto constitucional propicia a reinvenção do marco jurídico dos direitos humanos,

---

<sup>14</sup> No caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras* (1988), a CIDH proclamou que os direitos humanos ocupam patamar superior ao próprio poder do Estado, pois são inerentes à dignidade da pessoa humana.

<sup>15</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 20.

<sup>16</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 272.

<sup>17</sup> Op. cit. p. 13.

<sup>18</sup> Op. cit. p. 16.

fomentando extraordinários avanços nos âmbitos da normatividade interna e internacional”<sup>19</sup>.

Neste contexto, o processo penal está vinculado tanto à Constituição quanto à ordem internacional dos direitos humanos, sendo cabível afirmar que “uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário”<sup>20</sup>.

Entretanto, esta constatação abstrata não encontra perfeita correspondência na prática, haja vista as diversas leituras que se fazem de clássicos institutos de direito processual penal à luz dos resquícios autoritários carregados pelas legislações ditatoriais não submetidas à limpeza democrática pós-constituição de 1988.

A falta de uma consciência constitucionalista e internacionalista nos operadores do direito inverte a hermenêutica das normas processuais penais de modo a aplica-las com sustentáculo na legislação ordinária, cujo pilar é o Código de Processo Penal de 1941<sup>21</sup>, forjado nos moldes autoritário e fascista do Código Processual italiano de 1930 (*Codice Rocco*).

Há um olhar invertido e equivocado sobre o direito. Parte-se de baixo para cima (*bottom up*) ao invés de uma interpretação de cima para baixo (*top down*), o que retira a Constituição e os tratados de direitos humanos de seu ponto de referência e orientação do restante do ordenamento jurídico.

---

<sup>19</sup> Op. cit. p. 33.

<sup>20</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. Op. cit. p. 12.

<sup>21</sup> O discurso autoritário e punitivista temperou o Código de Processo Penal em seu nascedouro. Neste sentido, interessante a leitura da argumentação de Francisco Campos lançada na exposição de motivos do Código de Processo Penal: “As nossas leis vigentes de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”. BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal e Constituição Federal. 11a ed. RT Minicódigos. Organização Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2009.

Nereu Giacomolli, em importante apreciação das imbricações e influências recíprocas das ordens normativas internacionais e doméstica, entende ser necessário ultrapassar a mera normatividade ordinária e afirma que o modelo constitucional é o “modo-de-ser” do processo penal e, por conseguinte, o “modo-de-atuar” dos agentes processuais, “desvelando um paradigma democrático e humanitário de processo”<sup>22</sup>.

Segundo este autor:

“Não mais encontram legitimidade o discurso e a argumentação dos juristas e dos sujeitos do processo quando arraigados no paradigma solitário e perfeito do arcabouço ordinário das regras do CPP, de sua validade pelo fato da existência, sem questionamentos constitucionais e convencionais. Portanto, há necessidade de rompimento dessas barreiras, na direção da construção de um processo penal constitucional e humanitário”<sup>23</sup>.

A legislação infraconstitucional é, atualmente, submetida a um duplo controle de fiscalização normativa: o de constitucionalidade e o de convencionalidade. A lei somente será válida se estiver adequada tanto à Constituição quanto aos diplomas internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Na ordem internacional, o controle de convencionalidade, a ser realizado pelas Cortes Internacionais, abrange inclusive as Constituições internas dos Estados<sup>24</sup>.

Mais do que qualquer outro ramo do direito<sup>25</sup>, o processo penal está diretamente relacionado ao modelo de Estado adotado em determinada Constituição e suporta as influências dos projetos políticos traçados pela sociedade no momento inicial do poder

---

<sup>22</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 76.

<sup>23</sup> Op. cit. p. 14.

<sup>24</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 28.

<sup>25</sup> Admite-se o termo “ramos do direito” única e exclusivamente do ponto de vista didático e sistemático, uma vez que, sob o aspecto lógico, o Direito é único.

constituinte originário. É possível admitir, com Hassamer<sup>26</sup>, que o processo penal, para além de mero servidor do direito material, é verdadeiro direito constitucional aplicado e, com Goldschmidt<sup>27</sup>, indica, como um termômetro, o grau de cultura democrática de um Estado.

A intensa relação do processo com a Constituição e o direito internacional demanda que não se olvidem as influências do movimento difuso que se denominou de neoconstitucionalismo<sup>28</sup> que reconhece a força normativa da Constituição e, em especial, o processo de constitucionalização do direito<sup>29</sup>, com a irradiação das normas constitucionais sobre toda a legislação infraconstitucional<sup>30</sup>.

Importante premissa que se extrai da onda neoconstitucionalista é exatamente a compreensão de que a Constituição ocupa uma posição central e hierarquicamente superior no ordenamento jurídico interno. Suas normas irradiam sua força sobre todos os subsistemas de direito e, além de funcionarem como parâmetro de validade normativa, atuam como norte interpretativo da

---

<sup>26</sup> HASSEMER, Winfried. *Crítica al derecho penal de hoy*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003, p.72.

<sup>27</sup> GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935, p.67.

<sup>28</sup> Bernardo Gonçalves esclarece, com suporte nas lições de Miguel Carbonell, que não existe um neoconstitucionalismo, mas sim vários neoconstitucionalismos. Contudo, há pontos em comum, tais como a constitucionalização do direito, o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos, a rejeição do formalismo, reaproximação entre direito e a moral e a penetração cada vez maior da Filosofia nos debates jurídicos. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. Ed. Salvador: 2013, p. 62. Registre-se, por oportuno, que, para o propósito deste trabalho não serão enfrentadas as consequências do neoconstitucionalismo sobre o ativismo judicial. Para aprofundar este ponto, vide MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. Vol. I: conceitos fundamentais/ Antonio Pedro Melchior, Rubens R R Casara. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 179-195.

<sup>29</sup> Barroso associa a ideia de constitucionalização do direito a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Não se restringe ao fato de serem incorporados ao texto constitucional temas relacionados a outros domínios do direito, mas sua marca principal é a “reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional”. Informa ainda que o marco inicial desse processo foi estabelecido na Alemanha sob o regime da Lei Fundamental de 1949. Segundo afirma, “Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 379-390.

<sup>30</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 48.

ordem infraconstitucional <sup>31</sup> , considerando também que ela recepciona, em seu bojo, direitos humanos como direitos fundamentais.

Por esta íntima relação com a Constituição e os tratados de direitos humanos, o processo penal caminha norteado pelos avanços do constitucionalismo que, segundo Bernardo Gonçalves Fernandes, é guiado por dois grandes objetivos, a saber, a limitação e a separação dos poderes e a proteção dos direitos e garantias fundamentais <sup>32</sup> . O processo penal se insere no embalo destes propósitos, fincando as balizas do exercício do poder punitivo estatal.

A Constituição carrega, desde seu nascedouro, a pretensão de se fazer efetiva, de transformar a realidade sobre a qual incide. É o que, em Konrad Hesse <sup>33</sup> , designa-se de “força normativa da constituição”<sup>34</sup> , ou seja, há um desejo ínsito na carta magna de se alastrar pelos órgãos dos poderes constituídos e adaptar o panorama fático às suas diretrizes. Esta tese se contrapõe àquela veiculada por Lassale<sup>35</sup> no sentido de ser a Constituição mera “folha de papel” e que esta seria submetida e guiada pelos fatores reais de poder. Este embate “constituição x fatores reais de poder” é perfeitamente constatável no âmbito do processo penal, no qual atores estatais constantemente se opõem à efetivação dos direitos fundamentais conquistados no campo jurídico-normativo.

---

<sup>31</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p.390.

<sup>32</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>33</sup> “Pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral – particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional -, não só a *vontade de poder*, mas também a *vontade de constituição*”. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991, p.19.

<sup>34</sup> Segundo Barroso, “Atualmente passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua força normativa, do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições” BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 284.

<sup>35</sup> “Esta é, em síntese, em essência, a Constituição de um país: a *soma dos fatores reais do poder que regem uma nação*” (...) “Juntam-se esses *fatores reais* do poder, os escrevemos em uma folha de papel e eles adquirem expressão escrita”. LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 17.

Essa vontade <sup>36</sup> de conferir eficácia e efetividade à Constituição está diretamente relacionada à sua superioridade no escalonamento normativo. A doutrina da supremacia da Constituição, ao contrário do que se poderia pensar, não depende de estar a Lei das Leis consubstanciada em um documento escrito. O pressuposto da supremacia decorre de sua suprallegalidade, prevalecendo sobre toda a ordem jurídica comum. Historicamente, demarca-se no caso *Marbury x Madison* (1803) o *leading case* no qual se declarou a superioridade da Constituição e a nulidade dos atos legislativos emanados do Parlamento que com ela conflitassem. A característica da subordinação dos poderes a uma Constituição rígida deu os contornos ao Estado Constitucional de Direito <sup>37</sup>, que se desenvolveu a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofundou ao longo do século XX <sup>38</sup>.

O surgimento de nova Constituição marca a história de um povo. Rompe o passado, mas preserva o conjunto de condições que configuram a existência comum e desenha um projeto para o futuro com a pretensão de realizar o bem de todos. Neste sentido, Hannah Arendt, acerca das leis positivas, assinala que:

“As leis circunscrevem cada novo começo e, ao mesmo tempo, asseguram a sua liberdade de movimento, a potencialidade de algo novo e imprevisível; os limites das leis positivas são para a existência política do homem o que a memória é para a sua existência histórica: garantem a preexistência de um mundo comum, a realidade de certa

---

<sup>36</sup> Acerca da vontade de constituição, da qual fala Hesse, importante destacar o que Luís Roberto Barroso reconhece como *sentimento constitucional* que surgiu no Brasil após o advento da Constituição de 1988. Segundo o constitucionalista, “trata-se de um sentimento ainda tímido, mas real e sincero, de maior respeito pela Lei Maior”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 269.

<sup>37</sup> Estado constitucional de direito ou Estado democrático de direito são nomenclaturas intercambiáveis que exprimem a proximidade das ideias de constitucionalismo e democracia em uma nova organização política que se proliferou a partir da segunda metade do século XX. Deve-se ressaltar, contudo, que o Estado democrático de direito não se contenta à mera submissão dos poderes à lei, pois governos totalitários assim também o fazem. Como lembra Hannah Arendt: o governo totalitário “não opera sem a orientação de uma lei, nem é arbitrário, pois afirma obedecer rigorosa e inequivocamente àquelas leis da Natureza ou da História que sempre acreditamos serem a origem de todas as leis”. ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2007, p. 513.

<sup>38</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 267.

continuidade que transcende a duração individual de cada geração, absorve todas as novas origens e dela se alimenta”<sup>39</sup>.

Do primado da Constituição se extrai, dentre algumas consequências, a premissa de que os direitos e garantias fundamentais, que positivam internamente diversos direitos humanos e que compõem seu núcleo duro, não são passíveis de redução ou supressão pelo legislador ordinário, pois compõem a esfera do indecível<sup>40</sup> para além da qual os poderes constituídos ficam impossibilitados de transpô-la. Eles assumem uma vocação contramajoritária, pois delimitam uma “área de competência negativa que o legislador democrático não pode invadir”<sup>41</sup>.

O plexo de direitos fundamentais atua como trunfo<sup>42</sup> da minoria contra a maioria, sendo esta característica de suma importância para o processo penal. Como assevera Jorge Reis Novais, “por majoritários que sejam os poderes constituídos não podem pôr em causa aquilo que a Constituição reconhece como direito fundamental”<sup>43</sup>.

A tese dos direitos fundamentais como trunfos permite a movimentação no terreno das colisões de direitos com o princípio democrático da maioria<sup>44</sup>. Esta visão revela a hipótese de conflito entre os direitos fundamentais e o Estado de Direito (poder

---

<sup>39</sup> *Idem*, p. 517.

<sup>40</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 56.

<sup>41</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p.22.

<sup>42</sup> Novais elucida que “A metáfora dos trunfos tem a sua cunhagem em DWORKIN, para quem o direito como trunfo significa que as posições jurídicas individuais que assentam no direito natural a igual consideração e respeito que o Estado deve a cada indivíduo funcionam como *trunfos* contra preferências externas, designadamente contra qualquer pretensão estatal em impor ao indivíduo restrições da sua liberdade em nome de concepções de vida que não são as suas e que, por qualquer razão, o Estado considere merecedoras de superior consideração”. *Idem*, p. 28.

<sup>43</sup> *Idem*, p.36.

<sup>44</sup> Esta linha coincide com a teoria constitucional da democracia defendida por Dworkin, a qual nega a prevalência da premissa majoritária para postular uma sujeição do governo às condições democráticas de garantia de status igualitário para todos os cidadãos. “Uma sociedade na qual a maioria demonstra desprezo pelas necessidades e perspectivas de alguma minoria é ilegítima e injusta”. DWORKIN, Ronald. *Freedom’s Law: The moral reading of the American Constitution*. Massachusetts: Harvard, 1996, pp. 17-25.

democrático)<sup>45</sup>. No processo penal esta tensão é permanente. Nesta plataforma, tem-se, de um lado, o Estado-acusador sustentando a pretensão punitiva desenhada em um tipo penal (lei), democrática e majoritariamente instituído pelo Parlamento e, de outro, o sujeito passivo da ação penal lutando pela defesa de sua liberdade.

O catálogo de direitos fundamentais presente no processo penal – a exemplo do contraditório, ampla defesa, presunção de inocência, terceiro imparcial – funciona como verdadeira armadura protetiva do imputado diante do Estado-Acusador. O réu ou investigado na persecução penal detém direitos fundamentais como trunfos frente ao Estado.

Novais reconhece, acertadamente, que a existência do Estado Democrático não inibe, por si só, a violação de direitos fundamentais e os procedimentos democráticos de constituição e aplicação da lei também não impedem intervenções restritivas ilícitas por parte de atos administrativos e decisões judiciais<sup>46</sup>.

Esta advertência reflete o que se colhe da prática processual penal, cenário em que direitos fundamentais são diuturnamente mitigados em nome da manutenção de uma ordem pública pouca ou nada esclarecida. Isto pode ser atribuído à persistência de um “desacordo profundo sobre o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais”<sup>47</sup>. E a presunção de inocência, enquanto direito fundamental nuclear do processo penal, não escapa a esta desavença hermenêutica, conforme será amplamente enfrentado no capítulo 4.

Nesta toada, o processo penal, que é o único veículo de aplicação do direito penal<sup>48</sup>, deve ser encarado como o espaço viabilizador de uma construção democrática dos provimentos

---

<sup>45</sup> Op. cit. p.18.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p.21.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p.42.

<sup>48</sup> Neste sentido, Badaró lembra que, “ante o *nulla poena sine iudicio*, a aplicação do direito punitivo deve sempre ser canalizada para o Poder Judiciário, que é o único caminho para sua eventual ‘satisfação’ da pretensão punitiva, que já nasce insatisfeita”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 206.

jurisdicionais que abre à defesa o poder de fiscalizar a legalidade e a legitimidade do exercício da pretensão punitiva pelo órgão acusatório, ou seja, é o ambiente onde se travam narrativas entre acusador e acusado em estrita observância às garantias processuais entabuladas na Constituição e nos tratados internacionais de direitos humanos.

Com Ferrajoli é possível admitir a existência do processo sob um enfoque da epistemologia garantista, tendo como pilar o cognitivismo processual que exige a verificabilidade ou refutabilidade das hipóteses acusatórias por meio de procedimentos que permitam tanto um quanto outro<sup>49</sup>.

O processo penal tem como norte o modelo de Estado encampado pela Constituição. No caso brasileiro, a opção do constituinte foi pelo Estado Democrático de Direito e, neste quadrante, o discurso jurídico-penal não pode buscar a legitimação do poder punitivo, mas sua contenção dentro dos parâmetros normativos<sup>50</sup>. E esta contenção significa “fazer cumprir a decisão constituinte e fortalecer o Estado democrático de direito”<sup>51</sup>, com a devida observância dos direitos humanos internacionalmente reconhecidos.

1.2. A superação do binômio “acusatório x inquisitório”: o princípio democrático e a presunção de inocência como pilares do processo penal constitucional.

O princípio democrático e a presunção de inocência são os pilares do processo penal constitucional e humanitário.

Neste ponto, é importante uma ligeira digressão sobre a natureza jurídica do processo para anotar que a teoria da

---

<sup>49</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.32.

<sup>50</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 101.

<sup>51</sup> *Idem*, p.103.

instrumentalidade gerou a crise de deslegitimação do ato decisório, pois transformou o provimento em etapa de revelação do direito unicamente por parte do juiz<sup>52</sup>.

Não se perfilha aqui a teoria do processo como instrumento da jurisdição de Cândido Rangel Dinamarco. Segundo este processualista, o processo estaria à disposição do juiz, sendo este:

“... legítimo canal através de que o universo axiológico da sociedade impõe as suas pressões destinadas a definir e precisar o sentido dos textos, a suprir-lhes eventuais lacunas e a determinar a evolução do conteúdo substancial das normas constitucionais”<sup>53</sup>.

O foco que se dá à jurisdição, com ênfase na figura do juiz, faz da produção jurídica um ato solitário do julgador, retirando dos cidadãos o poder de construir seus direitos de maneira democraticamente balizada pelo processo.

Melhor se afina à matriz constitucional brasileira a teoria do processo como procedimento em contraditório de Fazzalari<sup>54</sup>. O processo passa a ser uma espécie de procedimento realizado através do contraditório entre as partes<sup>55</sup>.

“Fazzalari (1992), a partir de apropriações de teorias dos direitos público e processual, revisitou o conceito de processo e procedimento, para estabelecer, por meio de um critério lógico de inclusão, que o processo é uma espécie de procedimento, que se especifica em virtude da

---

<sup>52</sup> A concepção do processo como instrumento da jurisdição está em franca crise e declínio, por deitar suas raízes em ideais autoritários de Estado e restringir a aplicação do direito à visão solipsista de um julgador, gerando o paradoxo antidemocrático segundo o qual é inviável controlar a atividade jurisdicional quando o veículo de fiscalização (processo) é o próprio instrumento da jurisdição. Para aprofundamento deste assunto, vide LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

<sup>53</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p.47.

<sup>54</sup> “O processo é um procedimento do qual participam (são habilitados a participar) aqueles em cuja esfera jurídica o ato final é destinado a desenvolver efeitos: em contraditório, e de modo que o autor do ato não possa obliterar suas atividades”. FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: bookseller, 2006, 118.

<sup>55</sup> GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 97.

posição dos afetados em relação à construção do provimento final, que, assim, se realizaria em contraditório, isto é, com a garantia de participação em simétrica paridade dos afetados na construção do provimento”<sup>56</sup>.

O contraditório como via de se democratizar o processo penal é destacado por Felipe Martins Pinto quando assevera que “a decisão jurisdicional deixa de ser um ato isolado do juiz e passa a ser construída coletivamente, pois o conjunto instrutório a partir do qual será prolatada a decisão será exclusivamente construído pelas partes”<sup>57</sup>. A sentença não mais deriva do saber solitário do magistrado. Ela é produto ou resultado de diversas abordagens e dos plurais argumentos desenvolvidos pelo Ministério Público/querelante e pelo réu em sua autodefesa e através de sua defesa técnica.

Em razão mesmo da natureza jurídica do processo como procedimento em contraditório, com a valorização da construção democrática das decisões, perde relevo, atualmente, o debate acerca dos sistemas processuais inquisitório e acusatório.

A discussão acerca de qual sistema foi acolhido pela Constituição de 1988 e qual seria o melhor e mais ajustado ao modelo estrutural do Estado Democrático de Direito sempre gerou polêmica. Ou seja, colocava-se como questão fundamental saber se houve a permanência do processo inquisitório no Brasil ou se há uma adesão ao perfil acusatório puro ou, ainda, se há uma mixagem de princípios de ambos os sistemas.

Jacinto Coutinho procurou entender a celeuma a partir da concepção de Kant a respeito de sistema como conjunto de elementos regido por uma ideia única para, em seguida, defender que a diferenciação entre os sistemas processuais penais se dá a partir da identificação do princípio unificador. E “a diferenciação dos sistemas processuais entre acusatório ou inquisitório far-se-á através,

---

<sup>56</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 13.

<sup>57</sup> PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 154.

antes de tudo, de tal princípio, determinado, aqui, pelo critério referente à gestão da prova”<sup>58</sup>.

O princípio inquisitório dotaria o magistrado de poderes de iniciativa e de produção probatória ao passo em que o princípio acusatório colocaria nas mãos das partes a gestão da prova, vedando-a ao juiz.

Salo de Carvalho enfatiza, como pontos chave do estilo inquisitorial, a ausência de ampla defesa, a exclusão do contraditório e a inversão da presunção de inocência<sup>59</sup>. Citando Cordero, Carvalho constata que, na linha inquisitorial, há um primado das hipóteses sobre os fatos e a conversão do processo em psicoscopia por haver um rito fatigante e isento de forma. Alerta, ainda, para o fato de que este modelo cria no magistrado “quadros mentais paranoicos”<sup>60</sup> e “tendências policialescas”.

“Trata-se de um sistema dado por excelência ao comprometimento das possibilidades do acusado resistir ao poder punitivo que se insinua sobre a sua liberdade e, logo, perfeitamente adequado para os regimes ditatoriais, totalitários e antidemocráticos”<sup>61</sup>.

Mesmo depois do advento das Constituições democráticas, na onda do movimento neoconstitucionalista do pós-guerra, com a injeção de princípios e valores na estrutura legalista do Estado, buscando-se a reaproximação do direito e da moral, decerto ainda impera, nos extratos inferiores do ordenamento jurídico, práticas inquisitoriais. Isto por que:

---

<sup>58</sup> COUTINHO, Nelson de Miranda. *Um Devido Processo Legal (constitucional) é incompatível com o Sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 254.

<sup>59</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit., p. 141.

<sup>60</sup> Esclarece Rubens Melchior que “o *pensamento paranoico*, como consequência da busca pela confirmação de uma hipótese a que já aderiu o inquisidor, foi a principal marca da atuação do julgador nas diversas inquisições. Este *estilo* processual permite que o juiz construa uma grande trama, cujo capítulo final já não saberia distinguir, como lembrou Cordero, entre o que é um ‘sonho’ seu ou a realidade”. *Ibidem*, p.77.

<sup>61</sup> KHALED Jr., Salah H. ROSA, Alexandre Morais da. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 9.

“Embora as práticas inquisitoriais sejam formalmente erradicadas no século XIX, quando os Tribunais do Santo Ofício são definitivamente abolidos em Portugal (1821) e Espanha (1834), sua matriz material e ideológica predominará na legislação laica, orientando a tessitura dos sistemas penais da modernidade”<sup>62</sup>.

Por sua vez, o modelo acusatório propõe a separação entre as funções de julgar, acusar e defender, e instaura um procedimento guiado pela publicidade, oralidade, legalidade e motivação que, em seu conjunto, possibilita a verificação e refutabilidade das teses acusatórias<sup>63</sup>.

Presentemente, contudo, a concentração teórica sobre a dicotomia sistêmica pode gerar mitigações de direitos fundamentais, ao invés de consolidá-los. Com efeito, a primazia que se dá ao debate conduz a um desvio de atenção do problema principal, que reside no déficit democrático de vários institutos processuais penais, dentre eles o ônus probatório.

“A tradicional oposição – sistema acusatório (democrático) e sistema inquisitório (autoritário) – pode produzir, no plano discursivo e das práticas cotidianas, máscaras que ocultam e permitem a reprodução das violências, notadamente quando se realizam reversibilidades ao enunciar a compatibilidade de estruturas processuais nitidamente autoritárias com a Constituição. O resultado é vivificar, na operatividade das agências persecutórias, o inquisitorialismo”<sup>64</sup>.

Esta dicotomia perde sua relevância quando se tem o princípio democrático e a presunção de inocência como epicentros do processo penal, pois, para além das características e componentes historicamente reconhecidos em cada um, a democracia processual, enquanto possibilidade de construção conjunta da decisão, ao estilo fazzalariano e em estrita observância às garantias processuais, com

---

<sup>62</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit., pp. 135-136.

<sup>63</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 165.

<sup>64</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 169.

destaque à presunção de inocência, consagram a plenitude dos postulados constitucionais no processo penal. Rubens Melchior ensina, com proficiência, que:

“Também parece necessário trazer o significante ‘democrático’ para a linguagem processual como uma forma de se contrapor ao argumento de que este ou aquele componente não constitui um elemento essencial do sistema acusatório e, portanto, pode ser desconsiderado”. (...) Há características que fazem parte da tradição histórica do sistema acusatório que não estão presentes em todos os ordenamentos que aderiram a esse sistema (v.g., a discricionariedade da ação penal e a elegibilidade do juiz). Há características historicamente vinculadas ao sistema inquisitorial que não são indispensáveis ao reconhecimento desse sistema processual penal (v.g., processo escrito). Em regra, observam-se elementos inquisitivos e acusatórios gravitando em conjunto na dinâmica sistêmica”<sup>65</sup>.

Morais da Rosa também destaca a insubsistência da manutenção do (falso) dilema acusatório *versus* inquisitório. Assevera que esta discussão deve ser superada pela ausência de efeitos, pois, na atualidade, não há sistemas puros, sendo impossível se falar em sistema misto. Citando Montero Aroca, Rosa defende que “não há sentido em invocar conceitos do passado para dar sentido ao presente, no contexto dos sistemas processuais penais, justamente porque a estrutura do pensar se modificou”<sup>66</sup>. A insistência em se dispendar energias neste velho dilema “somente ajuda a obscurecer, confundir e impedir a leitura constitucionalmente adequada dos lugares e funções do e no processo penal”<sup>67</sup>.

A prevalência do princípio democrático e da presunção de inocência, como pilares de fundação do processo penal constitucional, relega para segundo plano a vetusta discussão acerca dos sistemas processuais penais.

---

<sup>65</sup> MELCHIOR, Antônio Pedro. Op. cit., p. 102.

<sup>66</sup> ROSA, Morais da. *A superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial*. In *Processo penal e direitos humanos*. Diogo Malan, Geraldo Prado, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.11.

<sup>67</sup> *Idem*, p. 11.

A compreensão constitucional do ônus da prova à luz da presunção de inocência está intimamente atada a estas aspirações democráticas que formatam o processo penal como espaço de construção da decisão judicial conjuntamente pelas partes.

A adequação de determinado instituto processual à Constituição independe, neste ângulo de visada, de sua origem acusatória ou inquisitória. Ela se dará a partir de sua compatibilidade com o projeto democrático constitucional que objetiva controlar, fiscalizar e limitar o poder estatal.

De fato, é falso afirmar que o sistema acusatório, com sua estrutura tripartida de funções de acusar, julgar e defender, por si só, garante a presunção de inocência, pois, mesmo em períodos históricos em que vigorou o modelo acusatório, partia-se de uma presunção de culpa para se atribuir ônus probatório ao acusado<sup>68</sup>.

Nesta linha de raciocínio, a construção da sentença penal – ato de poder estatal de indubitável influência nas relações sociais –, para que seja afinada a uma teoria democrática, não pode resultar de um procedimento formal em que a vontade da autoridade seja, isoladamente, a autora da decisão. Aos réus deve ser assegurado, com a intermediação de defesa técnica de qualidade – e aqui pode ser lembrada a Defensoria Pública como instituição constitucionalmente vocacionada à proteção dos hipossuficientes, em todos os graus de jurisdição –, o direito de coparticipação probatória e argumentativa no procedimento de construção da decisão judicial.

Morais da Rosa lembra, com acerto, que “no decorrer do processo os direitos fundamentais serão invocados e debatidos argumentativamente (discurso proposicional e não autoritário)”. Por isso mesmo, “o processo é quem mediará, pelo discurso, a decisão, não mais solitária do juiz, mas coproduzida democraticamente”<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 17.

<sup>69</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 270.

Ladeado ao princípio democrático, a presunção de inocência, enquanto direito fundamental de indiscutível relevância na democracia brasileira, detém eficácia irradiante em sua dimensão objetiva, lançando balizadas na atividade legislativa, desenhando os limites para além dos quais as leis poderão estar contaminadas pelo vício da inconstitucionalidade, bem como traça os caminhos procedimentais a serem trilhados pelos órgãos do poder executivo e do judiciário”<sup>70</sup>.

Como traço distintivo do processo penal, que lhe dá identidade própria, a presunção de inocência privilegia, com preferência constitucional sobre a pretensão punitiva, a tutela da pessoa contra a qual se formula o pedido condenatório.

A preeminência hierárquico-normativa da presunção de inocência decorre de sua própria natureza de “conceito fundamental em torno do qual se constrói o modelo de processo penal, concretamente o processo penal de corte liberal”<sup>71</sup>. É, assim, o núcleo fundante do devido processo legal criminal, que vai balizar todos os institutos processuais penais.

---

<sup>70</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 260.

<sup>71</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocência: Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Aranzadi Editorial. 1999, p. 38.

## HISTÓRICO DO ÔNUS DA PROVA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO PROCESSO PENAL

A abordagem temporal da presunção de inocência e do ônus da prova é importante para se compreender os motivos pelos quais, na atualidade, há uma baixa constitucionalidade na distribuição do encargo probatório no processo penal. Ademais, o estudo histórico “só se justifica se dele se puderem extrair razões reveladoras de sua atual importância e dirimir confusões ou ampliar seu âmbito de incidência”<sup>72</sup>.

A história do processo penal brasileiro possui “configurações nem sempre nítidas e retilíneas, que se espreitam no modo de pensar inquisitivo e que conduzem o discurso penal”<sup>73</sup>, sendo de extrema importância um olhar cauteloso sobre o passado para que dele sejam extraídas importantes lições sobre o presente.

Com esta compreensão em mente, a investigação histórica, ainda que fatiada em seus principais períodos, cumpre a função de detectar as razões pelas quais hoje o instituto do ônus da prova ainda é aplicado sem a oxigenação da presunção de inocência.

É de ser sublinhado que, embora a presunção de inocência tenha múltiplas percepções no processo penal, o percurso histórico que ora se inicia se limitará, tendo em conta as bordas deste trabalho, à sua correlação com o ônus da prova.

### 2.1. Do direito romano à idade média: breves incursões.

Antes do advento das Revoluções liberais e a emergência de princípios humanitários, vigoravam procedimentos penais cujo

---

<sup>72</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 1.

<sup>73</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p.133.

pilar era a presunção de culpa <sup>74</sup> daqueles submetidos ao poder punitivo. Enquanto vigoraram métodos irracionais e teológicos, não havia uma preocupação mínima em se estabelecer procedimentos depuratórios de uma acusação para se chegar à condenação.

No período comicial romano (de 754 a.C até 510 a.C), em que vigorou o procedimento da *cognitio* e o sistema da *inquisitio*, o direito penal era influenciado e determinado pela religião e pelo autoritarismo e caracterizado pela inexistência de regras que pudessem conter o poder discricionário dos magistrados. O direito de defesa era um favor concedido consoante conveniência do magistrado e não havia fundamentação nas decisões <sup>75</sup>.

No período posterior, o da *anquisitio*, já sob a égide do modelo republicano romano, viabilizou-se um procedimento penal perante o povo reunido em *comitia* a partir de uma *provocatio ad populum*, que era uma garantia de o réu submeter seu julgamento ao crivo de uma assembleia popular, com possibilidade de defesa. <sup>76</sup>

Em seguida, no marco acusatório do direito romano (séculos II e I a.C), vigoraram as *questiones perpetuae* <sup>77</sup>, procedimento que assegurava mais garantias ao réu. Todavia, predominava nesta época uma inversão do ônus da prova, pois os jurados presumiam a culpa do réu e participavam do julgamento na expectativa de ver o desempenho do defensor em demonstrar a inocência de seu constituído. Assim, “a hábil oralidade dos defensores atraía mais a atenção dos julgadores que a necessidade do acusador dever provar a culpa do réu, e a falta daquela habilidade, ou seja, a falha do defensor fazia fenecer o acusado” <sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> Em um sistema calcado na presunção de culpa, “todos os institutos processuais são criados e operados para que em nada favoreçam a posição contrária, qual seja, a presunção de inocência”. MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 69.

<sup>75</sup> *Ibidem*, pp. 5-8.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 12.

<sup>77</sup> Segundo Zanoide, “durante as *quaestiones perpetuae* o dever de provar e contraprovar era delegado às partes, em procedimento acusatório. A parte malsucedida na demonstração de sua versão quedava-se derrotada. O *quaestor*, sem poder instrutório e decisório, apenas organizava o julgamento diante do *comitia* e o submetia à votação dos jurados”. *Ibidem*, p. 35.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 15.

O terreno para o nascimento da presunção de inocência continuou pantanoso nos demais períodos do direito romano<sup>79</sup>, com destaque para a árida fase da *cognitio extra ordinem*<sup>80</sup>. Contudo, neste período se iniciou o germe da estruturação do ônus da prova. Como elucida Zanoide, diferentemente do que ocorria com as *quaestiones*, em que o acusador que não provasse a denúncia era condenado à pena postulada, na *cognitio extra ordinem*, se a acusação não fosse provada, o réu era absolvido, sem prejuízo para o acusador-juiz. Assim, a dúvida beneficiava a defesa, não por influência da presunção de inocência, mas pela proibição do *non liquet*.

“A assunção do poder de julgar impõe um dever, indeclinável, de decidir. Desse modo, os legisladores e jurisconsultos começam a construção de regras destinadas a determinar a ‘quem’ cabe provar ‘o quê’, e principalmente, o que sucede na falta de atendimento deste ônus. Dessa necessidade surgem as presunções e as aparências, com as quais se busca fixar, aprioristicamente, formas de orientar a decisão judicial”<sup>81</sup>.

Ao longo da Idade Média vigorou o sistema das ordálias<sup>82</sup>, cuja noção abrange o manejo de técnicas consistentes, por exemplo, em duelos judiciais, caldeirão fervente, ferro incandescente e a prova do fogo. Esses meios decorriam da crença de que Deus efetivamente intervia nestes procedimentos e determinava o êxito de uma das

---

<sup>79</sup> Zanoide descarta qualquer possibilidade de se dizer que no direito romano houve presunção de inocência, pois imperava a presunção de culpa em seus institutos processuais e vigorava a política criminal do inimigo como guia do aparato punitivo: “Assim, pela potencializadora interação entre a constante presunção de culpa que informava todos os modelos processuais romanos e a construção de um direito penal do inimigo, chega-se à conclusão de que por toda essa fase histórica não se pode afirmar que a presunção de inocência tenha sido sequer encetada”. *Ibidem*, p. 38.

<sup>80</sup> A *cognitio extra ordinem* era caracterizado, ao que interessa a este trabalho, pela inexistência de regras para valoração da prova e pelo fato de o ônus da prova ser mitigado pela iniciativa do juiz de buscar a verdade.

<sup>81</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>82</sup> Interessante anotar, com Taruffo, que o julgamento pelo Tribunal do Júri, por conter um veredito imperscrutável decorrente de um conhecimento que não podia ser verificado ou posto em dúvida, conserva a marca irracional das provas ordálicas, o que levou Cordeiro, citado por Taruffo, a afirmar que “o júri é órgão de uma cognição mística radicada nas vísceras comunitárias”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, pp.38-39.

partes, revelando quem era inocente ou culpado. São, assim, considerados métodos irracionais<sup>83</sup>, baseados na fé ou crença em um ser divino que, do alto de sua onisciência, atuava para revelar a culpa ou inocência de uma pessoa<sup>84</sup>. O resultado desta técnica era decisivo e a parte devia se purgar da acusação a ela dirigida, sendo claras as consequências positivas ou negativas da prova. Não se pode olvidar, contudo, que as ordálias eram uma técnica residual, somente empregada na insuficiência dos demais meios de prova para esclarecer as dúvidas sobre os fatos<sup>85</sup>.

É bom sublinhar que as ordálias não podem ser consideradas um procedimento depurador do poder punitivo. Pelo contrário, resumiam-se em uma forma de julgar a culpa de alguém<sup>86</sup>, sem qualquer garantia de que o acusado fosse tratado como inocente e com inobservância do direito de defesa e do contraditório. A submissão às ordálias era indicativa de uma cultura de presunção de culpa, pois:

“a prova (ordália/duelo) somente ocorria se houvesse desconfiança sobre a inocência do imputado ou, ainda, se ela não estivesse ‘provada suficientemente’. A dúvida, portanto, não significava um ‘benefício’ para o acusado (‘in dubio pro reo’). Muito ao contrário. Gerava uma imposição a ele de provar sua inocência. Na dúvida, o encargo não se dirigia ao acusador para melhor demonstrar a imputação, mas ao acusado, para demonstrar sua inocência”<sup>87</sup>.

Destaca-se, no período do medievo, a prevalência da inquisição<sup>88</sup>, cujos contornos normativos foram traçados com mais

---

<sup>83</sup> Cabe ressaltar, com Taruffo, que essa irracionalidade é determinada em um olhar retrospectivo, do presente pós-moderno para o passado, pois, àquela época, “não havia qualquer extravagância em pensar que Deus devesse intervir na determinação do êxito de eventos importantes como as controvérsias judiciárias”. *Ibidem*, p. 20.

<sup>84</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit. pp.19-20.

<sup>85</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit. pp. 21-22.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 42.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 44.

<sup>88</sup> Segundo Zanoide, em um contexto inquisitivo é inviável a presunção de inocência, pois, neste sistema, a culpa do imputado está pressuposta, nunca sua inocência. *Idem*, p. 54.

acuidade a partir de dois manuais: o *Directorium Inquisitorum*<sup>89</sup>, de 1376, traduzido como “Manual da Inquisição”, de Nicolau Eymerico; e o *Malleus Maleficarum*<sup>90</sup>, conhecido como “O martelo das Feiticeiras”, escrito em 1484. Estas duas obras orientam os principais contornos de um procedimento inquisitivo: denúncias anônimas e genéricas, proeminência da confissão sobre as demais provas, a busca da verdade material, acumulação das funções de acusar e julgar, sistema tarifado de provas, uso da tortura para a obtenção da verdade e a prevalência da prisão provisória em detrimento da liberdade como regra. Exemplificativamente, no Manual da Inquisição, em seu Capítulo I, que versa sobre “a formação e sustentação das causas”, afirmava-se que “com a heresia deve-se proceder diretamente, sem sutileza de um advogado e nem solenidades no processo”<sup>91</sup>.

No contexto da inquisição, a infiltração da religião no processo resultou numa abordagem guiada pela primazia das narrativas acusatórias, ou seja, a dúvida não conduzia à absolvição, mas à submissão do réu ao juízo de Deus, único a possibilitar a expiação de sua culpa.

Pode-se afirmar que “talvez seja a Inquisição o mais perfeito antípoda do que se deva entender por um sistema fundado na presunção de inocência”<sup>92</sup>. Na verdade, a visão religiosa tratava o homem como um ser predestinado ao pecado, ao mal. Logo, o espaço para a presunção de culpa era fértil.

O processo inquisitório tem suas raízes na Roma antiga, mas a formatação que hoje se visualiza nasceu no bojo da Igreja

---

<sup>89</sup> GODOY, Affonso Celso de. *Manual da inquisição*. Tradução de Affonso Celso de Godoy. 1ª ed. 8ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009. De acordo com Khaled Jr. e Rosa, “o discurso de Eymerico estrutura uma lógica de orientação punitivista do sistema penal que pode ser constatada em vários momentos históricos, garantindo a hegemonia da ambição de verdade processual”. Op. cit. p. 14.

<sup>90</sup> KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum* (O Martelo das Feiticeiras). 23ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2014. Segundo Khaled Jr. e Moraes da Rosa, “o ‘martelo das feiticeiras’ de Kramer e Sprenger, manual de procedimento muito difundido durante a ‘Inquisição’, por certo, serve de inspiração velada de muitas propostas de reforma da legislação ou mesmo de práticas judiciais antigarantista”. *Idem*. p. 12.

<sup>91</sup> GODOY, Affonso Celso de. Op. cit., p. 15.

<sup>92</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 69.

Católica, “como resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se convencionou chamar de ‘doutrinas heréticas’”<sup>93</sup>. Sua estrutura contém uma fusão dos métodos de acusação e de julgamento. Como observa Coutinho, “o juiz, senhor da prova, sai em seu encaço guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato, privilegiando-se o *mecanismo ‘natural’ do pensamento da civilização ocidental que é a lógica dedutiva*”<sup>94</sup>.

Esta versão medieval da Inquisição, como se percebe, tem notas e frescores resgatados da cultura romana e foi o sistema mais utilizado na Europa Continental até o último terço do século XVIII, ou seja, sua existência perdurou por quase seis séculos e meio.

A decadência da inquisição passou por um processo de laicização do direito penal e do processo penal, com uma alternância na ideia de heresia a partir do discurso médico (que explicava agora os comportamentos a partir de suas patologias, não mais os atribuindo a intervenções demoníacas) e com a universalização dos ideários humanistas e racionalistas do liberalismo.

Com a secularização do pensamento penal – ruptura entre crime e pecado -, abre-se passagem à instituição de garantias para os acusados e abolição de métodos drásticos e interventivos de obtenção de prova<sup>95</sup>.

## 2.2. Revolução francesa e o surgimento da presunção de inocência como direito humano fundamental.

Com o iluminismo e o desencadeamento da Revolução Francesa, houve um rompimento com o paradigma de poder calcado em critérios religiosos, metafísicos ou hereditários, secularizando-se o exercício do poder político e jurídico. O indivíduo deixa, pelo menos em tese, de ser encarnação do mal e inimigo do Estado para ser sujeito de direitos, alvo e destinatário da atuação estatal. No

---

<sup>93</sup> COUTINHO, Nelson de Miranda. Op. cit. p.256.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p.256.

<sup>95</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 157.

campo repressivo, desaparece o corpo como objeto de suplício, recaindo a punição sobre a alma do delinquente<sup>96</sup>. O castigo passa de “uma arte de sensações insuportáveis a uma economia dos direitos suspensos”<sup>97</sup>.

No clima dos ideais iluministas, tendo como piso o racionalismo e humanismo, surge pela primeira vez em âmbito normativo a concepção da presunção de inocência, que foi inscrita no item IX da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos seguintes termos: “Todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado; se julgar-se indispensável detê-lo, todo rigor que não seja necessário para prendê-lo deverá ser severamente reprimido pela lei”<sup>98</sup>.

Até este momento, nunca se dispensou aos acusados o tratamento de inocente, seja nos sistemas de perfis inquisitivos ou acusatórios. Concorde-se com Zanoide quando justifica que esta abertura à presunção de inocência foi possível em virtude da adoção de uma base racionalista pelo Estado que se viu na condição de proteger o indivíduo e o processo penal deixou de ser manejado como instrumento político-autoritário de opressão dos inimigos estatais<sup>99</sup>.

Na mesma linha, Antônio Magalhães Gomes Filho registra que:

“Embora a origem da máxima *in dubio pro reo* possa ser vislumbrada desde o direito romano, especialmente por influência do Cristianismo, o princípio da presunção de inocência, regra tradicional no sistema da *common law*, insere-se entre os postulados fundamentais que presidiram a

---

<sup>96</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 18.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 14.

<sup>98</sup> “Fica evidenciada a clara intenção dos revolucionários iluministas em estabelecer outro eixo para o processo penal, qual seja, a abolição da presunção de culpa e a fixação da presunção de inocência para (todos) os imputados”. MORAES, Maurício Zanoide de. *Op. cit.*, p. 77.

<sup>99</sup> *Idem*, p. 79.

reforma do sistema repressivo empreendida pela revolução liberal do século XVIII”<sup>100</sup>.

Gomes Filho também aponta que, no período pré-revolucionário, inspirado no primitivo sistema das ordálias, o acusado já era tratado como suspeito e sobre ele recaía o ônus de fornecer provas de sua inocência. Assim, as teorias iluministas norteadoras da revolução buscaram fazer da punição uma função regular, atendendo-se à máxima política segundo a qual seria preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente<sup>101</sup>.

Não se olvida que o ganho obtido pela Revolução em 1789 não perdurou. A necessidade de se unificar e centralizar o poder fez surgir Napoleão Bonaparte que, em 1808, promulgou um Código Processual Penal que impactou um retrocesso no campo dos direitos fundamentais. Bonaparte buscou um equilíbrio entre o perfil liberal da Revolução e o absolutismo e, com isso, limitou várias garantias dos imputados e tornou ilimitados os poderes judiciais concernentes ao exame da prova<sup>102</sup>. Com isso, criou-se o procedimento penal misto que, na primeira etapa, configura-se em modelo inquisitivo e, na segunda, acusatório.

“Como se percebe, tal codificação foi alimentada pelo pretexto de uma ‘emergência política’, que se baseava em um crescimento da criminalidade interna e no risco de subversões políticas, perigosíssimas a um Estado em guerra com seus vizinhos. Novamente, em alegada situação de emergência (política, militar, institucional, de segurança pública interna, etc.), o Estado lança mão de medidas de exceção justificadas pela figura do ‘inimigo público’”<sup>103</sup>.

Gomes Filho igualmente relata que:

---

<sup>100</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 09.

<sup>101</sup> Op. cit. p. 11.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 101.

<sup>103</sup> *Idem*, 104.

“Os novos princípios relativos à persecução penal, entusiasticamente afirmados no calor do movimento revolucionário, não tiveram, contudo, vigor suficiente para superar definitivamente a estrutura repressiva herdada do *acién régime*. Paulatinamente, as conquistas liberais foram sendo abandonadas em favor das exigências da punição mais severa dos delitos, até que se chegasse, com o *Code d’Instruction Criminelle*, em 1808, a uma solução de compromisso entre a *Ordonnance* de 1670 e as primeiras leis revolucionárias”<sup>104</sup>.

Neste ambiente de mixagem ideológica – inquisição e processo liberal e democrático – não se deu margem à sedimentação da presunção de inocência. Retomou-se a noção romana de inimigo (*hostis*) que ressuscitou a presunção de culpa no processo penal<sup>105</sup>, tanto que a presunção de inocência foi omitida dos textos da Constituição francesa de 1795 e do Código de Instrução Criminal francês de 1808.

2.3. O tratamento do ônus da prova e da presunção de inocência no Brasil.

2.3.1. As ordenações portuguesas.

As ordenações de Portugal compuseram as primeiras ordens jurídicas a vigorarem no espaço territorial brasileiro, quando ainda colônia. Elas, em sua natureza, combinavam elementos de poderes secular e canônico. Neste sentido, basta conferir a introdução ao livro V das ordenações Afonsinas, onde se lê que o crime mais grave é o da heresia, haja vista ser cometido “contra nosso senhor Deus”.

Em estudo específico, Silvia Lara esclarece que:

“Associadas diretamente ao monarca que as promulgou, as chamadas *Ordenações* portuguesas constituíram o corpo legal de referência para todo o

---

<sup>104</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.12.

<sup>105</sup> *Idem*, 105.

Reino e, mais tarde, também para suas Conquistas. Compiladas e ordenadas, as diversas leis regulamentavam a estrutura hierárquica dos cargos públicos, as relações com a Igreja, a vida comercial, civil e penal dos súditos e vassallos”<sup>106</sup>.

As ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas vigoraram em um contexto em que o monarca dispunha de um poder absoluto sobre os súditos e reunia em suas mãos as funções de legislar, administrar e punir. Pode-se dizer que “punir, controlar os comportamentos e instituir uma ordem social, castigar as violações a essa ordem e afirmar o poder do soberano constituíam elementos inerentes ao poder real”<sup>107</sup>.

Lara registra, acerca da administração do império português, que “a estrutura judicial se confundia, na maior parte das vezes, com a burocracia colonial, sem nenhuma separação entre o que atualmente chamamos de Legislativo, Judiciário e Executivo”<sup>108</sup>.

As normas não visavam a restringir o poder soberano. Ao contrário, “a compilação das leis e das ordens emanadas dos sucessivos monarcas e das cortes, reunidas de quando em quando, correspondeu a uma afirmação do poder real”<sup>109</sup>.

As ordenações Afonsinas foram as que, inicialmente, incidiram no Brasil colônia. Elas foram elaboradas sob o reinado de D. Afonso V e convertidas em lei em 1446. Seu corpo legislativo foi dividido sistematicamente em cinco livros. O primeiro contém os regimentos dos cargos públicos e da guerra. O segundo dispõe sobre os direitos da Igreja, os direitos reais, a jurisdição dos donatários, as prerrogativas dos nobres e a situação dos judeus e dos mouros. O terceiro regula o processo civil, seguido pelo quarto livro, que regula

---

<sup>106</sup> LARA, Sílvia Hunold. *Ordenações Filipinas*: livro V. São Paulo: Companhia das letras, 1999, p. 30.

<sup>107</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>108</sup> *Idem*, p. 25.

<sup>109</sup> *Ibidem*, p.29.

o direito civil. Por último, o livro cinco compreende o direito penal e o processo penal<sup>110</sup>.

No início do século XVI, o rei D. Manuel determinou fossem as ordenações Afonsinas revisadas, uma vez que, após a invenção da imprensa escrita<sup>111</sup>, possibilitou-se ampla divulgação das leis<sup>112</sup>. As ordenações Manuelinas foram publicadas em 1521 e tem sistema similar ao das ordenações Afonsinas.

As ordenações Filipinas, consideradas o mais bem-feito e duradouro código legal português<sup>113</sup> e as que tiveram maior aplicação no território brasileiro<sup>114</sup>, decorreram de novo processo de revisão das leis em vigor determinado pelo então rei Filipe I, tendo sido o trabalho concluído em 1595. Porém, somente entrou em vigor em 1603, já sob o reinado de Filipe II, que determinou que as novas Ordenações fossem observadas<sup>115</sup>.

A respeito da estrutura textual das ordenações Filipinas, observa Marcelo Caetano que:

“As Ordenações Filipinas foram organizadas pelo mesmo sistema das anteriores. Partindo do texto das manuelinas, os compiladores suprimiram alguns títulos, modificaram outros e acrescentaram leis extravagantes, inserindo principalmente as contidas na coleção de Duarte Nunes de Leão”<sup>116</sup>.

As Ordenações Filipinas vigoraram mesmo após a declaração de independência, naquilo que não tivesse sido revogado pela Constituição de 1824, tendo disciplinado o processo penal

---

<sup>110</sup> CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. Lisboa: 1945, p. 265.

<sup>111</sup> As ordenações Afonsinas não chegaram a ser impressas e circularam somente sob a forma de cópias manuscritas que demoravam a ser concluídas. LARA, Silvia Hunold. Op. cit. p. 31.

<sup>112</sup> *Idem*, p. 286.

<sup>113</sup> LARA, Silvia Hunold. *Idem*, p. 21.

<sup>114</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p.142.

<sup>115</sup> *Idem*, p. 289.

<sup>116</sup> *Ibidem*, p.289.

brasileiro até o advento do Código de Processo Criminal do Império em 1832<sup>117</sup>.

Interessante salientar que, nas três ordenações, o tratamento jurídico penal dispensado ao processo foi reservado aos respectivos Livros V, ou seja, o último das sistematizações legais. José Domingues registra a respeito que:

“O livro quinto é, de todos, o que menos problemas apresenta, quanto ao seu conteúdo. Os seus títulos versam matéria criminal, substantiva e processual, fazendo jus à tradição das compilações legislativas medievais que deixam sempre o *crimen* para o final”<sup>118</sup>.

Os livros V das ordenações Afonsinas, Filipinas e Manuelinas pouco se dedicaram a estabelecer regras processuais aptas a garantir a ampla defesa dos réus. De outro lado, sob o aspecto substancial ou material, trazem diversas narrativas incriminadoras. Há, portanto, muito fomento penalizante e poucos filtros garantistas contra o poder punitivo.

Todas elas se destacaram pela severidade das penas, a exemplo da morte por enforcamento ou por fogo, os açoites, a confiscação de bens, serviços nas galés. Não havia qualquer limite à produção probatória, sendo admitida a tortura quando o réu se negava a confessar. A prova partia especialmente da inquirição feita pelo juiz sobre o fato. Se o magistrado entendesse que emergia da prova uma presunção de culpabilidade, podia submeter o réu a tormento para que a confissão fosse obtida<sup>119</sup>.

Acerca do livro V das Ordenações Filipinas, Silvia Lara tece pertinentes considerações:

---

<sup>117</sup> ALMEIDA JR., João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 140.

<sup>118</sup> DOMINGUES, José. *As ordenações afonsinas*. Três Séculos de Direito Medieval. Portugal: Zéfiro, 2008, p. 421.

<sup>119</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p. 143.

“De todos os seus livros, o que trata do direito penal e seu respectivo processo foi o de menor duração, mas o que teve maior fama. Chamado por muitos de ‘monstruoso’ ou ‘bárbaro’, ele explicita com nitidez a associação entre lei e poder régio, revelando a justiça do monarca em ação, com seu respeito às hierarquias sociais e todo o requinte do arsenal punitivo do Antigo Regime. Num jogo de distinções hierárquicas, a economia das penas não deriva diretamente do crime cometido. Degredo, açoites e outras marcas corporais, penas pecuniárias ou qualquer uma das ‘mil mortes’ eram distribuídos desigualmente, conforme a gravidade do crime e, sobretudo, os privilégios sociais do réu ou da vítima”<sup>120</sup>.

A desigualdade na distribuição da justiça calcada em profundas desigualdades sociais, a conexão do crime com o pecado e do réu com o herege, de um lado, e a existência de um aparato investigatório inquisitorial, por outro, levavam à configuração de uma pressuposição de culpa, a jogar sobre os ombros da defesa a árdua tarefa, muitas vezes inalcançável, de provar a inocência.

### 2.3.2. Os Códigos de Processo Penal pátrios.

#### 2.3.2.1. Código de processo penal do Império.

Em 16 de dezembro de 1830 foi promulgado o Código Criminal do Império do Brasil, que veio substituir o Livro V das Ordenações Filipinas. Seu corpo normativo estava subdividido em quatro partes – dos crimes e das penas, dos crimes públicos, dos crimes particulares, e dos crimes policiais. Pouco versou sobre regras procedimentais, tendo focalizado principalmente normas penais substantivas. Seu principal mérito foi consolidar o princípio da legalidade dos crimes e das penas, até então inexistente nas

---

<sup>120</sup> LARA, Silvia Hunold. Op. cit., p. 40.

ordenações, perante as quais os magistrados dispunham de ampla margem discricionária para fixar a pena mínima e máxima<sup>121</sup>.

Foi em 29 de dezembro de 1832 que entrou em vigor o primeiro Código de Processo Criminal do Império, promulgado por Dom Pedro II. No capítulo reservado às provas – a partir do artigo 84 -, o Código disciplina a prova testemunhal, fixando, inicialmente, a regra de que “as testemunhas serão oferecidas pelas partes, ou mandadas chamar pelo Juiz *ex-officio*”.

A confissão do réu, segundo o artigo 94, se livre, proferida diante do Juízo competente e coincidir com as “circunstâncias de fato”, provam o delito. No capítulo IV – da formação da culpa – não se faz menção à temática do ônus da prova, nem à presunção de inocência. Pela dicção do artigo 144, ao contrário, percebe-se que o magistrado dispõe de ampla margem de discricionariedade para valorar as declarações das testemunhas e do indiciado delinquente, podendo julgar procedente a queixa ou a denúncia quando “se convencer da existência do delito”.

Com o advento da República em 1891, o processo penal brasileiro foi descentralizado na medida em que os Estados-membros passaram a dispor de competência para legislar sobre a matéria, o que gerou uma diversidade de sistemas<sup>122</sup>, tendo este pluralismo normativo perdurado até a entrada em vigor da Constituição de 1934, que determinou, no artigo 11 das disposições transitórias, a elaboração de um Código de Processo Penal a ser uniformemente aplicado em todo território nacional<sup>123</sup>. Contudo, tal disposição constitucional não foi levada a cabo em razão do advento da Constituição outorgada pelo golpe de 1937.

À sombra da Constituição de 1937, que manteve a uniformidade processual deflagrada em 1934, foi promulgado o Decreto-Lei 167, de 5 de janeiro de 1938, que reformou a instituição

---

<sup>121</sup> LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus*. Artigo disponível em [www.boletimjuridico.com.br](http://www.boletimjuridico.com.br). Acesso em 24.08.2015.

<sup>122</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. Op. cit., p. 148.

<sup>123</sup> *Ibidem*, p. 150.

do júri e foi “o primeiro diploma de processo penal elaborado para todo o Brasil, após a unificação do direito processual”<sup>124</sup>.

#### 2.3.2.2. O Código de processo penal de 1941.

O Código de Processo Penal atualmente em vigor no Brasil foi promulgado em 03 de outubro de 1941, quando o contexto político era o ditatorial do Estado Novo de Getúlio Vargas. A gênese do Estado Novo está diretamente relacionada aos ideais nazifascistas que vigoraram na Europa naquele período. A imposição da Constituição de 1937<sup>125</sup> se deu à margem de um debate político democrático, até por que Getúlio fechou o Congresso Nacional e extinguiu os partidos políticos. Aderiu-se a uma ideologia militarista e autoritária, inspirando-se na Constituição polonesa<sup>126</sup>.

Neste ambiente antidemocrático, o Ministro da Justiça, Francisco Campos, responsável pela elaboração da Constituição, orientou a formação do Decreto-lei 3.689, amplamente conhecido como Código de Processo Penal.

A ideologia inspiradora foi importada da Itália, especialmente da Escola Positiva e da doutrina técnico-positivista de Vincenzo Manzini e Alfredo Rocco, conforme se verifica da leitura da Exposição de Motivos declinada por Francisco Campos em 1941<sup>127</sup>. Estes personagens foram os principais responsáveis pela edição do Código Processual Penal italiano de 1930, cujas características marcantes foram a centralização do processo na figura do juiz,

---

<sup>124</sup> MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. São Paulo: Forense, 1961, p. 104.

<sup>125</sup> Dentre as principais características desta Constituição cumpre destacar as seguintes: a) o chefe do Executivo podia governar por decretos-leis e nomear interventores nos Estados; b) as eleições para Presidente da República eram indiretas; c) o mandato presidencial passou a ser de 6 anos; d) havia pena de morte; e) extinguiu-se o princípio do juiz natural.

<sup>126</sup> *Ibidem*, p. 156.

<sup>127</sup> Augusto Jobim lembra que “o Código faz parte daquilo que é costume chamar de *legislação penal Rocco*, não apenas pelo nome do ministro da Justiça que a inspirou, Alfredo Rocco como dito, mas de Arturo Rocco, chefe da Escola Penal Técnico-Jurídica, que lhe dirigiu os trabalhos. Mas é sobre as folhas do *Tratatto* de Vincenzo Manzini que as razões orientadoras deste influxo se fazem claras”. *Ibidem*, p.136.

ampliando seus poderes instrutórios, e o menosprezo à presunção de inocência que, segundo Rocco, acarretava dano à justiça<sup>128</sup>.

Sob a égide da Constituição de 1937 também foi promulgado o Decreto-Lei 88, cujo artigo 20, inciso V, estabelecia que, em relação aos crimes submetidos ao Tribunal de Segurança Nacional, “presume-se provada a acusação, cabendo ao réu a prova em contrário”.

Logo, neste contexto jurídico-normativo não houve menção à presunção de inocência, muito menos qualquer alusão à sua influência na distribuição do ônus da prova.

“Dessa forma, muito mais do que afirmar que não há presunção de inocência no código de processo penal, elaborado em 1940 e ainda hoje vigente, o que se deve ter em mente, devido àquela clara e direta influência positivista italiana, é que o atual código rejeita em sua estrutura toda a dimensão juspolítica da presunção de inocência. Está forjado estruturalmente com base na concepção de que o que há é uma ‘presunção de culpa’ e sempre um ‘inimigo’ a ser perseguido e punido”<sup>129</sup>.

Neste sentido observa Ricardo Alves Bento que:

“No Código de Processo Penal brasileiro não existe registro da preservação da presunção de inocência, inviabilizando ao imputado o livre exercício dos atos inerentes à ampla defesa e o contraditório”<sup>130</sup>.

O vigente Código disciplina o ônus da prova no artigo 156 que estabelece que “a prova da alegação incumbe a quem a fizer”, critério que, historicamente, era adotado no processo romano e não

---

<sup>128</sup> *Idem*, p.140.

<sup>129</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 159.

<sup>130</sup> BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 120.

difere substancialmente daquele utilizado pelo legislador processual civil<sup>131</sup>.

### 2.3.2.3. O projeto do novo Código de Processo Penal.

O projeto de Lei 156/2009 tem o objetivo de promover uma reforma global do Código de Processo Penal.

Todavia, no tocante ao ônus da prova, embora o texto normativo tenha sido alterado, o legislador não esclareceu expressamente sobre quem recai a carga relativa às excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Segundo o art. 4º, o processo assumirá estrutura acusatória, sendo vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atividade probatória do órgão de acusação. O artigo 165 estabelece que “as provas serão propostas pelas partes”<sup>132</sup> e, em seu parágrafo único, permite que o juiz, antes de proferir sentença, determine diligências para esclarecer dúvidas sobre a prova produzida por qualquer das partes.

Não mais se adota a redação nos moldes em que redigido o vigente artigo 156. As futuras disposições podem ser interpretadas no sentido de que o órgão acusador terá o ônus de propor as provas acerca de suas alegações e que estas abrangem um fato típico, ilícito e culpável. De outro lado, também se pode prever que a textura aberta do artigo 165, que não esclarece quem detém a carga de provar quais fatos, poderá subsidiar a manutenção do *status quo*.

A filtragem constitucional do ônus da prova no processo penal sob a lente da presunção de inocência permanecerá necessária, portanto. A ousadia que se esperava na elaboração do projeto de lei em ordem a definir a amplitude da carga probatória do órgão de acusação não foi alcançada. Assim, a tarefa hermenêutica com o fito

---

<sup>131</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 256.

<sup>132</sup> BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 156/2009. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em 03.09.2015.

de conferir eficácia à presunção de inocência remanesce forte e incessante.

#### 2.4. As Constituições brasileiras.

A presunção de inocência somente ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, de maneira expressa, com a Constituição de 1988. Não obstante, ainda que de maneira incipiente, é possível notar alguns de seus traços nas cartas anteriores, especialmente quando se versou sobre a prisão cautelar.

A Carta Monárquica do Império do Brasil de 25.03.1824 previu, em seu artigo 179, §8º, que ninguém será preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei. Deste texto se podia extrair que, nos crimes com penas inferiores a seis meses ou não punidos com desterro, o réu poderia se livrar solto e que, mesmo havendo culpa formada, quem prestar fiança nos casos admitidos em lei não será conduzido à prisão. Reduz-se o cabimento da prisão à hipótese de flagrante delito ou ordem escrita da autoridade competente<sup>133</sup>.

A Constituição de 1891 também não dedicou qualquer palavra à presunção de inocência<sup>134</sup>. Contudo, no que tange à temática da prisão provisória, estabeleceu, em seu artigo 72, §14, que “ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, salvas as exceções especificadas em lei, nem levado à prisão ou nela detido, se prestar fiança idônea nos casos em que a lei a admitir”.

A presunção de inocência também não foi tratada pelas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, todas elas trazendo balizamentos mínimos à prisão cautelar<sup>135</sup>.

É com a Constituição de 1988 que a presunção de inocência ganha espaço em texto escrito no direito pátrio.

---

<sup>133</sup> BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e Constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 78.

<sup>134</sup> *Idem*, p. 82.

<sup>135</sup> *Ibidem*, p. 82-96.

Ao longo da Assembleia Constituinte, a Comissão provisória de Estudos Constitucionais, presidida por Afonso Arinos, encaminhou um anteprojeto no qual constava a garantia da presunção de inocência, nos seguintes termos: art. 43, parágrafo 7º, “presume-se inocente todo acusado até que haja declaração judicial de culpa”.

Este foi o primeiro momento na história jurídica brasileira em que se trouxe à luz a presunção de inocência. Em 15.06.1987, contudo, houve uma emenda, proposta por José Ignácio Ferreira, ao anteprojeto que modificou o texto para a redação atual (ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória). Segundo a justificativa apresentada pelo constituinte, “a proposta visa apenas a caracterizar mais tecnicamente a ‘presunção de inocência’, expressão doutrinariamente criticável, mantida inteiramente a garantia do atual dispositivo”<sup>136</sup>.

## 2.5. Os tratados internacionais de direitos humanos.

A internacionalização dos direitos humanos é fator determinante para o reconhecimento da autonomia do processo penal em relação ao processo civil, destacando-se a presunção de inocência como princípio diferenciador destas disciplinas normativas.

Com o término da Segunda Grande Guerra, imprimiu-se na mentalidade dos povos a necessidade de se estabelecer diretrizes para se evitar a repetição de atos contrários à vida e à dignidade humana. Os horrores praticados pelo nazismo, com a extinção de milhões de seres humanos pela simples condição genética de serem diferentes de uma raça dita superior, suscitaram a imperiosidade de serem respeitados direitos das pessoas independentemente de sua condição social, sexual ou religiosa.

Como bem destacou Piovesan, “o legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça”. Assim, pontua a

---

<sup>136</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., pp. 218-219.

internacionalista, “se a segunda guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o Pós-Guerra deveria significar sua reconstrução”<sup>137</sup>.

Naquele contexto histórico, optou-se pela internacionalização dos direitos humanos, até então protegidos em âmbito local por alguns Estados, mas desprezados em outros.

“A barbárie do totalitarismo nazista gerou a ruptura do paradigma da proteção nacional dos direitos humanos, cuja insuficiência levou à negação do valor do ser humano como fonte essencial do Direito. Para o nazismo, a titularidade de direitos dependia da origem racial ariana. Os demais indivíduos não mereciam a proteção do Estado. Os direitos humanos, então, *não* eram *universais* nem ofertados a todos”<sup>138</sup>.

A internacionalização dos direitos humanos trouxe como características primordiais a superioridade normativa, a universalidade, a indivisibilidade, a interdependência, a indisponibilidade, limitabilidade, seu caráter *erga omnes*, exigibilidade, abertura e sua dimensão objetiva<sup>139</sup>.

No embalo da internacionalização e universalização dos direitos humanos, a presunção de inocência volta ao cenário normativo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948<sup>140</sup>, documento que sinaliza, ou buscou sinalizar, uma nova direção para as nações, rumo ao estabelecimento da paz mundial. Embora a presunção de inocência já houvesse sido prevista na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, este texto não chegou a influenciar a ordem jurídica de outros Estados, nem teve força suficiente para modificar o cenário político da época.

---

<sup>137</sup> PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 8-9.

<sup>138</sup> RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

<sup>139</sup> *Idem*, pp. 138-227.

<sup>140</sup> Em seu artigo 11.1, a Declaração Universal estabelece que “Toda a pessoa acusada de um ato delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas”.

“A presunção de inocência deixa, portanto, de ter como referência internacional a construção iluminista dos pensadores do século XVIII, muitas vezes tomada como idealista e abstrata, para ter nos “Tratados de Direitos Humanos do pós-guerra, todos decorrentes daquela Declaração Universal, a origem mais moderna e vinculativa a efetivar e qualificar aquele preceito humanitário como valor básico e universal de todos os seres humanos, devendo ser incorporado e obedecido por todas as nações como direito fundamental”<sup>141</sup>.

Junto com a Declaração Universal, vieram, em 1966, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que, unidos, foram o sistema global de proteção dos direitos humanos. O primeiro ingressou no Brasil por força do Decreto Presidencial 592, de 6 de julho de 1992, e assegura, em seu artigo 14.2, que “Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa”.

No âmbito de proteção regional dos direitos humanos, foi aprovada, em 1969, a Convenção Americana, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, que entrou em vigor em 1978, tendo o Brasil a ela aderido em 1992, após a vigência da Constituição de 1988. Em seu artigo 8.2 se lê que “toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Em todos os sistemas, regional ou global, a presunção de inocência é reafirmada como postulado fundamental a ser assegurado aos acusados no processo penal.

E este princípio, para além de se estruturar em modelo abstrato a ser exigível de todos os Estados na ordem internacional, emerge da própria experiência histórica vivida e emanada do campo do agir e, como direito humano, deve ser construído “como um projeto de longo prazo que se forma com a participação de várias

---

<sup>141</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 179.

gerações”<sup>142</sup>. Neste sentido, sob um enfoque pragmatista, pode-se falar que:

“Não há como moldar os direitos humanos senão à custa do sofrimento, do intercâmbio de experiências, pois somente desse modo é possível formar cidadãos solidários, justos, tolerantes, sensíveis e cordiais”<sup>143</sup>.

Em decorrência da afirmação internacional da presunção de inocência, o Brasil se encontra juridicamente vinculado a dar plena efetividade a este direito humano no plano interno, devendo providenciar os ajustes legislativos e administrativos necessários a permitir uma estrutura processual que enxergue o sujeito passivo como inocente até que haja o trânsito em julgado de uma sentença condenatória. Do contrário, a se manter a estrutura processual forjada sob o primado da presunção de culpa, o Brasil estará sujeito à responsabilização internacional junto aos órgãos de fiscalização dos sistemas global e interamericano.

---

<sup>142</sup> KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, direito constitucional e neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011, p. 232.

<sup>143</sup> *Idem*, p. 232.

## A TEORIA TRADICIONAL DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL

3.1. O estado da arte acerca da interpretação tradicional do ônus da prova no processo penal.

O estudo do ônus probatório<sup>144</sup> é de suma importância para se aferir o grau de democraticidade do processo penal<sup>145</sup> e está diretamente vinculado, no âmbito do processo democrático, aos princípios do contraditório, fundamentação das decisões, ampla argumentação e à participação de um terceiro imparcial<sup>146</sup>, bem como, especialmente, à presunção de inocência.

A noção de ônus, no processo, está ligada ao cumprimento de uma faculdade para a obtenção de uma vantagem, sendo um imperativo do próprio interesse que, ao não ser dele desincumbido, poderá resultar uma consequência desfavorável. Segue-se a doutrina carneluttiana baseada na ideia da prova do interesse da própria afirmação<sup>147</sup>.

Segundo Badaró:

---

<sup>144</sup> Ônus não se confunde com dever ou obrigação. Partindo do critério da titularidade do interesse em relação a quem ocorrerá o prejuízo ou a consequência negativa, pode-se afirmar que, se o interesse é alheio, haverá obrigação ou dever, a depender de se o interesse é, respectivamente, de um credor ou da coletividade como um todo; se o interesse é próprio, há ônus. Assim, “perante o ônus não há qualquer posição contraposta. Não há um outro sujeito que não o próprio onerado. Ao contrário, a parte contrária não quer outra coisa senão que o onerado não se desincumba de seu ônus. (...) O inadimplemento de uma obrigação ou de um dever gera uma situação de ilicitude e traz como consequência a possibilidade de uma sanção. Já o descumprimento de um ônus configura um ato lícito e não é sancionado”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 177-178.

<sup>145</sup> Neste sentido, Fabiana Lemes ensina que a atividade probatória é o “termômetro do processo penal, por meio do qual é possível aferir o seu grau de garantismo”. PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 157.

<sup>146</sup> PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 27.

<sup>147</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 10. Neste sentido, Gustavo Badaró, discorrendo sobre a teoria carneluttiana, explica que “alegado um fato, ambas as partes têm interesse em provar sua existência, mas em direções opostas: o autor tem interesse em provar sua existência, enquanto o réu deseja provar sua inexistência. Partindo de tal distinção, conclui que o *interesse na afirmação* é que determina o ônus da prova. Cada uma das partes tem interesse em afirmar só os fatos que constituem a base de sua pretensão ou exceção”. Op. cit. p. 257.

“Em suma, para fins de análise do ônus da prova, o importante é definir o ônus como uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha o resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito”<sup>148</sup>.

O ônus da prova é dividido em seus aspectos objetivo e subjetivo. O primeiro concerne ao juiz, referindo-se à regra de julgamento que incide quando se depara com um nebuloso cenário de dúvida ao final do procedimento. Sob o ângulo subjetivo, o ônus se refere ao encargo que recai sobre as partes de provar suas alegações<sup>149</sup>.

Neste capítulo será analisado o ônus da prova em seu viés subjetivo<sup>150</sup> e sua interpretação tradicional.

A doutrina processual pátria tradicional e majoritariamente entende que as partes dispõem de ônus probatório, incumbindo à acusação a demonstração da materialidade, da autoria e da culpa *strictu sensu* – estando o dolo presumido pela confirmação da autoria<sup>151</sup> – e, à defesa, eventuais excludentes de tipicidade (erro de tipo), antijuridicidade e culpabilidade.

O estado da arte hermenêutico referente ao ônus probatório no processo penal é bem ilustrado por Camargo Aranha. Assim é que os fatos constitutivos do direito do autor equivalem à materialidade e à autoria, ou seja, “ao órgão acusador cabe provar a existência de um fato previsto em lei como ilícito penal e o seu realizador”<sup>152</sup>. No que tange ao réu, caberia o ônus de provar fatos extintivos (prescrição e

---

<sup>148</sup> *Idem*, p. 173.

<sup>149</sup> *Idem*, p. 178-181.

<sup>150</sup> Segundo Badaró, “o ônus subjetivo da prova é o ônus de subministrar a prova. Trata-se de aspecto voltado para as partes, consistente em saber qual delas há de suportar o risco da prova frustrada”. *Idem*, p. 183.

<sup>151</sup> Conforme leciona Badaró, “com relação ao dolo, prevalece a posição de que ele é presumido, a partir da prova dos demais elementos que compõem o tipo penal. Diante desta presunção *iuris tantum*, seria o acusado quem teria o ônus de provar que não agiu dolosamente”. *Idem*, p. 305.

<sup>152</sup> *Ibidem*, p.11.

decadência), impeditivos (erro de tipo e ausência de negligência ou imprudência) e modificativos (exclusão de antijuridicidade, culpabilidade e causas supralegais)<sup>153</sup>.

Afrânio Silva Jardim também destaca que:

“Autores há que atribuem à acusação o ônus de provar tão-somente a prática pelo réu de uma conduta típica. Note-se que, para esta parte da doutrina, a tipicidade é composta apenas de elementos descritivos e normativos. Dolo e culpa pertenceriam à culpabilidade. Assim, caberia à defesa provar cabalmente a existência de uma excludente de antijuridicidade ou de culpa. A dúvida sobre fatos que ensejariam o reconhecimento de uma destas dirimentes não aproveitaria ao réu, pois o Ministério Público teria provado o que lhe competia e a condenação seria uma consequência inarredável”<sup>154</sup>.

Gustavo Badaró delinea corretamente a questão ao discorrer que:

“A doutrina processual penal sobre o ônus da prova, muitas vezes, tem feito uma simples transposição da distinção entre fatos constitutivos, extintivos, impeditivos e modificativos do direito, elaborada pelos processualistas civis, principalmente com vistas aos litígios envolvendo questões contratuais, sobre direitos disponíveis. Procurando adaptar tais conceitos à relação material debatida no processo penal, caberia ao Ministério Público ou ao querelante provar os fatos constitutivos do *ius puniendi* que, no caso, seriam: a conduta típica, incluindo os elementos subjetivos do tipo penal, bem como a autoria. Em outras palavras, à parte acusadora caberia provar a existência do crime, incluindo o dolo ou a culpa, e a sua autoria. De outro lado, as excludentes de ilicitude e de culpabilidade, por serem consideradas fatos impeditivos, capazes de obstar a eficácia do direito de punir estatal, deveriam ser provadas pelo acusado”<sup>155</sup>.

Pacelli de Oliveira acentua que cabe à acusação a prova da materialidade do fato e de sua autoria, “não se impondo o ônus de

---

<sup>153</sup> *Ibidem*, p.12.

<sup>154</sup> JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p.206.

<sup>155</sup> *Ibidem*, p. 258.

demonstrar a inexistência de qualquer situação excludente da ilicitude ou mesmo da culpabilidade”<sup>156</sup>.

Na mesma toada, Hélio Tornaghi defende que “as alegações relativas ao fato constitutivo da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu”<sup>157</sup>.

Baltazar Júnior, analisando as excludentes de culpabilidade no delito de apropriação indébita previdenciária, posiciona-se no sentido de que, em quaisquer das teses que tenham encosto nas dificuldades financeiras da empresa, o ônus da prova é da defesa<sup>158</sup>.

Walter Nunes chega ao ponto de ver uma clareza solar neste raciocínio, afirmando que “assim como ocorre no processo civil, o ônus da prova cabe a quem alega o fato (art.156). Assim, se o acusado alega um fato, obviamente que é ele quem tem o ônus de prova-lo”<sup>159</sup>.

Maurício Zanoide, em seu livro que pode ser considerado pioneiro e o mais detalhado acerca da presunção de inocência, trabalha com a tese de que a regra probatória oriunda daquele princípio dispõe que o ônus é da acusação, que deverá produzir prova incriminadora, assim considerada aquela “apta a demonstrar, em uma linguagem técnico-processual, a materialidade do crime com todas as suas circunstâncias e a sua autoria”<sup>160</sup>.

No direito espanhol, há pontos de contato com a teoria tradicionalmente aplicada no Brasil.

Manuel Vallejo<sup>161</sup> relaciona a presunção de inocência e o ônus probatório para concluir que a carga da prova é da acusação e ela abrange o fato punível e a participação do acusado, o que

---

<sup>156</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

<sup>157</sup> TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7 ed. São Paulo – SP: Saraiva, 1990, p. 308.

<sup>158</sup> BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 178.

<sup>159</sup> JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 545.

<sup>160</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 464.

<sup>161</sup> VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba em el proceso penal*. Primera edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 38.

corresponderia, na sistemática brasileira, à materialidade e à autoria. Este autor, embora não enfrente a amplitude da prova sobre o fato, ou seja, se comportaria a tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade, faz importantes considerações sobre quais elementos de convicção não são aptos, por si sós, a quebrar a presunção de inocência. Como exemplo, menciona os indícios – que devem ser vários e confluir num sentido harmonioso -, as declarações do corréu que, por não prestar compromisso de dizer a verdade, não dispõe de credibilidade que, em si mesma, justifique a condenação, e as testemunhas de referência, ou seja, aquelas que não conheceram o fato diretamente<sup>162</sup>.

No mesmo sentido, Montañés Pardo, também sob a ordem jurídica espanhola e com base na hermenêutica desenvolvida pelo Tribunal constitucional acerca do artigo 24 de sua Constituição, ensina que a presunção de inocência deve ser entendida como presunção de não autoria, não produção de dano ou não participação neste. Por consequência:

“da perspectiva do direito à presunção de inocência, devem ser provados tanto o fato delitivo como a participação do acusado. Fatos e participação são como as variedades que se queiram os extremos sobre os quais deve recair a atividade probatória”<sup>163</sup>.

Mais à frente, o jurista espanhol elucida que as circunstâncias modificativas da responsabilidade penal devem ser provadas tal como o fato criminoso (materialidade e autoria) e a presunção de inocência:

---

<sup>162</sup> O autor chega a asseverar que “tanto no que se refere à declaração incriminadora de um coimputado, como a prova de referência, sua capacidade para destruir a presunção de inocência que corresponde a todo imputado depende da concorrência de outros elementos incriminadores que permitam alcançar uma verdadeira prova plena e que excluam toda dúvida razoável acerca da culpabilidade do acusado” (tradução livre). *Idem*, pp. 39-56. Disto se pode concluir que a presunção de inocência não é abalada por indícios isolados e por testemunhas referenciais, exigindo-se prova plena feita em consonância com os postulados do devido processo legal e as garantias dele decorrentes.

<sup>163</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocência: Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Aranzadi Editorial. 1999, p. 77.

“não se projeta sobre a concorrência de circunstâncias eximentes ou atenuantes de tal modo que as partes acusadoras se vejam obrigadas a provar que não tenham ocorrido no caso, porque a prova da circunstância eximente corresponde ao acusado”<sup>164</sup>.

Segundo o Tribunal espanhol, os fatos impeditivos não estão encobertos pela presunção de inocência, pois, do contrário, impor-se-ia ônus indevido à acusação, uma vez que, além de ter que provar os fatos positivos integrantes do tipo penal e a participação do acusado, haveria a carga de provar a não ocorrência dos fatos negativos das distintas causas de isenção de responsabilidade<sup>165</sup>.

Em trilha similar, e ainda tendo como parâmetro o direito espanhol, Fernández López defende que o mecanismo repartidor da carga da prova no processo penal é substancialmente similar ao que ocorre no processo civil, identificando, lado outro, diferenças no que tange à proibição da inversão do ônus da prova em prejuízo do acusado<sup>166</sup>.

O sistema inglês também segue esta lógica civilista. Stumer, citando Blackstone, lembra que, nos casos de homicídio, todas as circunstâncias de justificação da conduta estão sob a incumbência probatória do acusado<sup>167</sup>. Sob esta formulação, portanto, uma vez que a acusação tenha provado os fatos constitutivos do crime, ao réu restaria o ônus de provar qualquer fato que o isentasse de culpa<sup>168</sup>.

Esta visão tradicional do ônus probatório no processo penal parte da premissa, seguida por vários ordenamentos, segundo a qual “quem afirma algo deve estar pronto e disposto, se solicitado, a demonstrar a veracidade daquilo que afirmou”. No tocante a esta máxima, Taruffo assevera ser incorreto a conduta de quem afirma algo com o intuito de que sua assertiva seja tomada como verdadeira

---

<sup>164</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>165</sup> *Idem*, p. 83.

<sup>166</sup> LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia*. Madri: Iustel, 2005, p.365.

<sup>167</sup> STUMER, Andrew. *The presumption of innocence: evidential and human rights perspectives*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 5.

<sup>168</sup> *Idem*, p. 5.

pelo juiz à minguada de dar qualquer demonstração disso, “descarregando sobre quem dissente o ônus da prova de sua falsidade”<sup>169</sup>.

### 3.2. Resistência à teoria tradicional.

Contra a teoria tradicional, vezes se levantam para alertar que o ônus da acusação abrange a prova da infração penal como um todo, ou seja, a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

Nucci já asseverou que “cabe ao órgão da acusação provar ao julgador ter o réu cometido um crime em sua inteireza, não bastando a simples alegação (e prova) do fato típico”, enfatizando, ainda, que “é fundamental considerar que a culpa, no cenário criminal, deriva da prova incontestada da prática de uma infração penal considerada um fato típico, antijurídico e culpável”<sup>170</sup>.

Lopes Jr. argumenta que ao réu não cabe provar nenhuma causa de exclusão da ilicitude, nem mesmo quando ele próprio alega. Pontua que “no processo penal, não há distribuição de cargas probatórias: a carga da prova está inteiramente nas mãos do acusador”<sup>171</sup>. Segundo ele, haveria um erro crasso que é reiteradamente cometido nos foros brasileiros e que reside nas sentenças condenatórias fundamentadas na “‘falta de provas da tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente”<sup>172</sup>.

Augusto Jobim do Amaral também abraça a tese de que, no processo penal, é inadequado se falar em ônus probatório, pois não há divisão e sim atribuição da carga da prova ao acusador. Por isso, o réu jamais tem encargo ou ônus, mas somente possível interesse em

---

<sup>169</sup> TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p.259.

<sup>170</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 240-241

<sup>171</sup> LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 354.

<sup>172</sup> *Ibidem*, p. 365.

provar a dúvida com relação à prova produzida pelo acusador<sup>173</sup>. Escorando-se em Ferrajoli, Amaral defende que a estrutura lógica da prova se assenta sobre o binômio “confirmação/refutação” que abre três condições no processo de verificação da hipótese acusatória:

“a *carga da acusação* de produzir as provas a confirmar sua hipótese; o *direito de defesa* de invalidar tal premissa e a faculdade do juiz de aceitar como convincente a hipótese acusatória se concordar com todas as provas e resistir a todas as contraprovas recolhidas”<sup>174</sup>.

Flaviane de Magalhães Barros, em obra dedicada ao exame da prisão e das medidas cautelares, destaca a importância da presunção de inocência como uma metodologia para o processo em que o ônus da prova é da acusação. Devido à pertinência de suas ponderações, vale colacionar trecho de sua escrita:

“Ou seja, em razão de tal princípio não é o acusado quem deve provar sua inocência, mas, sim, cabe à parte que acusa provar que existiu uma infração penal e que o acusado para ela concorreu. Nesse sentido, não se pode admitir a interpretação do art. 156 do CPP que afirma que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, como norma que defini o ônus da prova. Já que a defesa não precisa comprovar os fatos por ela alegados. A interpretação adequada deve levar em consideração o art. 386, VI e VII, do CPP, logo sempre que houver dúvida sobre o fato, sua materialidade, nexos de causalidade, elemento volitivo, tipicidade, ilicitude e culpabilidade deve o juiz absolver o acusado, já que a acusação não conseguiu se desincumbir de seu ônus probatório. Ônus esse decorrente justamente da presunção de inocência”<sup>175</sup>.

Gustavo Badaró, nesta linha de pensamento, esclarece que “não se pode aceitar, no entanto, que as excludentes de ilicitude

---

<sup>173</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p.416.

<sup>174</sup> *Idem*, p. 418.

<sup>175</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 29.

sejam fatos impeditivos do direito de punir e, muito menos, que o ônus de sua ocorrência incumba ao acusado”, uma vez que, “na prática, exigir que o acusado prove a existência de eventual causa excludente de ilicitude ou culpabilidade é defender a inversão do ônus da prova”<sup>176</sup>.

A corrente minoritária, portanto, sinaliza ganhar cada vez mais fôlego.

### 3.3. A interpretação do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça<sup>177</sup>.

A respeito do entendimento jurisprudencial, os Tribunais Superiores agasalham a teoria tradicional, ainda aplicando o artigo 156 do Código de Processo Penal nos moldes do sistema processual civil.

O Supremo Tribunal Federal tem julgado em que a presunção de inocência – lá entendida como presunção de não culpabilidade – é tida como princípio de superior importância no processo penal democrático e garantia fundamental dos acusados da prática de infração penal. Todavia, não se colhe um *case* no qual tenha havido manifestação expressa acerca do ônus da prova das excludentes de ilicitude e culpabilidade.

O Ministro Celso de Melo - ferrenho defensor da presunção de inocência enquanto princípio basilar e gerenciador do ônus

---

<sup>176</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 310.

<sup>177</sup> Conforme adiantado na introdução, estabeleceu-se como marco temporal da análise jurisprudencial a data de 08.10.1988, quando entrou em vigor a atual Constituição. Todavia, deve-se registrar que o Supremo Tribunal Federal já enfrentou a presunção de inocência em dois importantes julgados, mencionados por Antônio Magalhães Gomes Filho: o *habeas corpus* 45.232, em que se discutiu a constitucionalidade do art. 48 do Decreto-lei 314/67 (Lei de Segurança Nacional), que previa efeitos desfavoráveis ao acusado antes do trânsito em julgado da condenação; e o Recurso Extraordinário Eleitoral 86.297-SP, no qual se debateu a validade de preceito da Lei Complementar 5/1970, que estabelecia a inelegibilidade daqueles que estivessem respondendo a processo criminal. Neste último caso, a Corte Suprema, por maioria, declarou a constitucionalidade da regra impugnada e fixou o entendimento de que a presunção de inocência tem natureza jurídica exclusivamente processual penal, não se aplicando à seara eleitoral. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 32.

probatório no processo penal –, na Ação Penal Originária 858/DF expressou a seguinte leitura:

“Esse princípio tutelar da liberdade individual repudia *presunções contrárias* ao imputado, que não deverá sofrer punições antecipadas nem ser reduzido, em sua pessoal dimensão jurídica, ao “*status poenalis*” de condenado. De outro lado, faz recair sobre o órgão da acusação, *agora de modo muito mais intenso*, o ônus substancial da prova, fixando diretriz a ser indeclinavelmente observada pelo magistrado e pelo legislador. É preciso lembrar, Senhor Presidente, que não compete ao réu demonstrar a sua inocência. *Antes*, cabe ao Ministério Público demonstrar, *de forma inequívoca*, a culpabilidade do acusado. Hoje já não mais prevalece, *em nosso sistema de direito positivo*, a regra hedionda que, *em dado momento histórico de nosso processo político*, criou, *para o réu*, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de ele, *acusado*, provar *a sua própria inocência!*”<sup>178</sup>.

A segunda Turma do Supremo Tribunal, ao julgar esta Ação Penal 858, foi unânime quanto à adoção da tese de que o ônus da prova acerca do dolo é integralmente da acusação, não bastando, para a procedência da pretensão punitiva, a mera configuração da materialidade e da autoria. A Procuradoria Geral da República sustentou a altíssima probabilidade de que o réu teria agido dolosamente. O Ministro Gilmar Mendes asseverou que o argumento do órgão acusatório não se coadunava com o princípio constitucional da presunção de inocência. E, firme nesta premissa, absolveram o acusado pela insuficiência probatória a respeito da conduta dolosa.

Por ocasião dos julgamentos dos *habeas corpus* 88875/AM e 84580/SP, a segunda Turma também deixou sedimentado, através de votos proferidos pelo relator, Ministro Celso de Melo, que “as acusações penais não se presumem provadas: o ônus da prova

---

<sup>178</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação penal originária 858/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp). Acesso em 27.08.2015.

incumbe, exclusivamente, a quem acusa. Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar sua inocência”<sup>179</sup>.

Estes precedentes retratam uma aplicação do artigo 156 do código processual penal consoante a teoria tradicional. Não é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal exime a defesa do ônus de provar eventuais excludentes invocadas para justificar a prática do fato típico ou para eximir o réu de responsabilidade penal, pois não enfrentaram diretamente a polêmica a respeito do ônus da prova acerca da antijuridicidade e da culpabilidade, ou seja, não adentraram na espinhosa controvérsia sobre a quem recai o ônus de provar as excludentes.

É perceptível que a mesma situação ocorre no Superior Tribunal de Justiça, onde há julgados que indicam uma filiação à abordagem tradicional acerca da distribuição do ônus da prova no processo penal.

A quinta Turma, em julgamento proferido no agravo em recurso especial 63199/MG, delimitou a abrangência da presunção de inocência às categorias da materialidade e autoria, ao consignar que:

“A aplicação da máxima *in dubio pro reo* é decorrência lógica dos princípios da reserva legal e da presunção de não culpabilidade e, como tal, exige juízo de certeza para a prolação do juízo condenatório, sendo que qualquer dúvida acerca da materialidade e autoria delitivas resolve-se a favor do acusado”<sup>180</sup>.

Interessante caso é encontrado no *habeas corpus* 120426/RJ em que a quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconheceu que o Tribunal Estadual inverteu indevidamente o ônus probatório em desfavor da defesa. Verificou-se que Tribunal local imputou ao réu o ônus de provar a inocorrência dos fatos aduzidos na

<sup>179</sup> BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 88875/AM e 84580/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp). Acesso em 27.08.2015.

<sup>180</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo no recurso especial 63199/MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 27.08.2015.

denúncia – prática de peculato -, o que violaria o artigo 156 do Código de Processo Penal<sup>181</sup>. Todavia, esta hipótese também está restrita à abordagem da materialidade e da autoria delitiva, não se imiscuindo nos departamentos da antijuridicidade e da culpabilidade.

Em outra ponta, a mesma Turma, já em julgamento ocorrido em 2006, em caso envolvendo imputação do delito de moeda falsa (art.289, Código Penal), entendeu que a prova da alegação de que o acusado recebeu a cédula contrafeita de boa-fé, em ordem a ser aplicado o §2º do artigo 289, era da defesa<sup>182</sup>, ou seja, o Superior Tribunal imputou ao réu o ônus de demonstrar a ausência de dolo no momento do recebimento da moeda falsa, o que demonstrou sua adesão à teoria que extrai o dolo, por meio da técnica da presunção, da prova da materialidade e da autoria.

Em direção similar, a quinta Turma, no bojo do REsp 327738, entendeu que a causa de exclusão de culpabilidade consubstanciada na inexigibilidade de conduta diversa em delito de apropriação indébita previdenciária deveria ser provada pela defesa<sup>183</sup>.

---

<sup>181</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 120426/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 27.08.2015.

<sup>182</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial REsp 704188/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 27.08.2015.

<sup>183</sup> BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 327738/RJ. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 08.09.2015.

## INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO ÔNUS PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

### 4.1. Breve introdução à presunção de inocência.

Inocência e culpa são conceitos que, para além de sua feição jurídica, remontam a ideais metafísicos e religiosos. Afinal, sob uma percepção bíblica, o ser humano é o portador do pecado original e, conseqüentemente, culpado desde seu nascimento.

Contudo, em um contexto processual, deve-se partir de um olhar laico para que se compreenda que a supressão ou limitação da liberdade do ser humano depende de que o considere, dentro do procedimento construtivo de uma decisão democrática, inocente, até que contra ele penda um provimento jurisdicional condenatório transitado em julgado. É de se ter em conta um conceito racional de lei, ou seja, ela “é uma norma passível de penetração da razão, aberta ao entendimento teórico e que contém um postulado ético, frequentemente o da igualdade”<sup>184</sup>. Com isto se quer dizer que o tratamento do acusado como inocente decorre de um ideal maior de igualdade, impedindo-se, com isso, que as iras do poder punitivo sejam severas para uns e amenas para outros.

É imperioso, em ordem a que se dê ampla efetividade à presunção de inocência<sup>185</sup>, que se limpem os olhos de todos os preconceitos que são impingidos pelos veículos de comunicação, pelas tradições familiares e pela própria natureza humana de se buscar, a qualquer custo, o culpado por determinado ilícito penal.

---

<sup>184</sup> NEUMANN, Franz. *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2014, p. 22.

<sup>185</sup> Esta, segundo Lauria Tucci, é o mais importante dentre os corolários do *due process of law*. TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 312.

“A concepção de presunção de inocência, por sua natureza, é incompatível com qualquer procedimento penal concebido e orientado para finalidades político-persecutórias marginalizantes e subservientes a um Estado que vê o indivíduo (criminoso ou não) como inimigo público. Isto por que, todo modelo penal assim desenhado vai se projetar na esfera processual penal por meio da presunção de culpa”<sup>186</sup>.

Em sua etimologia, este princípio se desdobra em *praesumptio* (antecipar, tomar antes, prever), que revela um juízo antecipado sobre algo ou alguém, e *innocentia*, conceito impregnado de um sentido religioso, pois inocente é a qualidade de quem nunca pecou e ignora o mal, mas que, com a laicização e secularização alcançadas com o iluminismo, alçou um sentido filosófico, significando um estado abstrato a ser conferido a todo o cidadão sujeito de direito ou, essencialmente, “um atributo, uma qualidade ou uma característica positiva do ser humano”<sup>187</sup>.

A inocência é uma qualidade que se reconhece como intrínseca a todas as pessoas, sem discriminações de raça, cor, origem, opção sexual, classe social ou religiosa<sup>188</sup> e, por meio dela, “todos são inocentes e gozam desse estado político diante do poder estatal até que, por meio de um sistema probatório racional, consiga-se demonstrar que a conduta externa do cidadão é um crime”<sup>189</sup>. Ferrajoli ressalta que “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada, e é a prova da culpa – ao invés da de inocência, presumida desde o início – que forma o objeto do juízo”<sup>190</sup>.

Augusto Jobim pondera que:

---

<sup>186</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., 106.

<sup>187</sup> *Idem*, p. 88-89.

<sup>188</sup> “Pelo vetor filosófico, em outro sentido iluminista, a presunção de inocência se justificava pela certeza de que os cidadãos têm o direito supremo e inalienável de serem tratados de forma igual. Não mais se aceitava que um grupo/classe de indivíduos fosse tratado, aprioristicamente, como inimigo/herede ou, ao contrário, houvesse classe/grupo de pessoas imunes à jurisdição penal, ou mesmo mais inocentes que os demais, devido a seu elevado *status* na estrutura de poder”. *Idem*, p. 93.

<sup>189</sup> *Idem*, p. 91.

<sup>190</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p.32.

“A *presunção de inocência* acaba por ser não apenas uma garantia de *liberdade* como valor fundamental – e de que a *verdade* produzida validamente no processo penal não será hipertrofiada e sujeita a qualquer preço – mas de *segurança* e *confiança* dos cidadãos na prestação jurisdicional”<sup>191</sup>.

Como princípio jurídico-normativo, a presunção de inocência ganhou força constitucional, no Brasil, em 1988, como visto alhures, e esse status superior traz algumas consequências para a atuação dos poderes públicos e para a interpretação das normas do ordenamento jurídico.

Montañés Pardo, em análise da ordem normativa espanhola, declina, como implicações da constitucionalização da presunção de inocência, sua aplicação direta e imediata, vinculando todos os poderes do Estado, além de que seu conteúdo não é disponível pelo legislador e todas as normas jurídicas devem ser interpretadas a sua luz<sup>192</sup>.

Sua inscrição na moldura do texto da Constituição seria, na verdade, dispensável, tamanha que é sua relevância como princípio fundante do processo penal. É nesta toada que Amilton Bueno de Carvalho asseverou que “o princípio da presunção de inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é pressuposto – para seguir Eros -, nesse momento histórico, da condição humana”<sup>193</sup>.

Há um feixe de significados que emana deste princípio e sua concretização é uma questão que vai sendo burilada com o tempo pela doutrina constitucional. Ela se manifesta de três formas: como garantia básica do processo penal, como regra de tratamento do imputado e como regra relativa à prova<sup>194</sup>.

---

<sup>191</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p.412.

<sup>192</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocência: Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Aranzadi Editorial. 1999, p. 35.

<sup>193</sup> CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, para que (m)? Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p.51.

<sup>194</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. Op. cit. p.38.

A presunção de inocência ora atua internamente, gizando os contornos do ônus da prova e exigindo tratamento digno ao acusado, ora externamente ao procedimento, vedando a publicidade vexatória e abusiva.

Suas funções são, portanto, múltiplas no cenário criminal, não se limitando ao tema concernente à prova. Ela impõe ao juiz um dever de tratamento que se manifesta em duas dimensões, interna e externa ao processo<sup>195</sup>.

Endoprocessualmente, a presunção de inocência amarra o magistrado no campo probatório mediante a vedação de imputar ônus probatório à defesa e o dever de absolver diante da dúvida, afastando sua iniciativa de produção de prova de ofício. Também baliza a teoria das medidas cautelares, restringindo-se ao máximo as investidas aos direitos individuais do acusado. Nesta seara, este princípio impede que as cautelares pessoais tenham qualquer caráter de satisfatividade que acarrete antecipação temporal no cumprimento da pena<sup>196</sup>.

Sob o ângulo externo, o estado de inocência presumido pelo direito reclama uma tutela contra a publicidade abusiva e a estigmatização do réu. É dizer que “o bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência”<sup>197</sup>.

Da dimensão interna é de ser destacada sua natureza de norma probatória que não se confunde com a regra de julgamento derivada do *in dubio pro reo*. Como regra probatória delimita quem deve provar e o que deve ser provado, bem como por meio de que tipo de prova<sup>198</sup>.

O enfoque probatório (quem de provar e o que deve ser provado) é a principal vertente do direito à presunção de

---

<sup>195</sup> LOPES Jr. Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 93.

<sup>196</sup> BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 31.

<sup>197</sup> LOPES Jr. Aury. Op. cit., p. 94.

<sup>198</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit, p. 462.

inocência<sup>199</sup>, que constitucionaliza as regras gerais acerca da prova no processo penal. É o que o Tribunal Constitucional espanhol reconheceu como a necessidade de que toda condenação seja precedida de uma atividade probatória e que a carga desta atividade pese sobre os acusadores e nunca sobre o acusado, a quem não compete provar sua inocência<sup>200</sup>.

Como regra probatória, a presunção de inocência age como mecanismo de estabilização<sup>201</sup> de uma controvérsia penal, conferindo equilíbrio à crise instaurada acerca de uma narrativa articulada pelo órgão acusador.

“A *presunção de inocência*, como retrato ao portador (do réu) da *evidência* como aliada, tem papel central na arena do convencimento. Ela funciona, para o bem de uma lógica acusatória, como *estabilizadora de expectativas*, quando não significando, pelo próprio mecanismo da *confiança* por ela desencadeado, a realização de um *desejo de preenchimento* de um sistema acusatório”<sup>202</sup>.

A partir de outubro de 1988, o conjunto de regras que regulamenta a produção de provas no processo penal foi capturado e trazido para o bojo da Constituição, havendo um ganho hierárquico-normativo. Neste sentido, deve-se concordar com Montañés Pardo quando afirma que:

“Em definitivo, o direito à presunção de inocência impõe um conjunto de garantias constitucionais da prova e carrega toda uma série de regras de atividade probatória, ao ponto de que é possível afirmar que no processo penal boa parte do direito probatório se encontra constitucionalizado”<sup>203</sup>.

---

<sup>199</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. Op. cit., p. 41.

<sup>200</sup> *Idem*, p. 42.

<sup>201</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p.407.

<sup>202</sup> *Idem*, p. 425.

<sup>203</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. Op. cit., p. 74.

Essa constitucionalização das regras probatórias, especialmente a que rege a distribuição do ônus da prova, ainda não alcançou amadurecimento nos foros brasileiros, pois se continua a distribuir a carga entre autor e réu, ao estilo processual civil, olvidando-se a especificidade do processo penal conferida pela presunção de inocência.

4.2. Presunção de inocência e presunção de não culpabilidade: para uma superação da pseudocrise semântica e efetivação da garantia fundamental.

Cumprir dedicar algumas linhas à discussão semântica em torno da linguagem adotada pela Constituição de 1988 que, ao ver de alguns, mal-intencionados ou não, teria acolhido uma presunção de não culpabilidade, como se esta fosse algo diverso da presunção de inocência, o que conduz a possíveis mitigações deste importante e elevado direito fundamental.

Walter Nunes defende a tese de que a opção do legislador constituinte brasileiro foi pelo acolhimento da “presunção de não culpabilidade”, de matriz italiana, e que esta escolha estaria a merecer aplausos, pois a adoção da presunção de inocência inviabilizaria por completo o sistema processual, mormente no que toca às medidas de natureza cautelar<sup>204</sup>.

Todavia, a melhor interpretação encaminha o entendimento de que, independentemente da terminologia empregada, a presunção de inocência é o núcleo fundador do processo penal, sendo que a presunção de não culpabilidade é dela sinônima, nada diferindo em seu conteúdo.

Com efeito, o jogo de palavras que se faz desconsidera a trajetória histórica que culminou na consagração da presunção de inocência em âmbito internacional e constitucional e remonta ao

---

<sup>204</sup> JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 533.

esforço que a Escola Técnico-Jurídica italiana dispendeu no sentido de suprimir a presunção de inocência dos Códigos Processuais de 1913 e 1930. Para esta Escola, capitaneada por Manzini, o veredicto do juiz criminal variava entre “culpado” e “não culpado”, jamais inocente, justamente pela aderência à ideologia de defesa social que minimizava o interesse privado do acusado em ver reconhecida sua inocência e sobrevalorizar a narrativa formulada pela acusação pelo fato de ser veiculada por um órgão público e imparcial, consubstanciado no Ministério Público<sup>205</sup>.

“Nesta linha de raciocínio, MANZINI admite que haja culpado e não culpado, sem espaço para outra qualificação. Conclui que enquanto o juiz não tenha decidido pela culpa do acusado ele será presumivelmente não culpado, jamais inocente. Por seu prisma ótico de qual seria o escopo do processo penal, ele entende que este instrumento não se presta a analisar se alguém é ou não inocente, mas apenas se é ou não culpado. Nasce, daí, a justificativa para a substituição da ‘presunção de inocência’ iluminista pela ‘presunção de não culpabilidade’, criada pelo positivismo jurídico italiano do século XIX”<sup>206</sup>.

A presunção de “não culpabilidade” esconde atrás de sua aparente técnica jurídica sua faceta de presunção de culpa<sup>207</sup>, podendo encobrir uma ideologia autoritária capaz de “esvaziar a força normativa dessa garantia fundamental, legitimando seu sacrifício no altar da defesa social contra a criminalidade”<sup>208</sup>.

Neste sentido, são certas as lições de Badaró:

---

<sup>205</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128.

<sup>206</sup> *Idem*, p. 129.

<sup>207</sup> “Ao afastar a ‘presunção de inocência’ como fonte informadora do processo penal, os positivistas e dogmáticos abriram espaço para a influência da ‘presunção de culpa’ já na formação do sistema processual, porquanto pela ‘presunção de não culpabilidade’ o processo era usado para se ‘ratificar’ ou ‘retificar’ a suspeita de culpa que pairava sobre o imputado. O que se presumia, portanto, para começar a persecução penal, era a ‘culpa’, cuja confirmação ou negação se daria no curso processual”. *Idem*, p. 149.

<sup>208</sup> MALAN, Diogo. *Ônus da prova no sequestro processual penal*. In *Temas de Direito Penal e Processual Penal*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013, p. 166.

“Não há diferença de conteúdo entre presunção de inocência e presunção de não culpabilidade. Procurar distinguir ambas é uma tentativa inútil do ponto de vista processual. Na verdade, buscar uma diferenciação apenas serve para demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito”<sup>209</sup>.

A aceitação de uma “presunção de não culpabilidade” como algo normativamente inferior à presunção de inocência soterra qualquer pretensão de se conferir concretude teórica a esta norma fundamental, não estando afinada ao perfil garantista e humanitário da Constituição de 1988.

“Não há espaço lógico e juspolítico para a ‘presunção de não culpabilidade’ como algo diverso da ‘presunção de culpa’ e tecnicamente mais correto que a ‘presunção de inocência’. Sem a devida e indispensável perspectiva ideológica, também não é correto ter ‘presunção de inocência’ e ‘presunção de não culpabilidade’ como sinônimos. Esta última serviu apenas para afastar a presunção de inocência como fonte de inspiração juspolítica para o legislador criminal (penal e processual penal)”<sup>210</sup>.

Assim, embora não esteja escrita no catálogo de direitos fundamentais com a literalidade “presunção de inocência”, é indubitável que este direito fundamental lá reside no enunciado do artigo 5º, LVII<sup>211</sup>. Há que se distinguir entre norma e enunciado normativo. Norma é o texto interpretado, é o resultado que advém do processo interpretativo. O enunciado é o conjunto de expressões linguísticas escritas no texto. Deste modo, a partir de uma interpretação histórica e sistemática de sua evolução e de sua correlação com o perfil do Estado Democrático de Direito, a norma que se extrai daquele enunciado normativo é a de que a presunção de

---

<sup>209</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 283.

<sup>210</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 151.

<sup>211</sup> “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

inocência é assegurada a todos os acusados no processo penal<sup>212</sup>, devendo-se reconhecer, sob o ângulo da democracia constitucional, a equivalência das expressões “presunção de inocência” e “não consideração prévia de culpabilidade”, em ordem a evitar mitigações à tão importante direito fundamental.

Ademais, ainda que se entenda que o texto constitucional não acolheu a presunção de inocência, esta discussão perde relevância diante do fato de ter o Brasil integrado a seu ordenamento jurídico o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>213</sup>, instrumentos normativos que asseguram expressamente a presunção de inocência, devendo a legislação infraconstitucional ser a eles submetidos pela via do controle de convencionalidade.

#### 4.3. Presunção de inocência e *in dubio pro reo*.

Discussão de relevo é trazida por Montañes Pardo acerca das diferenças entre a presunção de inocência e o princípio do *in dubio pro reo*. Embora intimamente relacionados, este autor defende que há pontualidades substanciais que os distinguem e que aqui merecem ser referidas.

Primeiramente, a presunção de inocência é um direito fundamental que vincula todos os poderes públicos e que possui aplicação imediata, ao passo em que a regra do *in dubio pro reo* está adstrita à função interpretativa que se dirige ao trabalho dos

---

<sup>212</sup> Segundo Maurício Zanoide, “a reconstrução empreendida dos debates constituintes tem como finalidade demonstrar que, desde o seu primeiro instante, na fase pré-constituente, as citações e referências tanto à ‘presunção de inocência’ quanto à ‘presunção de não culpabilidade’ foram feitas pelos constituintes em sinonímia. Conforme indicam os registros daquela Assembleia, a atual redação se originou da sugestão de José Ignácio Ferreira, na qual consta uma verdadeira identidade entre ambas as expressões”. *Ibidem*, p. 220.

<sup>213</sup> “Ao mais, como a Convenção Americana de Direitos Humanos expressamente assegura a ‘presunção de inocência’, aqueles que, de forma equivocada, procuram distingui-la da ‘presunção de não-culpabilidade’ terão que concluir que ambas vigoram no ordenamento jurídico brasileiro”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 288.

juizadores quando, diante do acervo probatório, emerge a dúvida que deve ser resolvida em favor do acusado<sup>214</sup>.

A segunda distinção reside nos respectivos âmbitos de aplicação. O estado de inocência se configura uma presunção *iuris tantum*, ou seja, admite ser desvirtuada mediante prova em contrário a ser elaborada com todas as garantias processuais. O *in dubio pro reo* tem sua aplicação limitada ao momento da sentença e estabelece uma regra a ser manejada quando o magistrado se defronta com uma situação de dúvida razoável<sup>215</sup>.

Em que pese seja atraente o raciocínio formulado pelo jurista espanhol, opta-se aqui pela tese de que o *in dubio pro reo* compõe o âmbito de proteção da presunção de inocência, ou seja, é dela um aspecto, significado, projeção ou manifestação, como bem adverte Maurício Zanoide<sup>216</sup>. É dizer que a regra *in dubio pro reo* emerge do direito fundamental à presunção de inocência, impondo ao julgador que, diante da carência da atividade probatória do órgão acusatório, profira julgamento favorável à tutela do estado de inocência.

Do mesmo modo é a relação da presunção de inocência com o princípio do *favor rei*. Apesar da existência de corrente doutrinária que preconiza ser o *favor rei* gênero do qual são espécies a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*, uma visão constitucional do tema inverte o ângulo de abordagem em ordem a fixar a presunção de inocência como o gênero que comporta o *favor rei* e o *in dubio pro reo*.

Nesta linha é pertinente transcrever as lições de Maurício Zanoide:

“Contudo, emerge melhor compreender o ‘favor rei’ e o ‘in dubio pro reo’ como aspectos da presunção de inocência, ou seja, como integrantes do seu ‘âmbito de proteção’, porque, desta forma, estendem-se a eles

---

<sup>214</sup> PARDO, Miguel Angel Montañés. Op. cit., p. 46.

<sup>215</sup> *Idem*, p.47.

<sup>216</sup> MORAES, Mauricio Zanoide de. Op. cit. p. 367.

a mesma força cogente e tendência expansiva deste princípio constitucional ao qual se ligam. Assim, deixam de ser opções interpretativas para escolha judicial ou legislativa para tornarem-se imposições constitucionais. Como integrantes de um direito fundamental destinado à aplicação em âmbito processual penal, passam a ser determinações constitucionais às quais legislador e julgador não poderão se furtar, sob pena de agirem inconstitucionalmente, por descumprimento da presunção de inocência”<sup>217</sup>.

A presunção de inocência é, portanto, direito fundamental que, quando incidente no processo penal, possui dimensões interna, na qual se desdobra como norma probatória, englobando as regras do *favor rei* e *in dubio pro reo*, e externa.

Salientados os aspectos gerais, passa-se ao enfretamento do objeto de investigação ora proposto, ou seja, a repercussão da presunção de inocência no âmbito do ônus probatório no processo penal.

#### 4.4. Revolução paradigmática<sup>218</sup> operada pela presunção de inocência na sistemática do ônus probatório no processo penal.

A presunção de inocência causou uma revolução paradigmática sobre a sistemática do ônus probatório, exigindo que o artigo 156 do código de processo penal seja reinterpretado à sua luz.

Como visto *supra*, a presunção de inocência é recente na história e na tradição jurídica, remontando à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Está, portanto, em sua infância. Não se pode, todavia, desconsiderar que ela determinou uma mudança de perspectiva no processo penal:

---

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 368.

<sup>218</sup> Paradigma em Kuhn é o conjunto de realizações científicas cujo reconhecimento é procedido universalmente, por determinado período, que fornece problemas e viabiliza a busca de soluções para uma comunidade de praticantes de uma ciência. KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

“Necessário reconhecer que o pensamento iluminista, com a inscrição legal da ‘inocência’, como pressuposto metodológico do processo penal em face do imputado, determinou uma nova perspectiva metodológica até então inexistente. Firmou, nesse quadrante filosófico que ainda está em busca de sua efetivação plena tanto na legislação infraconstitucional quanto na jurisprudência brasileiras atuais”<sup>219</sup>.

A presunção de inocência está inseparavelmente imbricada ao processo penal constitucional, sendo “uma das características mais significativas do direito processual penal liberal e do atual modelo de devido processo”<sup>220</sup>.

Embora atue em uma dimensão multifacetada, ela mantém uma afinidade indissociável com a questão da prova. E a teoria da prova, atualmente, está inserida no bojo dos direitos fundamentais.

Neste sentido, é perspicaz a contribuição de Fabiana Lemes quando adota uma concepção de prova como garantia do acusado contra a violência e o arbítrio estatal, seja ela favorável ou contrária à pretensão da defesa. Embasa seu argumento no artigo 5º, LV e LVI, que, respectivamente, assegura a ampla defesa e estabelece a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos<sup>221</sup>. A prova é garantia do réu em face de acusações infundadas e estabelece os filtros depuratórios do poder punitivo que almeja a obtenção de um título executivo condenatório.

A prova como garantia afasta a pretensão de que ela seja utilizada para satisfazer os anseios sociais por maior punição no combate à criminalidade. Situa, por consequência, o ônus probatório no quadro dos direitos fundamentais do réu, autoalimentado pela presunção de inocência que blinda o sujeito passivo da ação penal às investidas de acusações arbitrárias.

---

<sup>219</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit.

<sup>220</sup> VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba em el proceso penal*. Primera edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 38.

<sup>221</sup> PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006, p. 148.

Nesta linha, pode-se concordar com Amaral quando eleva a carga da prova ao posto privilegiado de garantia epistemológica de verificação e refutação das hipóteses articuladas pelas partes, a fim de que o puro poder não se sobreponha ao saber<sup>222</sup>. Ônus da prova, presunção de inocência e direitos fundamentais são temas indissolivelmente vinculados.

Para que se alcance a exata compreensão da reviravolta paradigmática causada pela introdução da presunção de inocência no plexo de direitos e garantias fundamentais sobre a disciplina infraconstitucional do ônus da prova, em especial no que tange à leitura do artigo 156 do Código de Processo Penal, é oportuno frisar que a teoria tradicional parte de um raciocínio que guia a produção da prova segundo os moldes do processo civil, regido pela igualdade fática e jurídica das partes, no qual a ordem constitucional não confere status de presumidamente inocente a um dos polos da relação.

Por isso mesmo a presunção de inocência é um divisor de águas na disciplina do ônus da prova no processo penal comparativamente ao processo civil.

Contudo, verifica-se a existência de alguns obstáculos à concretização deste novo marco teórico no processo penal, que podem ser assim resumidos para, em seguida, serem detalhadamente examinados: a) a pretensão de se importar categorias lógicas do processo civil para o processo penal; b) permanência do mito da verdade real como desígnio do processo; c) compreensão de que a narrativa descrita na denúncia se cingiria à indicação de um fato típico e de sua autoria; d) o papel do Ministério Público no campo probatório; e) a ponderação da presunção de inocência com outros interesses perseguidos no processo penal.

---

<sup>222</sup> AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014, p.419.

#### 4.4.1. Impossibilidade de importação das categorias lógicas do processo civil para o processo penal.

A aceitação, pelo processo penal, da lógica processual civil acerca da distribuição do ônus da prova é um robusto entrave à efetividade da presunção de inocência. É o que ocorre com a interpretação tradicional da regra encartada no artigo 156 do Código de Processo Penal.

Dworkin, em sua teoria dos direitos, assinalou que a geometria do processo penal não coloca direitos concorrentes uns contra os outros<sup>223</sup>, como se dá no embate entre *jus puniendi* e *jus libertatis*. Ao contrário do que ocorre no processo civil, em que as teses de direitos se digladiam de maneira simétrica, no processo penal a balança pende em favor da tutela dos direitos fundamentais do réu.

A distribuição da carga probatória no processo civil parte da premissa de uma igualdade jurídica entre autor e réu. Quando o sistema jurídico assim não entende, estabelece válvulas de escape que viabilizam a inversão do ônus probatório, como ocorre na seara trabalhista, consumerista, ambiental, por exemplo.

No processo penal, de outro lado, há uma desigualdade fática que deve ser mitigada por uma desigualdade jurídica. No polo ativo, o Estado-acusador dispõe de forte aparato investigatório-repressivo. A polícia, vinda de uma tradicional cultura autoritária, converge suas energias no sentido da busca de elementos de convicção desfavoráveis ao investigado. O Ministério Público é devidamente estruturado e está habilitado a levar diversos meios de prova ao Judiciário para sustentar a pretensão punitiva.

Lado outro, o investigado/réu não tem à sua disposição os instrumentos técnico-investigatórios hábeis a desconstruir a versão desenhada pelos órgãos da persecução penal. A grande massa dos

---

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 158.

acusados é composta de hipossuficientes financeiros e conta com a defesa da Defensoria Pública que, em diversos Estados e na União, não recebe a devida atenção dos respectivos governos. Ainda que se pense nos acusados abastados financeiramente e que contratam famosos escritórios de advocacia, mesmo assim não há que se falar em igualdade fática em relação ao Estado, haja vista que a investigação criminal acaba sendo de exclusiva atribuição estatal através de suas políticas civil e federal que, como é cediço, laboram para colher prova de materialidade e autoria, não se preocupando com as diligências de descargo, ou seja, as que abrangem hipóteses que, se confirmadas, podem conduzir à confirmação da inocência do investigado.

A desigualdade fática entre as partes justifica que, no processo criminal, o ônus da prova não siga a lógica afeta aos procedimentos de caráter cível. Para isto, a presunção de inocência vem a bom tempo garantir que os cidadãos não sejam constrangidos pelo Estado a ter que provar que não praticaram fato típico ou que, se o fez, ocorreu sob o manto de uma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade.

Esta contaminação do processo penal pela lógica do processo civil não é exclusividade brasileira. Andrew Stumer, analisando o ordenamento jurídico inglês, observa que, em vários casos criminais, as cortes aplicam, por analogia, o entendimento acerca das presunções no processo civil, chegando a afirmar que esta tendência é fonte de confusão.

“Em casos civis, as cortes adotam a regra geral de que o proponente de qualquer fato suportaria o ônus de provar aquele fato. Aplicando esta lógica aos casos criminais, o defendente suportaria o ônus de provar qualquer fato que ele ou ela levantasse como defesa. Como resultado, se o defendente admitisse os fatos alegados pela acusação, mas arguisse uma defesa, o ônus da prova e o risco da não persuasão

recairiam inteiramente sobre o réu”<sup>224</sup> (tradução livre).

O processo penal não é receptivo à lógica processual civil. A presunção de inocência impede que haja uma teoria processual unitária que explique os fenômenos jurídicos ocorridos nas esferas penais e extrapenal. E é salutar que assim seja. A imposição de penas privativas de liberdade ou restritivas de direito geram, além de sua drástica intervenção na liberdade individual de cada cidadão, crescente estigmatização das pessoas, já pressupostas pela ordem jurídica como inocentes.

#### 4.4.2. A verdade real<sup>225</sup>.

Outro obstáculo à efetividade da presunção de inocência reside na permanência do mito da verdade real<sup>226</sup> como princípio ou objetivo do processo.

Não se adentrará na celeuma que esta expressão – mito - desperta na filosofia, na história e na religião<sup>227</sup>, bastando, para os

---

<sup>224</sup> STUMER, Andrew. *The presumption of innocence: evidential and human rights perspectives*. Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2010, p. 6. Este autor relata que a Casa dos Lordes, no caso *Woolmington v DPP*, modificou a decisão do juiz de primeira instância, que havia orientado os jurados no sentido de presumir a culpa do acusado pela alegada morte acidental de sua esposa até que a defesa provasse a ausência de dolo, para afirmar que, independentemente de quem alega o fato, nos casos criminais, é a acusação que deve suportar o ônus de provar a culpa.

<sup>225</sup> Não será enfrentada aqui a reviravolta linguística, que transformou a linguagem em interesse comum de várias disciplinas filosóficas e significa, basicamente, uma mudança na maneira de entender a filosofia. Como bem esclarece Manfredo de Oliveira, a reviravolta linguística se trata de “um novo paradigma para a filosofia enquanto tal, o que significa dizer que a linguagem passa de objeto da reflexão filosófica para a ‘esfera dos fundamentos’ de todo pensar, e a filosofia da linguagem passa a poder levantar a pretensão de ser ‘a filosofia primeira’ à altura de consciência crítica de nossos dias”. A guinada da filosofia da consciência para uma filosofia da linguagem, que vai fundamentar a hermenêutica filosófica de Gadamer, afeta diretamente o tema da verdade. Contudo, para os propósitos deste trabalho, a verdade real será tratada sob o enfoque de obstáculo à concretização da presunção de inocência no campo do ônus probatório. Para se aprofundar o viés filosófico, vide OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

<sup>226</sup> Como afirma Taruffo, “a audiência não é um *laboratório da verdade* ou de uma reconstrução histórica dos fatos”. TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 43.

<sup>227</sup> Para aprofundamento do conceito de mito e suas relações com a sociedade e a religião, vide ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. Tradução Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2013. Esta autora destaca que “o mito é uma realidade cultural extremamente complexa, que pode ser abordada e interpretada através de perspectivas múltiplas e complementares”.

fins aqui propostos, tê-lo como um modelo de conduta humana em relação ao qual não se consegue acessar seus fundamentos primordiais, apresentando-se como elementos dogmáticos, coletivos e ahistóricos, tidos como verdades indiscutíveis, cuja força conserva e mantém o *status quo*<sup>228</sup>.

Na mesma linha, Danilo Marcondes ensina que:

“O mito não se justifica, não se fundamenta, portanto, nem se presta ao questionamento, à crítica ou à correção. Não há discussão do mito porque ele constitui a própria visão de mundo dos indivíduos pertencentes a uma determinada sociedade, tendo portando um caráter global que exclui outras perspectivas a partir das quais ele poderia ser discutido. Ou o indivíduo é parte dessa cultura e aceita o mito como visão de mundo, ou não pertence a ela e, nesse caso, o mito não faz sentido para ele, não lhe diz nada”<sup>229</sup>.

A verdade real é o que, em Eliade, pode-se designar de “mito vivo”<sup>230</sup>, ou seja, é aquele que ainda vigora em determinada sociedade e fundamenta e justifica os comportamentos e atividades do homem. No processo penal, está intrinsecamente ligada ao passado autoritário vivenciado na história brasileira e insiste em se fechar às mudanças democráticas nascidas com a Constituição de 1988.

Insta salientar que, na história da filosofia, o mito tinha a pretensão de revelar o sentido essencial e total do mundo. Na língua grega, o significado mais antigo da palavra *mythos* remete à “própria coisa” ou à “realidade”. Os primeiros pensadores gregos abandonaram o mito e passaram a buscar um saber irrefutável. Um saber não passível de ser negado por homens ou deuses, um saber

---

<sup>228</sup> MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica*. Vol. I: conceitos fundamentais/ Antonio Pedro Melchior, Rubens R R Casara. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 555.

<sup>229</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007, p. 20.

<sup>230</sup> ELIADE, Mircea. Op. cit. p. 10.

absoluto, definitivo, incontroverso, necessário, indubitável<sup>231</sup>. Os gregos são os primeiros a perseguirem a verdade. Nos primórdios, o sentido da verdade estava imbricado à ideia da totalidade das coisas. Esta totalidade contém o presente, o passado, o futuro, as coisas visíveis e invisíveis, corpóreas e incorpóreas, o mundo humano e o divino, as coisas reais e as possíveis, os sonhos, as fantasias, as ilusões, o contato com a realidade<sup>232</sup>.

Sob um ângulo processual, a busca de uma verdade histórica ou real, correspondente ao fato efetivamente ocorrido, cria um grave obstáculo à imparcialidade judicial, pois conduz o juiz a, primeiramente, decidir e, em seguida, perseguir provas que confirmem sua hipótese já sedimentada em sua consciência, ao passo em que, na trilha de uma hermenêutica voltada à consolidação das normas constitucionais, a única verdade admitida inicialmente no processo, ainda que a título precário, pois pode ser abatida pelo órgão acusatório, é a inocência do acusado.

Este fenômeno – o juiz aceita a tese acusatória como norte de uma suposta verdade - também é identificado por Cordeiro como o “primado da hipótese sobre os fatos”. Morais da Rosa e Khaled Jr. a este respeito demonstram que este juízo valorativo efetuado desde logo pelo magistrado mitiga a presunção de inocência:

“A presunção de inocência como regra de tratamento e premissa do estado de não culpabilidade no processo penal é manipulada pelo viés da confirmação adotado pela ampla maioria dos magistrados, a saber, partindo-se da acusação como verdadeira o suporte de informações (provas) produzidas no decorrer do processo somente serve, mesmo que não sejam suficientes, para confirmar o que já se havia cristalizado”<sup>233</sup>.

---

<sup>231</sup> SEVERINO, Emanuele. *A filosofia antiga*. Lisboa: Edições 70, 1984, p. 19.

<sup>232</sup> *Idem*, p. 21.

<sup>233</sup> KHALED Jr., Salah H. ROSA, Alexandre Morais da. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 8.

A transposição para dentro do processo de uma suposta realidade pretérita ou mesmo da intenção de reconstruí-la com fidelidade, transformou o julgamento penal no “laboratório no qual a realidade histórica, através dos instrumentos da instrução probatória, se adequaria à decisão do juiz”<sup>234</sup>.

A divulgação, repetição e constante atualização deste discurso dogmático revela uma narração de uma história esotérica que encaminha um conhecimento acompanhado de um poder praticamente mágico-religioso<sup>235</sup>. O juiz passa a exercer verdadeiros poderes sobrenaturais viabilizadores da revelação da verdade real, não encontrando limites seus poderes instrutórios. Instaura-se uma crença antigarantista na bondade do poder punitivo, quando, em um modelo garantista, haveria a premissa da irregularidade dos atos dos poderes “expresso no absoluto pessimismo em relação ao agir persecutório”<sup>236</sup>.

A verdade real, por justificar os poderes instrutórios do juiz, é forte entrave à efetivação da presunção de inocência em seu foco probatório<sup>237</sup>. Com efeito, consoante se verá *infra*, o ônus da prova é integralmente atribuído ao órgão acusatório e, na hipótese de não se desincumbir de demonstrar a existência do crime (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), a dúvida sobre algum de seus elementos só poderá conduzir à absolvição, sendo manifestamente antidemocrática e parcial a decisão judicial que determina de ofício a produção de provas complementares, pois desconsidera a presunção de inocência e a regra do ônus probatório exclusivo da acusação.

---

<sup>234</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit., p.162.

<sup>235</sup> ELIADE, Mircea. Op. cit., p.18.

<sup>236</sup> CARVALHO, Salo de. Op. cit. p. 164.

<sup>237</sup> Aqui discorda-se de Gustavo Badaró quando defende que as regras de distribuição do ônus da prova somente serão aplicadas se a prova não for produzida pela parte sobre quem incide o ônus da prova, nem pela parte contrária, nem sequer pelo juiz. Entende este autor que, “se o acusador não produzir prova dos fatos imputados, isto não implicará, necessariamente, a absolvição do acusado. (...) A omissão do onerado poderá ser suprida pela atividade jurisdicional” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 187 e 197). Ao contrário, aqui se defende que, à luz da presunção de inocência, é inadmissível a existência de poderes instrutórios do juiz, incumbindo à acusação o ônus de provar integralmente a ocorrência do crime.

Por detrás da postura judicial que age espontaneamente na produção probatória, com o fim de solver dúvida relevante que a atividade das partes, por si só, não logrou êxito em eliminar, revela uma resistência em dar concretude à presunção de inocência. Uma alegação de defesa no sentido de que o réu praticou o fato típico acobertado por uma excludente de ilicitude (v.g. legítima defesa), que reste não amparada em prova elaborada pelo advogado ou defensor público, não pode ser rechaçada pelo magistrado, pois incumbe ao órgão de acusação o ônus de provar a inoccorrência da causa de justificação do delito.

Este ponto será aprofundado a seguir. Contudo, o exemplo ora citado demonstra que o juiz, sob o subterfúgio de buscar a verdade, age tangencialmente aos contornos constitucionais impostos a partir de uma leitura democrática da presunção de inocência se determinar *ex officio* a produção de prova acerca da mencionada excludente.

4.4.3. A completude da narrativa formulada na denúncia: o crime em sua integralidade ontológica (fato típico, a antijuridicidade e a culpabilidade) e a exclusividade do ônus probatório para a acusação.

Como visto no capítulo anterior, o cerne da teoria tradicional acerca do ônus da prova no processo penal reside na premissa de que o órgão acusador se limita a provar a existência do fato (materialidade) e sua autoria. Esta seria a regra extraída do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Aloca-se o plano da tipicidade na categoria de “fato constitutivo do direito” e os níveis da antijuridicidade e culpabilidade na quadra de “fatos modificativos ou extintivos do direito”, de modo a que haja uma repartição de ônus entre o autor da ação penal e o réu. Portanto, uma vez provadas materialidade e autoria, a antijuridicidade da conduta e a culpabilidade do réu viriam a reboque.

Esta teoria acarreta, em desfavor da defesa, a exigência da prova de eventual alegação de excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade.

Todavia, tentar-se-á demonstrar que a narração e a imputação de um crime, em toda sua complexidade e pluralidade de interpretações, abrangem um acontecimento que se desdobra em três grandes narrativas (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade) não passíveis de serem fatiadas e colocadas ao encargo probatório de cada uma das partes, pois, do contrário, esvaziar-se-á a dimensão interna da presunção de inocência.

Em outras palavras, o fato constitutivo da pretensão punitiva levada a juízo pelo Ministério Público, nas ações penais públicas, ou pelo querelante, nas ações penais privadas, abrange a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade.

É importante esclarecer que a interpretação constitucionalmente adequada do ônus probatório independe da postura teórica a respeito do conceito de crime. Isto por que todas as circunstâncias que importem a inexistência do crime (causas que afastam a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), devem ter sua presença demonstrada mediante uma atividade probatória a cargo do acusador.

Assim, é pertinente que se faça uma brevíssima explanação acerca do conceito analítico de crime.

A separação dogmática do crime em três níveis, segundo a teoria tripartida majoritariamente acolhida na doutrina penalista, é determinada puramente por critérios político-criminais de sistematização.

Neste sentido, Paulo Queiroz traz relevantes contribuições quando observa que a distinção entre as excludentes não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, sendo que o legislador pode, em tese, dar-lhes tratamento unitário ou realoca-las de uma categoria em outra, pontuando-se que, ao fim e ao cabo, todas elas conduzem a um único resultado no processo penal: a absolvição.

“a distinção entre excludentes de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade não preexiste à interpretação, mas é dela resultado, motivo pelo qual o mesmo comportamento ora pode ser considerado excludente de tipicidade, ora de ilicitude, ora de culpabilidade (e vice-versa). Não por acaso, juízes e tribunais não raro divergem a esse respeito. Não existe, portanto, fenômenos típicos nem culpáveis, mas apenas uma interpretação tipificante e culpabilizante dos fenômenos”<sup>238</sup>.

Por esta linha de argumentação, propõe Queiroz substituir tais expressões por excludentes de criminalidade, unificando-as, haja vista que, ontologicamente, não há respaldo para serem diferenciadas. Esta proposta metodológica já sinaliza o equívoco de transpor para o processo penal a separação dos estratos analíticos do crime para a finalidade de distribuir ônus probatório. A discussão de a tipicidade indiciar ou ser a razão de ser da antijuridicidade perde relevância tanto no campo do direito penal quanto no processo penal.

Gustavo Badaró também contribui para esta discussão quando assevera que:

“... a divisão do delito em tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade é artificial. O crime, como fenômeno unitário, é incindível. Sendo impossível seccioná-lo em várias partes, não se pode falar em elementos. O crime é um fato ao qual se agregam predicados como a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade”<sup>239</sup>.

Verifica-se, deste modo, verdadeira indeterminação dos conceitos de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade<sup>240</sup>, que deve ser estabilizada com o propósito constitucional de efetivar a

---

<sup>238</sup> QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 11ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015, p. 199.

<sup>239</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 302.

<sup>240</sup> “Afim, não existe diferença ontológica entre excludentes de tipicidade, de ilicitude e de culpabilidade, seja porque conduzem ao mesmo resultado prático (absolvição), seja porque poderiam, em tese, ter o mesmo tratamento sistemático, seja porque a exata classificação depende de critérios políticos, seja por que a mesma circunstância ora poderá ser considerada como excludente de tipicidade, ora de ilicitude, ora de culpabilidade, a depender da interpretação (judicial e doutrinária)”. QUEIROZ, Paulo. Op. cit., p. 204.

presunção de inocência, a partir de sua base comum: a ausência de seus requisitos conduz à prolação da sentença absolutória.

Portanto, deve-se firmar a premissa de que o estudo analítico do delito não acarreta uma divisão estanque e incomunicável entre suas camadas <sup>241</sup>. E, por consequência, no processo penal a imputação formulada pelo órgão acusatório não pode dissociar, para fins de comodidade probatória, a materialidade e autoria, de um lado, do restante dos elementos objetivos e subjetivos do tipo e das excludentes de antijuridicidade e culpabilidade, de outro.

Com este destaque jurídico-penal é possível prosseguir na argumentação em favor da defesa da tese proposta.

Para se alcançar a convicção sobre um evento ocorrido é indispensável que sua abordagem se dê pela incredulidade, ou seja, “uma posição crítica destinada a impedir-nos de formular ou compartilhar de falsas convicções” <sup>242</sup>. É a partir desta posição de incredulidade ou dúvida inicial é que devem ser lidas as narrativas contadas pelo órgão da acusação no juízo penal, elaboradas em face de um sujeito presumidamente inocente.

O conceito de narrativa que, segundo Taruffo, tornou-se ícone da visão pós-moderna (da literatura ao direito), é importante ferramenta para se analisar as histórias contadas em juízo. Histórias e narrativas são necessárias no processo e se consubstanciam em instrumentos por meio dos quais “fragmentos de informação esparsos e fragmentários e pedaços de acontecimentos podem ser combinados e compostos em um complexo de fatos coerente e dotado de sentido”. Pode-se ainda dizer, com Taruffo, que as histórias contadas no

---

<sup>241</sup> Badaró ressalta que “as modernas teorias do delito têm procurado aproximar a tipicidade da antijuridicidade, não sendo mais admissível conceber os dois conceitos como compartimentos estanques”. Cita como exemplos a crescente utilização de elementos normativos nos tipos penais e as teorias dos elementos negativos do tipo penal, da tipicidade conglobante e do tipo total como indicadores da fragilidade de se conceber a antijuridicidade como fato impeditivo do direito de punir em contraposição ao fato típico como fato constitutivo de tal direito. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 311-315.

<sup>242</sup> TARUFFO, op. cit. p. 51.

processo penal são “construções interpretativas de eventos” ou que “são o desenho que, de um punhado de pedaços de vidro colorido, faz um mosaico”<sup>243</sup>.

Cada narrativa é construída por seu autor em uma atividade criativa, complexa e sofisticada, ou seja, o autor constrói sua versão dos fatos, dando forma à realidade<sup>244</sup>. Estas metáforas sinalizam a perplexidade com que a multiplicidade de eventos verificados no passado se digladia e grita para ser ouvida no presente com a aspiração de ser lembrada no futuro.

É de se ter em mente que, no processo penal, veiculam-se diversas narrativas por vários atores processuais. A primeira delas, e a mais importante, por circunscrever todo o debate processual, é a lançada na denúncia ou queixa-crime pelo autor da ação penal pública ou privada, respectivamente. Outras há. O réu em sua resposta à acusação ou defesa preliminar, bem como nas alegações finais. As testemunhas<sup>245</sup>, por ocasião de suas declarações. O perito, quando elabora seu parecer técnico sobre algum ponto em discussão. Neste sentido, Taruffo observa que:

“Um olhar mais atento ao processo na perspectiva da narrativa mostra que, em realidade, esse é composto por um número variável de histórias contadas por sujeitos diferentes, de modos diferentes e com escopos diferentes. Não se trata somente da diferença entre sujeitos que falam de diferentes pontos de vista e em perspectivas particulares. No processo as histórias são narradas por advogados com um espírito *adversarial*, estando em contraposição entre si: o contexto processual tem a estrutura de uma controvérsia, e os advogados apresentam esquemas alternativos e contraditórios de organização dos fatos”<sup>246</sup>.

Com isto já se percebe que uma característica importante de uma narrativa é ser ela precária, incompleta, passível de

---

<sup>243</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit. p. 50.

<sup>244</sup> *Idem*, p.73.

<sup>245</sup> Segundo Taruffo, a testemunha fornece peças diferentes e separadas de um mosaico que devem ser combinadas em um desenho que as compreenda. *Idem*, p. 69.

<sup>246</sup> *Idem*, pp. 62-63.

manipulação e de reconstrução incorreta, pois todas emanam de uma fonte: o ser humano, sempre contraditório, volátil, limitado, temporal, histórico, parcial e sujeito a equívocos. Nela está contida, bom frisar, uma pretensão de veracidade, pois todo aquele que narra no processo pretende que sua história seja acolhida como verdadeira. Cada uma das narrativas é hipotética e carrega enunciados assertivos direcionados a captar o convencimento do juiz. A qualidade de verdadeiro recairá sobre a narrativa que encontrar apoio na prova produzida em juízo<sup>247</sup>.

Feita esta breve exposição acerca das narrativas processuais, de cabedal importância para se entender este robusto empecilho à efetivação da presunção de inocência, cumpre localizar seu nó epistemológico, vale dizer, o que faz com que a teoria tradicional entenda que, ao acusador, compete unicamente o ônus de provar a materialidade e autoria.

Para isto, faz-se necessário lançar mão do conceito de “enunciado de fato” que, na linha de Taruffo, é “qualquer enunciado em que um evento é descrito como ocorrido ‘assim e assim’ no mundo real”. Ele é descritivo e pode ser verdadeiro ou falso, bem como pode ser provado<sup>248</sup>. Na denúncia ou queixa, o autor da ação penal aduz certos enunciados de fato que, partindo de uma cadeia de causalidade<sup>249</sup>, são atribuídos ao sujeito passivo.

Deste modo, cabe perquirir qual o conteúdo do enunciado que, obrigatoriamente, o órgão acusatório ou o querelante deve imputar ao réu/querelado em sua narrativa inaugural.

O Código de Processo Penal é elucidativo ao impor que “a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas

---

<sup>247</sup> Cumpre destacar, com Badaró, que o objeto da prova não é o fato em si mesmo, mas sempre a alegação de um fato: “os ‘fatos’ debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 159.

<sup>248</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>249</sup> De acordo com Taruffo, “na perspectiva de narrativas é provavelmente mais interessante considerar a causalidade como um modelo mental, ou como um modelo cognitivo idealizado, ou seja, como um esquema psicológico utilizado comumente com o fim de dar forma à conexão entre eventos”. *Idem*, pp. 74-75.

as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Veja-se que a lei impõe a descrição do “fato criminoso” e a “classificação do crime”. Isto significa que o autor da petição acusatória não se restringe a descrever um fato puro ou a indicar um artigo de lei que incorpora um tipo penal. Pelo contrário, deve ele narrar um fato-crime e classifica-lo legalmente. Este fato não é uma fatia da complexa realidade que se constitui um delito.

Um homicídio praticado em legítima defesa é um fato único e não dois fatos esquizofrenicamente cortados em um “matar alguém”, cujo ônus seria da acusação, e um “em legítima defesa”, com ônus de prova para o réu. Há apenas um fato consistente em “matar alguém em legítima defesa”.

E os exemplos se multiplicam. Em uma apropriação indébita previdenciária praticada pelos sócios da empresa por força de dificuldades financeiras, em circunstância em que a opção era adimplir o débito previdenciário ou pagar os salários dos empregados ou ir à falência, em clara situação de inexigibilidade de conduta diversa, a narrativa a ser lançada na denúncia, com seus enunciados de fato, deve abranger todas essas peculiaridades, não podendo ser cindido para colocar sobre os ombros do réu o ônus de provar a presença da excludente de culpabilidade.

Gustavo Badaró propõe que o artigo 156 do Código de Processo Penal seja interpretado em sintonia com o artigo 41, quando este dispositivo estabelece o dever do Ministério Público de narrar, na denúncia, o fato criminoso com todas as suas circunstâncias:

“E nunca é demais ressaltar que o fato criminoso não pode ser entendido, apenas, como a conduta típica. A denúncia somente pode ser oferecida e recebida se não tiver ocorrido alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade. Assim, ainda que de forma implícita, a imputação contém a inexistência dos elementos que

caracterizam as excludentes, cujo ônus da prova incumbe ao acusador”<sup>250</sup>.

Cada parte de uma narrativa dispõe de um significado integrado a um todo. Há uma relação de parte/todo que é tema associado à hermenêutica<sup>251</sup> e muito bem trabalhado por Gadamer em seu livro “verdade e método”<sup>252</sup>. Taruffo, partindo de Gadamer, assevera que “o significado das partes singulares de uma história pode ser determinado somente com referência à totalidade do texto, e o significado geral da história pode ser interpretado somente com referência a todas as suas partes”<sup>253</sup>.

Nesta linha é possível afirmar que a narrativa processual inicialmente formulada pelo acusador na denúncia ou queixa engloba a suposta prática de um crime em toda a sua extensão. As partes (materialidade e autoria) somente podem ser compreendidas diante do todo (tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade).

O autor da ação penal está ciente de que o significado do que escreve na petição inicial depende do conjunto do texto que, por sua vez, é determinado por suas partes. Como observa Taruffo,

“O sujeito que constrói uma narrativa dos fatos da causa está compondo as diversas partes do acontecimento, em um texto em que cada parte (enunciado relativo aos acontecimentos, ações e circunstâncias específicas) assume um significado; esse é determinado também pelo contexto da narrativa em seu todo, que, por sua vez, é uma combinação ordenada e coerente de enunciados particulares. Conforme anteriormente dito, constrói-se uma narrativa justamente para atribuir significado

---

<sup>250</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 258.

<sup>251</sup> Para um estudo sobre a relação da hermenêutica filosófica com a presunção de inocência, vide FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção da inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

<sup>252</sup> Gadamer afirma que “Assim como as palavras individuais somente alcançam seu significado e sua relativa univocidade na unidade do discurso, também o conhecimento verdadeiro da essência só pode ser alcançado no todo da estrutura relacional das ideias”. GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 13. Ed. Petrópolis, RJ: 2013, p. 555.

<sup>253</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 85.

a um conjunto fragmentário de pedaços de discurso”<sup>254</sup>.

Uma narrativa, para ser verdadeira no processo penal, deve estar escorada nas provas elaboradas sob o crivo do contraditório e com a participação do sujeito passivo e da defesa técnica. A imputação prefacial da prática de um delito, por abranger uma realidade aberta e inviável de ser transportada para o procedimento, coloca sobre seu redator/acusador o ônus de prova-la integralmente em todas as suas partes.

Assim, não há que se falar em mera narração de materialidade e da autoria, mas há de se declinar um crime com todas as suas circunstâncias, dentre as quais, obviamente, residem as atinentes à tipicidade, antijuridicidade e à culpabilidade. Toda a estrutura lógico-analítica do crime é considerada fato juridicamente relevante para ser objeto de prova. Com efeito, um fato é relevante para o direito “quando corresponde ao tipo de fato definido pela regra jurídica (escrita ou fundada em precedentes) considerada como possível base jurídica para a decisão”<sup>255</sup>.

E a antijuridicidade e a culpabilidade não podem ser desacopladas do tipo penal para serem descartadas da narrativa inicial contida na denúncia para a comodidade da acusação de não ter que prová-las.

Em linha de pensamento semelhante, Gustavo Badaró argumenta que:

“Afirmar que o fato constitutivo é somente o fato típico, e considerar as excludentes de ilicitude e de culpabilidade como fatos impeditivos do direito de punir, equivale dizer que o delito é, tão-somente, o fato típico, sem qualquer consideração acerca do caráter ilícito desta conduta e da reprovabilidade do seu autor. Inadmissível, pois, tal construção. A distinção entre fatos constitutivos, impeditivos e extintivos do direito alegado em juízo decorre de um

---

<sup>254</sup> *Idem*, p. 85.

<sup>255</sup> TARUFFO, Michele. Op. cit., p. 61.

processo de simplificação analítica da *fattispecie* que não pode ser aplicado ao processo penal em favor da parte acusadora e em prejuízo do acusado, pois significaria admitir uma condenação sem que houvesse prova de todos os elementos do delito”<sup>256</sup>.

Poder-se-ia objetar que a prova das excludentes de ilicitude e de culpabilidade seriam provas de fatos negativos, impossíveis de serem exigidas do órgão acusatório.

Contudo, Badaró rechaça, acertadamente, este argumento quando, citando Chiovenda, lembra que a toda afirmação corresponde uma negação, bastando transformar a negativa na forma positiva correspondente para que a prova se torne possível. Assim, é viável que o órgão acusatório, diante de uma alegação defensiva de uma excludente, demonstre não estar presente um dos requisitos exigidos para sua caracterização.

“Exemplificativamente, não haverá qualquer impossibilidade em se exigir que o Ministério Público prove que o acusado não agiu em legítima defesa. Bastará demonstrar que não houve qualquer agressão, ou que a agressão foi posterior ao ato defensivo e não pretérita, ou ainda que o acusado se utilizou dos meios de defesa de forma imoderada. Em suma, não é correta a objeção de que seria impossível ao Ministério Público provar a inocorrência das excludentes de ilicitude por que corresponderia à prova de um fato negativo. Trata-se de um fato negativo determinado, que pode perfeitamente ser provado”<sup>257</sup>.

Esta compreensão do ônus probatório no processo penal é a que reflete a verdadeira incidência da presunção de inocência em seu bojo. Condenações costumeiramente prolatadas diante da prova da materialidade e da autoria, mas que, por descuido quanto ao novo paradigma constitucional, assentam que a defesa não provou alguma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade, violam a Constituição e tratados de direitos humanos que, por força de uma

---

<sup>256</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 310.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 318.

árdua luta ao longo da história, consagraram a impossibilidade de se restringir a liberdade de uma pessoa à minguada de prova plena de sua responsabilidade penal.

Por isso mesmo está correta a posição de Gustavo Badaró quando assevera:

“Em suma, o ônus da prova incumbe inteiramente ao Ministério Público, que deverá provar a presença de todos os elementos de fato dos quais decorre a pretensão punitiva e a inexistência de todos os elementos que obstem o surgimento da pretensão punitiva”<sup>258</sup>.

Há um dever legal que recai sobre o órgão acusatório, impondo-lhe narrar o crime em toda sua estrutura. Quando a acusação apresenta sua narrativa na denúncia ou queixa, assume para si o ônus de provar o crime em sua inteireza, pois a tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade compõem o fato constitutivo do direito de punir<sup>259</sup>.

#### 4.4.4. O papel do Ministério Público na gestão probatória.

Ao Ministério Público foram atribuídas, como funções institucionais, a primazia do exercício da ação penal pública e a missão de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Constituição, consoante as disposições do artigo 129, incisos I e II, da Carta Republicana. Incumbe a esta Instituição, ainda, a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

O processo penal, como se sublinhou, é orientado, erigido e fundamentado pela presunção de inocência. Há um interesse supremo consignado na Constituição direcionado à proteção do cidadão contra

---

<sup>258</sup> *Idem*, p. 319.

<sup>259</sup> “Portanto, quando o réu alega que agiu em legítima defesa ou em estado de necessidade, não se trata, na verdade, da alegação de um fato novo ou contraposto ao fato constitutivo do direito do autor. Não há alegação de um fato diverso do fato constitutivo do direito de punir, mas sim uma forma indireta de negar o cometimento do delito”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Op. cit. p. 318.

as investidas drásticas do Poder Punitivo que, dentre todas as agências que a operam, tem, ou deveria ter, no Ministério Público, a primeira grande barreira depuratória das violências cotidianas.

O órgão acusatório tem como missão assegurar o cumprimento do ordenamento penal e processual penal, sem se descurar, contudo, da prevalência da presunção de inocência e de todas as consequências jurídicas que operou nos institutos processuais penais, com destaque à sua repercussão sobre o ônus da prova, conforme visto *supra*.

Não se coaduna com o perfil institucional desenhado pela Constituição e conferido ao Ministério Público posturas que neste órgão têm implantado um papel de “vingador da sociedade” ou canalizador da opinião pública que sustenta o discurso punitivista imoderado e a qualquer custo e que cria a imagem do inimigo jurídico-penal. Seu dever não é tutelar a opinião majoritária, mas sim os direitos fundamentais que possuem função contramajoritária de proteção da pessoa humana.

Por isso mesmo o Ministério Público tem o dever constitucional de zelar pela efetividade máxima da presunção de inocência<sup>260</sup>. Não é de seu interesse que haja condenações fundadas em pressuposições de ilicitude ou culpabilidade. Sublinhe-se, por oportuno, que não se está a defender que o Ministério Público seja parte imparcial. Pelo contrário, acredita-se que o discurso da imparcialidade do Ministério Público no processo penal é equivocado e, como bem acentua Badaró, tem como finalidade agregar maior credibilidade à tese acusatória frente à posição defensiva e isso acabaria por enfraquecer a presunção de inocência<sup>261</sup>.

O que se busca demonstrar é que a atribuição do ônus de provar o delito em sua integridade conceitual em decorrência da

---

<sup>260</sup> “É ilegal e imoral a condenação de uma pessoa inocente e o Estado, seja por meio do Ministério Público, seja pelo Poder Judiciário, não pode admitir tal situação nem concorrer para ela”. BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 221.

<sup>261</sup> *Idem*, p. 221.

presunção de inocência não é contrária à fisionomia institucional do *Parquet*. O papel constitucional do Ministério Público sequer se coaduna com a outra vertente teórica, pois a esta instituição interessa garantir a eficácia da presunção de inocência e evitar que sejam lançadas ao cárcere pessoas contra quem não tenha sido provada a culpa pela prática de um crime.

A mera demonstração de materialidade e de autoria não cumpre a finalidade de derrubar a presunção de inocência e, desta forma, o zelo pela ordem jurídica lhe impõe a aceitação de que sua tarefa processual-probatória é mais dilatada e abrange a demonstração da ocorrência da infração penal em sua integral dimensão.

Nesta toada, deve-se discordar de Walter Nunes quando defende que o princípio da não culpabilidade, por estar ligado mais diretamente ao juízo de culpabilidade, não é observado pela autoridade policial, muito menos pelo Ministério Público. Argumenta que, por ser o órgão acusatório mera parte na relação processual, não possuindo poder de decisão sobre a culpabilidade ou inocência do acusado, aquela instituição não estaria vinculada ao princípio em foco<sup>262</sup>.

Trata-se de visão reducionista do princípio da presunção de inocência e deturpadora da verdadeira missão do Ministério Público na ordem constitucional vigente, que está direcionada à proteção integral de todos os direitos e garantias individuais. Ademais, tendo em vista a dimensão objetiva dos direitos fundamentais<sup>263</sup>, que vincula todos os órgãos estatais à sua irrestrita e fiel observância, o argumento de que a polícia e o Ministério Público não estariam no âmbito de aplicação da presunção de inocência cai por terra.

---

<sup>262</sup> JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 545.

<sup>263</sup> Como observa Sarmiento, “os valores que tais direitos encarnam devem se irradiar para todos os campos do ordenamento jurídico, impulsionando e orientando a atuação do Legislativo, Executivo e Judiciário. Os direitos fundamentais, mesmo aqueles de matriz liberal, deixam de ser apenas limitas para o Estado, convertendo-se em norte de sua atuação”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 106.

Portanto, entende-se que o Ministério Público, nos moldes em que formatado pelo legislador constituinte originário, não está preso à teoria tradicional a respeito do ônus da prova no processo penal, nem a ela deve fidelidade, conquanto ainda não tenha sido submetida à impostergável filtragem constitucional.

#### 4.4.5. A ponderação de direitos e a aplicação da presunção de inocência em seu viés de regra probatória.

Por último, a reviravolta operada pela presunção de inocência sobre o ônus probatório também implica o reconhecimento de sua natureza de regra não passível de ponderação<sup>264</sup> com outros interesses ou direitos fundamentais, pois o legislador constituinte já optou *ex ante* pela prevalência da presunção de inocência. Do contrário, a atribuição de ônus de prova à defesa quedará ao sabor do subjetivismo do magistrado e das vicissitudes dos casos concretos.

Em um primeiro momento, a doutrina tende a se inclinar pela admissão de que nenhum direito fundamental é absoluto em virtude da existência de uma cláusula de reserva de ponderação. Para esta linha, todos os direitos fundamentais podem ser contidos ou restringidos no caso concreto quando tiverem peso valorativo inferior ao daquele em cotejo. Segundo Novais:

“Os direitos fundamentais, todos eles, quando são constitucionalmente consagrados são, por natureza, imanentemente dotados de uma reserva legal de ponderação que tem precisamente aquele sentido: independentemente da forma e força constitucional que lhes é atribuída, eles podem ter de ceder perante a maior força ou peso que apresentem, no caso concreto, os direitos, bens, princípios ou interesses de sentido contrário”<sup>265</sup>.

---

<sup>264</sup> Segundo Barroso, a ponderação consiste “em uma técnica de decisão jurídica, aplicável a casos difíceis, em relação aos quais a subsunção se mostrou insuficiente. A insuficiência se deve ao fato de existirem normas de mesma hierarquia indicando soluções diferenciadas”. BARROSO, Luís Roberto. Op. cit. p. 361.

<sup>265</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 50.

Novais reconhece, contudo, a possibilidade da imponderabilidade de direitos fundamentais quando a própria Constituição já o garante a título definitivo e absoluto, ou seja, o legislador constituinte se antecipou na ponderação e decidiu intencionalmente pela prevalência de um direito sobre o outro, não deixando margem de discricionariedade para os poderes constituídos.<sup>266</sup> Nestas hipóteses:

“O legislador ordinário, tribunais e Administração não têm mais que ponderar ou que considerar a hipótese de limitações a um direito assim tão clara e definitivamente regulado: só tem que aplicar a norma constitucional. Se não o fizerem estão a violar a garantia constitucional, estão a cometer uma inconstitucionalidade. Em linguagem *dworkiniana* ou *alexiana* diríamos que estas últimas normas constitucionais, ou normas deste tipo, são regras, têm natureza de regras”<sup>267</sup>.

Em seu viés regulatório do ônus da prova a presunção de inocência é uma regra constitucional não passível de ponderação. O legislador e o magistrado não dispõem de margem de discricionariedade para, no caso concreto, imputar ao acusado o ônus de provar suas alegações, muito menos as que levantam a presença de uma excludente de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Não há um interesse ou direito constitucional da acusação que prepondere, em concreto, sobre a presunção de inocência de modo a que o acusador, nos procedimentos criminais brasileiros, detém a integralidade do ônus de demonstrar a existência do crime em todas as suas dimensões. Isto pela razão de que a presunção de inocência visa a tutelar diretamente a liberdade individual, direito conectado à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa (artigo 1º, I, da Constituição Federal de 88).

---

<sup>266</sup> *Idem*, p. 51.

<sup>267</sup> *Idem*, p. 52.

A presunção de inocência lida em conjunto com a dignidade da pessoa humana<sup>268</sup> é o trunfo maior do acusado frente ao órgão acusatório, não podendo ser mitigado, enquanto regra de ônus probatório, ao sabor das especificidades do caso concreto. Sobre a importância do direito como trunfo, cabe transcrever as lúcidas observações de Jorge Reis Novais, no sentido de que:

“É como concretização e expressão dessa ideia que, em nosso entender, a imagem de trunfo cobra pelo sentido: a decisão democrática de muitos, da maioria, não quebre o direito fundamental de um; o trunfo que lhe é dado pelo direito fundamental, o que aqui equivale a dizer, que lhe advém do respeito pelo princípio da dignidade da pessoa humana, trunfa o interesse individual e dá-lhe uma especial força de resistência, de armadura, perante a qual se detém e cede a decisão democrática da maioria”<sup>269</sup>.

A dignidade da pessoa humana não pode ser desacoplada do conteúdo da presunção de inocência. Com efeito, dentre os elementos que integram o núcleo da dignidade, destaca-se o valor intrínseco da pessoa humana, do qual decorrem um postulado antiutilitarista e outro antiautoritário, consoante o esquema lógico traçado por Barroso. O primeiro veda que o homem seja manejado como meio para obtenção de alguma meta coletiva ou social, ao estilo da máxima kantiana. O segundo carrega o sentido de que “é o Estado que existe para o indivíduo, e não o contrário”<sup>270</sup>.

Esta vinculação da tutela da inocência do cidadão com o reconhecimento e proteção da própria dignidade humana, de tão importante, foi mencionada inclusive por Ronald Dworkin, que chegou a asseverar que:

---

<sup>268</sup> A respeito da dignidade da pessoa humana, Barroso elucida que, embora sua vagueza semântica prejudique sua aplicação, ela funciona tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. Destaca o papel interpretativo deste princípio, que vai informar o sentido e o alcance dos direitos constitucionais, como ocorre com a interpretação que ora se confere à presunção de inocência no campo probatório do processo penal. (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 273).

<sup>269</sup> *Ibidem*, p.31.

<sup>270</sup> BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p.275.

“O ato de punir um inocente lhe inflige um dano grande e característico – chamei-o de dano moral” e que “toda comunidade que descuida das questões de prova ou que é avara na proteção contra o erro viola o primeiro princípio da dignidade humana”<sup>271</sup>.

No processo penal há, em tese, um conflito entre direitos constitucionalmente tutelados. De um lado, a liberdade corporal do acusado e, de outro, a segurança da sociedade, ou, como quer Lauria Tucci, há um embate entre interesses punitivo e de liberdade, ambos de alta relevância social<sup>272</sup>.

Nesta balança, a presunção de inocência, em seu enfoque probatório, prepondera para impedir qualquer inversão do ônus de prova em desfavor do acusado, seja para demonstrar excludentes de tipicidade, antijuridicidade ou culpabilidade. Isto por que, entre liberdade e segurança, a primeira dispõe de proeminência constitucional por estar indissolúvelmente conectado à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual é possível asseverar, com Sarmiento, que:

“a ponderação deve sempre se orientar no sentido da proteção e promoção do princípio da dignidade da pessoa humana, que condensa e sintetiza os valores fundamentais que estejam a ordem constitucional vigente”<sup>273</sup>.

Ainda que se ponha, em um dos lados da balança, o famigerado poder punitivo, é de se destacar, com Fabiana Lemes, que ele está deslegitimado no Estado Democrático de Direito e, por isso, não pode ser considerado bem digno de ponderação em face de outro direito fundamental<sup>274</sup>, especialmente o da presunção de inocência.

---

<sup>271</sup> DWORKIN, Ronald. *A raposa e o porco-espinho*. Justiça e Valor. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014, p. 569.

<sup>272</sup> TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 35.

<sup>273</sup> SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 105.

<sup>274</sup> PRADO, Fabiana Lemes. *Op. cit.*, p.170.

Preocupante é o uso distorcido que se faz do princípio da proporcionalidade como instrumento de ponderação<sup>275</sup> para mitigar direitos fundamentais. Fabiana Lemes alerta para o fato de que este princípio, que sempre esteve ligado à proteção de direitos fundamentais, tem assumido no processo penal a feição de instrumento de negação de garantias historicamente acolhidas<sup>276</sup>.

A preocupação com a utilização do princípio da proporcionalidade e da técnica da ponderação no processo penal também é compartilhada por Morais da Rosa quando assevera, com a argúcia de sempre, que “a prevalência dos direitos fundamentais, no campo do processo e do direito penal, impede juízos em favor da coletividade, dado que invertem a lógica do Estado Democrático”<sup>277</sup>.

Esta advertência é perfeitamente visível no tocante ao princípio da presunção de inocência que, até hoje, é simplesmente ignorado pela maioria da doutrina e da jurisprudência que insistem em fechar os olhos para o impacto que causou na temática do ônus probatório, submetendo-o a cotejos e ponderações quando confrontado com supostos direitos da coletividade. Fabiana Lemes adverte com proficiência:

“A invocação ideológica do princípio da proporcionalidade tem constituído a válvula de escape das agências judiciais, principalmente do Poder Judiciário e do Ministério Público, para atender aos reclamos do movimento ‘da lei e da ordem’, acolhidos pelo senso comum, com a aparência de que atuam de acordo com a sua finalidade constitucional, fulminando, assim, dia a dia, a eficácia dos direitos e garantias tão duramente conquistados ao longo da história”<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> Sarmiento e Souza Neto entendem que o princípio da proporcionalidade é o principal critério de realização da ponderação, mas proporcionalidade e ponderação não se confundem, pois um tem existência autônoma em relação ao outro. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 518.

<sup>276</sup> PRADO, Fabiana Lemes. Op. cit., p. 180.

<sup>277</sup> ROSA, Morais da. *A superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial*. In *Processo penal e direitos humanos*. Diogo Malan, Geraldo Prado, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p.19.

<sup>278</sup> PRADO, Fabiana Lemes. Op. cit., p. 200.

Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto destacam que uma das características da ponderação é sua preocupação com as características de cada caso concreto, mas esta tendência ao casuísmo amplia o risco de arbítrio judicial e prejudica a previsibilidade do direito e da segurança jurídica<sup>279</sup>, observação perfeitamente compatível com a linha argumentativa aqui desenvolvida, uma vez que o ônus da prova reformulado pelos raios da presunção de inocência não está aberto às vicissitudes do caso levado à apreciação judicial.

Esta diferenciação das facetas da presunção de inocência (conectada ou não ao ônus da prova) e sua relação com possibilidade ou não de ponderação no caso concreto, parece ter sido olvidada por Maurício Zanoide que, perfilhando a teoria de Alexy, defende que a presunção de inocência “não deve ser absolutizada, mas interpretada e aplicada na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto”<sup>280</sup>.

Diga-se, contudo, que a presunção de inocência pode ser ponderada quando não estiver relacionada à temática do ônus probatório, ou seja, ela não impede a decretação de medidas cautelares, nem a supressão extemporânea da liberdade desde que fundada em pressupostos de tutela processual, mas proíbe que se impute ao réu a prova de excludentes de tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Portanto, é indevida, por escapar aos seus contornos fundantes, a invocação da máxima da proporcionalidade como critério de ponderação entre a pretensão punitiva e a presunção de inocência no âmbito do ônus probatório, haja vista que o *status* de inocente só pode ser vencido após o órgão de acusação provar o delito em todas as suas facetas, vale dizer, o fato típico e antijurídico, bem como a culpabilidade.

---

<sup>279</sup> SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmiento. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 520.

<sup>280</sup> MORAES, Maurício Zanoide de. Op. cit., p. 155.

## CONCLUSÃO

O caminho para o desfecho de uma pesquisa científica é sinuoso, pois, como toda teoria é falível, espera-se que, ao menos, tenha-se alcançado o objetivo de trazer a lume uma crítica fundamentada à teoria tradicional que rege o tema objeto do estudo e que tenha contribuído para a evolução do ramo do saber em que se esteve envolvido ao longo de quase três anos.

No decorrer da pesquisa, foram levantadas algumas hipóteses relacionadas ao ônus probatório e à presunção de inocência no processo penal.

Primeiramente, há um vínculo indissolúvel entre processo e Estado Democrático de Direito, sendo que a Constituição e os tratados de direitos humanos traçam os contornos do exercício do poder punitivo de maneira rigorosa. Dentre as normas constitucionais e convencionais que regem o processo penal, há uma primazia da presunção de inocência e do princípio democrático. Estas duas diretrizes são fundamentais para a correta formulação da decisão penal e para a interpretação adequada do ônus da prova, fazendo com que o duelo travado entre sistemas inquisitório e acusatório perca relevo diante da aspiração democrática que norteia o processo penal em nível constitucional.

Verificou-se, também, que, ao longo da história, o tratamento do ônus probatório foi trazido a reboque de uma tradição romana que guia o processo civil e que, mesmo após a consolidação da presunção de inocência em âmbito internacional e constitucional, não houve nenhuma modificação substancial. A mera superação do exercício absoluto do poder punitivo com aplicação de penas corpóreas não permite afirmar, como queria Foucault, que “penetramos na época da sobriedade punitiva”<sup>281</sup>, pois a privação da

---

<sup>281</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987, p.16.

liberdade continua a ser aplicada mediante a desconsideração de que o órgão acusatório detém o ônus, amplo e exclusivo, de provar a prática de um crime enquanto fenômeno completo dotado de múltiplos prismas, consubstanciados na tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade.

Conforme se ressaltou no capítulo três, no qual houve um exame da doutrina e da jurisprudência acerca do estado da arte da hermenêutica prevalecente neste tema, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, embora haja manifestações favoráveis à presunção de inocência, não avançou para sua completa solidificação em ordem a alcançar os estratos da antijuridicidade e da culpabilidade, mantendo-se a tradicional concepção doutrinária que distribui o ônus entre as partes.

Não se pode compactuar, contudo, com a atual distribuição do ônus probatório no processo penal, pois mitiga a presunção de inocência e fragiliza o devido processo penal constitucional, que é regido por uma lógica completamente diversa daquela do processo civil em virtude mesmo da presunção de inocência que é, segundo Ferrajoli, um princípio fundamental de civilidade e representa “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”<sup>282</sup>.

Embora já se tenham passado 27 anos da vigência da Constituição, ainda não se conferiu ao ônus probatório sua devida filtragem constitucional à luz da presunção de inocência.

Observa-se um conteúdo fortemente ideológico na interpretação e aplicação do artigo 156 do Código de processo penal, pois se deixa de perscrutar criticamente as inovações sofridas pelo advento da nova Constituição para se submeter à camisa-de-força<sup>283</sup> do pensamento dominante que se explica por decorrência da tradição

---

<sup>282</sup> FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p.506.

<sup>283</sup> Hannah Arendt adverte sobre o perigo de se trocar a necessária insegurança do pensamento filosófico pela explicação total da ideologia e o compara a trocar a liberdade inerente da capacidade humana de pensar pela camisa-de-força da lógica, que “pode subjugar o homem quase tão violentamente quanto uma força externa”. Op. cit. p.522.

histórica. Esta interpretação se tornou verdadeiro conhecimento ideologizado <sup>284</sup>, pois opõe forte resistência à modificação empreendida pela presunção de inocência.

Conclui-se, portanto, que o ônus probatório no processo penal, em sua interpretação constitucional à luz da presunção de inocência, é exclusivo do Ministério Público, que tem o encargo de provar, no curso da instrução, a existência de um fato típico, antijurídico e culpável, etapas que configuram fatos relevantes para a decisão penal e que não podem ser fatiadas para a finalidade de, ao estilo processual civil, apartar fatos constitutivos, modificativos ou extintivos de direitos em ordem a imputar ônus de prova ao réu.

Já é tempo de o processo penal, enquanto plexo de garantias fundamentais, ser, parafraseando Dworkin <sup>285</sup>, levado a sério. Do contrário, haverá a consequência de “continuar a tratar a ‘inocência’ como uma figura decorativo-retórica de uma democracia em constante construção”<sup>286</sup>.

A presunção de inocência não foi acolhida pela Constituição para ornamentá-la. Esta norma jurídica, em sua feição de regra probatória, foi constitucionalizada para empreender verdadeira quebra de paradigma no processo penal, de modo a que o ônus de provar o crime, enquanto fato típico, antijurídico e culpável é exclusivamente do órgão acusatório, não mais se restringindo à mera demonstração da materialidade e da autoria delitiva.

---

<sup>284</sup> Pode-se inclusive afirmar, à luz de uma abordagem cunhada por Arendt, que as ideologias contêm três elementos totalitários, consubstanciados na pretensão de explicação total do mundo, na libertação de toda experiência que traga algo de novo e, por não terem o poder de alterar a realidade, libertam o pensamento da experiência por meio de certos métodos de demonstração. O segundo elemento é o que mais esclarece a resistência de se apurar alguma mudança no sistema probatório processual penal, pois a ideologia reinante se emancipa da nova realidade constitucional e insiste em algo supostamente mais verdadeiro – a manutenção do status quo probatório - que se esconde por trás de todas as coisas perceptíveis – a injeção da presunção de inocência no ângulo do ônus de prova. Idem, p.523.

<sup>285</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>286</sup> ROSA, Alexandre Morais da. *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório?*. In *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 13.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Volume I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

AMARAL, Augusto Jobim do. *A política da prova e cultura punitiva: a governabilidade inquisitiva do processo penal brasileiro contemporâneo*. São Paulo: Almedina, 2014.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

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

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes Federais*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães. *Prisão e medidas cautelares: nova reforma do Processo Penal – Lei 12.403/2011*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_ *(Re)forma do Processo Penal: comentários críticos dos artigos modificados pelas Leis 11.690/08, 11.719/08 e 11.900/09*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

----- *Interpretação e aplicação da Constituição*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BATISTI, Leonir. *Presunção de inocência: apreciação dogmática e nos instrumentos e constituições do Brasil e Portugal*. Curitiba: Juruá, 2009.

BENTO, Ricardo Alves. *Presunção de inocência no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal e Constituição Federal. 11a ed. RT Minicódigos. Organização Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2009.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei 156/2009. Disponível em <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>. Acesso em 03.09.2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo no recurso especial 63199/MG. Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 27.08.2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 120426/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 27.08.2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Recurso especial 704188/SC. Relatora Ministra Laurita Vaz. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 27.08.2015.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 327738/RJ. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia>. Acesso em 08.09.2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação penal originária 858/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp). Acesso em 27.08.2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 88875/AM e 84580/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Disponível em [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia.asp). Acesso em 27.08.2015.

CAETANO, Marcelo. *História do direito português*. Lisboa: 1945.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Lei, para que (m)?* Escritos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Nelson de Miranda. *Um Devido Processo Legal (constitucional) é incompatível com o Sistema do CPP, de todo inquisitorial*. In *Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros Editores.

DOMINGUES, José. *As ordenações afonsinas*. Três Séculos de Direito Medieval. Portugal: Zéfiro, 2008.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's Law: The moral reading of the American Constitution*. Massachusetts: Harvard, 1996.

----- *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

----- *A raposa e o porco-espinho: justiça e valor*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2014.

ELIADE, Mircea. *Mito e realidade*. Tradução Pola Civelli. São Paulo: Perspectiva, 2013.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: bookseller, 2006.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª. Ed. Salvador: 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *A presunção da inocência e a construção da verdade: contrastes e confrontos em perspectiva comparada (Brasil e Canadá)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 1987.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método I*. 13. Ed. Petrópolis, RJ: 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014.

GODOY, Affonso Celso de. *Manual da inquisição*. Tradução de Affonso Celso de Godoy. 1ª ed. 8ª tiragem. Curitiba: Juruá, 2009.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

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

HASSEMER, Winfried. *Critica al derecho penal de hoy*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

JÚNIOR, Walter Nunes da Silva. *Curso de direito processual penal: teoria (constitucional) do processo penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. *Direitos humanos, Direito constitucional e Neopragmatismo*. São Paulo: Almedina, 2011.

KHALED Jr., Salah H. ROSA, Alexandre Morais da. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

KRAMER, Heinrich. SPRENGER, James. *Malleus Maleficarum* (O Martelo das Feiticeiras). 23ª ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2014.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 6. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LARA, Silvia Hunold. *Ordenações Filipinas: livro V*. São Paulo: Companhia das letras, 1999.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LEAL, André Cordeiro. *Instrumentalidade do processo em crise*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2008.

LEITE, Gisele. *Breves considerações sobre a história do processo penal brasileiro e habeas corpus*. Artigo disponível em [www.boletimjuridico.com.br](http://www.boletimjuridico.com.br). Acesso em 24.08.2015.

LOPES JR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal* (fundamentos da instrumentalidade constitucional). 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_ *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

----- *Investigação preliminar no processo penal.*  
São Paulo: Saraiva, 2013.

LÓPEZ, Mercedes Fernández. *Prueba y presunción de inocencia.*  
Madri: Iustel, 2005.

MACHADO, Francisco Nogueira. *Presunção de inocência e teorias da verdade no processo penal: breves reflexões sobre o ônus da prova nas medidas cautelares pessoais.* In *Processo penal democrático.* Belo Horizonte: Fórum, 2016.

MALAN, Diogo. *Ônus da prova no sequestro processual penal.* In *Temas de Direito Penal e Processual Penal.* Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein.* Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal.* Volume I. São Paulo: Forense, 1961.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia radical e utopia: inapropriabilidade, na-arquia, a-nomia.* 1. ed. Rio de Janeiro: Via Verita, 2014.

MELCHIOR, Antônio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica.* Vol. I: conceitos fundamentais/ Antonio Pedro Melchior, Rubens R R Casara. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

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

NEUMANN, Franz. *A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa*. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 2014.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 9º Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Manfredo A. de. *Reviravolta linguístico-progmática na filosofia contemporânea*. 3ª ed. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. *O ônus da prova no processo democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

PARDO, Miguel Angel Montañés. *La presunción de inocência: Análisis doctrinal y jurisprudencia*. Aranzadi Editorial. 1999.

PINTO, Felipe Martins. *Introdução crítica ao processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

POPPER, Karl Raimund. *Conhecimento objetivo: uma abordagem evolucionária*; tradução de Milton Amado. Belo Horizonte, Ed. Itatiaia.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUEIROZ, Paulo. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 11<sup>a</sup> ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. *Decisão Penal: a bricolagem de significantes*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

----- *O Fim da Farsa da Presunção de Inocência no Sistema (ainda) Inquisitório?. In Processo Penal e Democracia: Estudos em Homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

----- *Para um processo penal democrático: crítica à metástase do sistema de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

----- *A superação dos Sistemas Inquisitório e Acusatório com Exigência do Devido Processo Legal Substancial*. In *Processo penal e direitos humanos*. Diogo Malan, Geraldo Prado, coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

----- *Direitos fundamentais e relações privadas*.  
Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SEVERINO, Emanuele. *A filosofia antiga*. Lisboa: Edições 70, 1984.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. 1ª ed, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA FRANCO, Alberto. *Crimes hediondos*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Cláudio Pereira de Souza Neto, Daniel Sarmento. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

STUMER, Andrew. *The presumption of innocence: evidential and human rights perspectives*. Oregon, Hart Publishing, 2010.

TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: O juiz e a construção dos fatos*. Tradução Vitor de Paula Ramos. Madrid: Marcial Pons, 2012.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

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

VALLEJO, Manuel Jaén. *Los principios de la prueba em el proceso penal*. Primera edición. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2000.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

----- *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 3ª edição, revista e ampliada, agosto de 2007.

WARAT, Luiz Alberto. *O senso comum teórico dos juristas in O Direito Achado na Rua*. Vol.1, 4ª ed. Brasília: UnB, 1993.